



Costantino Mortati a Macerata: la Costituzione materiale e il pensiero giuridico

a cura di Giulio M. Salerno e Giancarlo Caporali



Costantino Mortati a Macerata:
la Costituzione materiale e il pensiero
giuridico

a cura di Giulio M. Salerno e Giancarlo Caporali

eum

Isbn 978-88-6056-912-7 (print)

Isbn 978-88-6056-913-4 (PDF)

Prima edizione: giugno 2024

©2024 eum edizioni università di macerata

Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 – 62100 Macerata

info.ceum@unimc.it

<http://eum.unimc.it>

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Il presente volume è stato sottoposto a *peer review* secondo i criteri di scientificità previsti dal Regolamento delle eum (art. 3) e dal Protocollo UPI (Coordinamento delle University Press Italiane).

Indice

- 7 Introduzione
 di Giulio M. Salerno
- Parte prima
 La Costituzione in senso materiale e gli altri scritti del
 periodo maceratese
- Carlo Amirante
- 17 La costituzione materiale. Da Lassalle a Mortati
- Giovanni Bianco
- 55 Stato, Statuto albertino e Costituzione in senso materiale in
 Costantino Mortati
- Antonio Cantaro
- 79 Considerazioni ‘critiche’ sulla costituzione in senso materiale
- Giancarlo Caporali
- 89 Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori.
 La Costituzione materiale nella prospettiva di una
 codificazione dei principii di regime
- Silvia Illari
- 133 Sulla figura del partito politico nel pensiero di Mortati negli
 anni Trenta
- Giovanna Montella
- 157 Il rapporto tra Popolo e Potere nelle riflessioni di Costantino
 Mortati durante il periodo maceratese

Parte seconda

L'influenza di Mortati sulla giuspubblicistica del suo tempo e l'attualità del suo pensiero

Felice Ancora

- 171 La volontà e la causa nell'atto amministrativo in Mortati

Carlo Bersani

- 205 Fra amministrazione e costituzione: enti e soggetti collettivi in Mortati

Angelo Antonio Cervati

- 223 Lo «spirito informatore» della Costituzione ha per Mortati radici lontane nella storia dei popoli e delle minoranze sociali

Giovanni Di Cosimo

- 247 Sull'attualità della concezione mortatiana dei partiti politici

Diego Quaglioni

- 253 Costantino Mortati nella giuspubblicistica del suo tempo

- 273 Autori

Giulio M. Salerno

Introduzione

Nella “Premessa alla VII edizione” (1967) delle *Istituzioni di diritto pubblico* – opera che per lungo tempo è stata tra le più diffuse nei corsi delle nostre Università – Costantino Mortati così scriveva:

La convinzione dell’esigenza che gli istituti giuridici siano conosciuti non solo nella loro regolamentazione legislativa, e nelle ragioni ideologiche e pratiche che li hanno promossi, ma anche nella loro reale esistenza ed efficienza, qual è conferita dalle forze dominanti, nonché dalle reazioni (o mancate reazioni) della coscienza sociale, ha indotto a dare più ampio conto delle deformazioni che inadempimenti, o cattivi adempimenti, degli imperativi costituzionali hanno apportato agli istituti stessi rispetto allo spirito che li aveva informati.

In queste dense parole, a ben vedere, risultano presenti gli elementi essenziali che hanno connotato in modo consustanziale l’articolato percorso del pensiero giuridico e costituzionalistico di Mortati, e che risultano analizzati, da plurimi e complementari punti di vista, nella presente raccolta dei contributi scientifici che sono stati offerti nel Convegno “Costantino Mortati a Macerata”, svoltosi presso l’Università degli Studi di Macerata il 4 e 5 maggio del 2023.

Ripercorriamo i termini più rilevanti delle sopra riportate considerazioni di Mortati: la conoscenza del diritto non si esaurisce nella mera analisi della disciplina normativa e delle “ragioni” che ne sono alla base, ma deve anche e necessariamente comprendere la “reale esistenza ed efficienza” degli istituti giuridici.

In estrema sintesi, potrebbe dirsi, il diritto va osservato nella sua effettiva concretizzazione. E da cosa dipende, dunque, la “reale esistenza” del diritto secondo Mortati? Essenzialmente da due fattori: per un verso, è il risultato dell’azione imputabile alle “forze dominanti” nella collettività; per altro verso, è determinata dall’atteggiamento assunto dalla “coscienza sociale”, ovvero dal consenso o dal dissenso che si manifesta nel gruppo sociale. Insomma, nel diritto, e in particolare nel diritto costituzionale, le regole prescritte sono concretamente plasmate – sino a poter risultare “deformate” rispetto al diritto scritto – sia da coloro che si collocano in posizione dominante nella collettività, sia dallo stesso gruppo sociale cui le regole stesse sono rivolte.

È in questa stretta e talora insondabile embricazione tra il ruolo assunto dalle forze dominanti e il peso da riconoscere alla coscienza sociale, tra il diritto formalmente espresso e il diritto concretamente risultante nella sua “reale esistenza ed efficienza”, tra gli “imperativi costituzionali” e le relative “deformazioni”, e, più in generale, tra lo Stato e la società, che si può collocare lo snodo cruciale di quel complesso processo definitorio del concetto di costituzione che Mortati avvia dapprima sotto il regime fascista e poi prosegue e sviluppa durante la Repubblica. In particolare, come noto, Mortati ha distinto dalla “costituzione formale” un autonomo concetto, quello di “costituzione materiale”, così elaborando, peraltro anche mediante una pluralità di formulazioni che si sono venute modificando nel tempo, una duplicità di visuali sotto le quali riguardare il medesimo fenomeno.

Tenuto conto che siffatta tesi è stata avanzata da Mortati proprio nella monografia “La costituzione in senso materiale” pubblicata nel 1940 – ed esattamente durante lo svolgimento dei lavori della Commissione per il suo ordinariato –, e dunque nel corso della sua permanenza presso l’Università di Macerata, e considerata la rilevanza assunta da questo fondamentale assunto del pensiero mortatiano nel dibattito giuspubblicistico sia italiano che europeo e internazionale, e tenuto conto delle molteplici e differenziate interpretazioni che se ne sono fornite e dei tanti contrasti e dibattiti che ne sono scaturiti tra i costituzionalisti e, più in generale, gli studiosi del diritto, è evidente che

siffatta tematica è stata particolarmente approfondita nei saggi che compongono questo volume.

A tal proposito, può rilevarsi che le opinioni, ampiamente argomentate nel volume, sull'effettivo significato delle tesi formulate da Costantino Mortati e soprattutto sul loro impatto nello svolgimento del pensiero costituzionalistico italiano e straniero, così come nella comprensione e nella valutazione – e talora nella giustificazione – degli atti e dei comportamenti posti in essere dai soggetti che operano a livello costituzionale, non appaiono tra loro interamente convergenti, anzi risultando per alcuni aspetti manifestamente contrastanti. A testimonianza che, anche trascorso un non limitato spazio di tempo, le tematiche che qui sono state affrontate non soltanto mantengono un consistente grado di attualità nella discussione giuspubblicistica, ma continuano a sollevare un dibattito concettualmente e dommaticamente inesausto.

Senza voler sintetizzare le tante riflessioni esposte dagli studiosi i cui contributi sono qui presenti, si possono indicare, a mo' di esempio, alcuni spunti indicativi della ricchezza di prospettive e della profondità di analisi che sono offerti al lettore.

Nel contributo di Amirante si propone una prospettiva piuttosto critica rispetto all'elaborazione mortatiana del concetto di costituzione materiale, e, soprattutto, nei confronti dell'uso strumentale che potrebbe esserne fatto in specie al fine di privilegiare proposte di revisione radicale della vigente Costituzione nel senso della riduzione del pluralismo politico, e pur tuttavia sottolineando che Mortati si sarebbe proposto l'obiettivo – peraltro senza “centrarlo in pieno” – che era stato tratteggiato da Santi Romano come compito irrinunciabile del giurista: l'obiettivo di svolgere “la funzione d'ingegneria fattiva dello Stato”, fornendo “concezioni e metodi analitici dello Stato, delle sue istituzioni e dei problemi sociali, in grado d'inserire i temi politici e sociali nelle maglie del sistema giuridico”.

Nel contributo di Bersani, poi, si sottolinea un aspetto che non è stato sinora sufficientemente indagato nell'opera di Mortati in relazione all'evoluzione della storia istituzionale e amministrativa italiana fra gli anni Venti e Trenta: l'attenzione al processo di disseminazione dell'amministrazione per enti, in

una prospettiva di “pluralismo delle istituzioni”, e, nello stesso tempo, l’organizzazione delle rinnovate funzioni dello Stato mediante l’integrazione nello Stato stesso delle forze sociali organizzate. Forze sociali organizzate, che, ovviamente, a quei tempi non erano lette come espressione di diritti di libertà, ma come elementi funzionali nel rapporto tra la società e gli organi del governo e dell’amministrazione.

Nel contributo di Bianco si pongono in luce alcuni profili particolarmente significativi del ruolo di collegamento, e nello stesso tempo di transizione ed evoluzione, che è stato svolto da Mortati nell’ambito della dottrina giuspubblicistica italiana. In specie sono evidenti la decisiva connotazione di metodo e di contenuto, la grande attenzione ai fatti storici, alla struttura economico-sociale, alle reali forze operanti nella società, e dunque quell’integrazione del metodo dommatico della tradizione orlandiana con quello storico-giuridico o storico-dommatico che poi consentirà di adattare la categoria mortatiana della costituzione materiale anche alla fase di costruzione e di affermazione dello Stato democratico costituzionale pluralista con l’avvento della Costituzione repubblicana. Così avviandosi un complesso, e, possiamo aggiungere, ancora non concluso percorso di ricerca nell’identificazione degli elementi allo stesso tempo di continuità e di rottura, e dunque nella definizione di una sintesi dommaticamente accettabile.

Nel contributo di Cantaro si procede all’analisi dei due principali e contrapposti usi della nozione di costituzione materiale: quello definito “realistico-descrittivo”, ove la costituzione materiale è una sorta di sinonimo di diritto vivente inteso come diritto giurisprudenziale vigente, e quello “polemico-normativo”, ove l’autentica costituzione materiale appare antagonista rispetto all’odierno diritto neoliberale veicolato anche dal diritto giurisprudenziale. Così dimostrando che ancora oggi non poco resta della costituzione materiale in senso mortatiano, come dimostrato dal suo prepotente ritorno nel dibattito giuridico contemporaneo.

Nel contributo di Caporali si espone non solo un’approfondita disamina dell’esperienza maceratese di Mortati, sino a prospettare un’originale, e a nostro avviso condivisibile, prospet-

zione dei rilevanti rapporti critici che emersero conclusivamente tra il regime fascista e le tesi costituzionalistiche formulate da Mortati. Emergono, inoltre, anche alcuni tratti per così dire “singolari” della riflessione mortatiana sullo Stato fascista. In particolare, per un verso, secondo l'illustre giurista, lo Stato fascista sarebbe stato sempre riconducibile al tipo dello Stato moderno, inteso come Stato di diritto rappresentativo, in quanto anch'esso basato su una peculiare interpretazione del principio della divisione dei poteri. Per altro verso, deve ricordarsi l'originale prospettiva formulata da Mortati prendendo spunto dalla Carta del lavoro, intesa quale strumento per la codificazione della costituzione materiale o, più specificamente, per la fissazione dei principii di regime – come “principi supremi” – dello Stato fascista in una Carta scritta, atto giuridico fondamentale dello Stato. Una prospettiva in qualche modo avvicinabile a quella piramidale ed unitaria che è propria del normativismo kelseniano ma ove la “norma fondamentale” non è una norma sulla produzione, ma un complesso sostanziale di principi di regime posti in grado eminente rispetto alle altre norme dell'ordinamento. Così giungendo non solo all'affermazione della “rigidità/superiorità” di siffatti principi di ordine costituzionale – in base alla volontà delle forze politiche dominanti – ma anche alla singolare affinità fra siffatta elaborazione mortatiana e la tesi poi accolta anche dalla nostra Corte costituzionale circa l'esistenza di un nucleo di “supremi principii” irriducibili dell'ordinamento costituzionale.

Nel contributo di Cervati si tratteggia in modo particolarmente approfondito la figura di Mortati come giurista “realista” che ha rivolto il suo sguardo ai rapporti tra la continuità e il mutamento nel diritto e nelle istituzioni. Mortati, in tal modo, è riuscito a stimolare il pensiero degli studiosi italiani e stranieri che hanno instaurato un vero e proprio “dialogo” con la dottrina mortatiana, traendo non pochi suggerimenti dalla lettura degli scritti e dalle interpretazioni del diritto costituzionale italiano che Mortati ha offerto traendo spunto dallo studio della storia e dal concreto riferimento alle diverse componenti sociali della nazione. Così diffondendo, se non imponendo, l'abitudine a non perdere di vista gli elementi di fatto che sono propri del realismo giuridico, piuttosto che limitarsi ai contenuti ideologici

delle dottrine, e dunque facendo appello non solo alla “normatività”, quale fondamento della forza giuridica delle costituzioni scritte, ma anche alla “costituzione materiale” capace di svolgere anche il ruolo di guida dell’interpretazione della costituzione formale.

Nel contributo di Di Cosimo si affronta quell’aspetto della dottrina mortatiana che concerne la costituzione come fattore di unificazione dell’assetto sociale, e che abbraccia, da un lato, i fini e gli interessi particolari che realizzano la costituzione, e, dall’altro lato, i gruppi, ossia i partiti, che sono portatori di tali fini e che orientano l’azione delle istituzioni per mezzo dell’indirizzo politico. In questo quadro, se il partito rappresenta nella società l’indispensabile momento di specificazione della costituzione in senso materiale, la concezione mortatiana è risultata, nello stesso tempo, sia funzionale alla razionalizzazione dell’ordine politico fascista imperniato sul partito unico, sia applicabile al sistema democratico che implica il pluralismo politico e partitico.

Nel contributo di Illari si approfondisce la figura del partito politico nel pensiero di Mortati degli anni Trenta, tratteggiandone l’evoluzione in relazione alle tre principali linee di pensiero che possono essere rintracciate, ovvero il partito come formazione volontaria, a base sociale e organo dello Stato, il partito come mezzo organizzativo e proprio dello Stato moderno, e il partito come elemento strumentale della costituzione in senso materiale. Infine, si ricorda il contributo di Mortati anche in ordine al ruolo dei partiti nell’impianto della Costituzione repubblicana, e, in specie, la tesi mortatiana secondo cui il sistema dei partiti, posto all’esterno dell’organizzazione dello Stato ed affidato alla spontanea volontà dei cittadini che lo formano e lo fanno funzionare, si presenta quasi come un “ponte di passaggio fra la società politicamente colorata e l’apparato autoritario dello Stato”.

Nel contributo di Montella si concentra l’attenzione, tra l’altro, sulle radici culturali del pensiero mortatiano relativamente alla definizione dei concetti di nazione e popolo. E si sottolinea, in particolare, quella specifica connessione tra il popolo e la nazione che si determina, secondo Mortati, attraverso l’ac-

quisizione, negli appartenenti al gruppo sociale, della coscienza della reciproca somiglianza e, al contempo, del sentimento di solidarietà derivante dalla presenza di caratteri comuni. Così emergendo alcuni tratti assai originali e talora trascurati nell'analisi della produzione di Mortati, ove, invece, può cogliersi la vicinanza delle sue tesi con molteplici suggestioni culturali, come, ad esempio, quelle provenienti da Romolo Murri o da Léon Duguit. Parimenti, risultano presenti elementi teorici accostabili alla concezione della solidarietà sociale di derivazione cattolica e ai connessi elementi di armonizzazione sociale che possono essere scaturiti dalla lettura di Maritain e di Mounier. Insomma, ne discende una lettura della connessioni culturali del pensiero mortatiano che supera il consueto, e non sempre condiviso, richiamo alle tesi di Carl Schmitt.

Nel contributo di Quaglioni, infine, si procede ad un'analitica ricostruzione storiografica delle posizioni espresse in ordine alla dottrina di Mortati, ricostruzione che risulta connotata, quasi al pari dei fattori a nostro avviso davvero cruciali nell'evoluzione della produzione scientifica e della partecipazione dell'illustre giurista al dibattito costituzionalistico e alla vita politico-istituzionale del Paese, dai principi del realismo e della costante attualità. Così, se non si intende dimenticare l'esistenza di "una forte dose di ambiguità" nella costruzione dottrinale di Mortati, in un difficile tentativo di conciliare un'ideologia che era fondata sull'assoluta pervasività dello Stato con le istanze del pluralismo istituzionale e sociale, si concorda con chi ha colto in Mortati una connotazione che lo ha distinto dagli altri giuristi del regime che erano già attivi alla fine degli anni '20: egli non intese "rompere gli ormeggi" che legavano ancora lo Stato italiano alla tradizione liberale, ma era convinto della necessità che questi ormeggi fossero rafforzati sino al punto da non esitare a ritenere comparabile la nuova esperienza italiana con quella inglese. In questa attività di ricerca dei punti di contatto Mortati individuava la compresenza di alcuni punti di crisi, ad esempio, nell'emarginazione della sfera parlamentare, nella definizione della figura del Capo del governo, nello spostamento dei poteri normativi in direzione dell'esecutivo o nella progressiva riduzione dello spazio delle libertà politiche.

Tutte queste riflessioni, nello loro permanente consistenza e nella loro intrinseca problematicità, confermano che esistono senz'altro “buoni motivi” per rileggere e riconsiderare gli scritti di Mortati, a partire da quelli del periodo maceratese, “senza bigottismi ideologici”, e, nello stesso tempo, senza alcun intento apologetico. È a questa impostazione aperta e plurale che si è ispirata la lodevole iniziativa scientifica che trova riscontro e testimonianza in questo volume che lasciamo agli studenti, agli accademici, ai giuristi e a tutti lettori che intendono conoscere, da molteplici punti di vista, un'opera che non solo ha segnato il costituzionalismo italiano ed europeo del Novecento, ma è ancora una miniera preziosa per il diritto.

Parte prima

La Costituzione in senso materiale e gli altri scritti
del periodo maceratese

Carlo Amirante

La costituzione materiale. Da Lassalle a Mortati*

ABSTRACT

Il saggio propone un'analisi critica della teoria de *La Costituzione in senso materiale* di Mortati del 1940. Riproposta poi dall'autore in termini e con finalità diverso dal 1953 in avanti. I discorsi di Ferdinand Lassalle su *La natura* (e l'essenza) *delle Costituzioni* ritenuti irrilevanti da Mortati mostrano invece in quale misura i rapporti fra le classi e i poteri economici e sociali condizionano non solo il procedimento di formazione delle costituzioni ma anche la loro interpretazione e applicazione. Il saggio si conclude con la constatazione che nel nostro Paese, al di là delle intenzioni dei costituzionalisti che spesso la ripropongono con i più diversi contenuti, la teoria della Costituzione materiale non di rado è stata usata per delegittimare la Costituzione repubblicana del 1948 e per proporre revisioni più o meno radicali.

The essay offers a critical analysis of Mortati's theory of the Constitution in Material Sense published in 1940 and reproposed by the author from 1953 onwards in different terms and with different purposes. Ferdinand Lassalle's speeches on the nature and essence of the Constitutions considered irrelevant by Mortati show instead to what extent the rela-

* Un sincero e riconoscente ringraziamento è dovuto a Dario Catena e Giuseppe Mantia per le animate discussioni che hanno accompagnato la stesura di questo saggio con il quale non ho certo la pretesa di dire una parola definitiva su un tema così dibattuto perché impone di andare alla 'fonte' delle funzioni, dei compiti e della stessa natura di una costituzione. Ho inteso piuttosto lanciare alcuni sassi nello stagno portando all'attenzione di storici e cultori dei sistemi costituzionali un autore ed un protagonista come Ferdinand Lassalle, ingiustamente trascurato da coloro che si sono dedicati al tema dei rapporti fra la dimensione formale (!) e l'idoneità dei testi costituzionali ad orientare e condizionare non solo gli ordinamenti giuridici e le istituzioni ma anche i rapporti politici e sociali.

Per quanto riguarda la tenuta e la funzione attuale del lemma costituzione materiale data la complessità e l'ampiezza della letteratura, ho preferito limitarmi a porre degli interrogativi, riservandomi di ritornare più ampiamente su un argomento così controverso.

tionships between the classes and the economic and social powers influence not only the process of formation of the constitutions but also their interpretation and application. The essay concludes by observing that in Italy – beyond the intentions of some constitutionalists who have several times proposed Mortati's theory of the material Constitution with the most diverse contents – it has often been referred to in order to delegitimize the Italian Republican Constitution of 1948, while suggesting some more or less radical revisions.

PAROLE CHIAVE: Premesse metodologiche, Costituzione materiale, Teoria di Lassalle, Teoria di Mortati, Interrogativi e rischi.

KEYWORDS: Methodological premises, Material Constitution, Lassalle theory, Mortati theory, Questions and risks.

SOMMARIO: Premessa storico-metodologica – 1. La natura delle costituzioni secondo Ferdinand Lassalle: la dialettica Costituzione di carta/Costituzione reale – 2. La Costituzione in senso materiale nel contesto storico-politico del Ventennio fascista – In luogo di una conclusione.

Premessa storico-metodologica

Prima di affrontare il tema della *costituzione materiale* in Mortati, sono necessarie alcune precisazioni di carattere non solo metodologico.

Storia, teoria e ruolo concreto delle costituzioni sono elementi e momenti di un'idea e delle sue diverse declinazioni sia ideologiche e politiche operanti nella realtà e nella prassi dei sistemi giuridici, che presentano caratteri ben diversi da fase a fase, anche se ci si limita ad una analisi che prenda le mosse soltanto dalla metà del XIX secolo¹.

¹ In proposito, cfr. il recente ben documentato volume di L. Lacchè, *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello stato di diritto*, Napoli, 2023, che ha il merito di affrontare il confronto fra costituzionalisti e storici del diritto ponendo in luce l'interesse e ad un tempo la problematicità di un raffronto fra le costituzioni degli stati liberali e quelle democratiche del secondo dopoguerra. Un percorso nel quale le differenze sia formali che sostanziali fra le diverse fasi del costituzionalismo novecentesco emergono sia dal dibattito dottrinario che dalle vicende storiche concrete.

Nel mio caso questa scelta è dovuta all'interesse che da anni hanno destato in me i due discorsi di Ferdinand Lassalle sulla natura e sul ruolo delle costituzioni che già a partire dal 1862² offrono più di uno spunto di riflessione sul rapporto tra diritto e politica nella complessa vicenda del costituzionalismo e della Costituzione tra il XIX e il XX secolo. Ma anche all'interesse e alla curiosità non solo scientifica che mi hanno destato due personalità come Lassalle e Mortati le quali, in epoche e contesti storici diversi condivisero la passione per lo studio delle costituzioni coniugando l'interesse scientifico con l'analisi della politica soprattutto condividendo l'impegno di sondare le complesse relazioni fra le costituzioni e le vicende politiche del loro tempo.

Nel caso oggetto di questa mia riflessione si tratta di un rapporto che muta radicalmente nel passaggio dalle costituzioni c.d. brevi, ottriate e flessibili a quelle lunghe, democratiche e rigide e quindi per ciò che attiene al nostro paese dallo Statuto Albertino alla Costituzione del 1948.

Quindi, la mia scelta metodologica e storica ha un senso ben preciso: mostrare che accanto alla dottrina e alle teorie costituzionali dominanti – sia italiane che straniere (spesso soprattutto tedesche) con le quali si sono sistematicamente confrontati gli studiosi italiani e con i quali si è confrontato anche Costantino Mortati – esiste un altro filone di analisi e di apporti teorici 'critici' di grande interesse³, per lo più ignorato dai costituzionalisti. In realtà, sia nella teoria che nella prassi del costituzionalismo

² ... data di nascita di quella che, malgrado il diverso avviso di storici e costituzionalisti, è stata la *costituzione 'formalmente' vigente* nel nostro paese fino alla conclusione della Seconda Guerra Mondiale e alla sua sostituzione con la Costituzione repubblicana del 1948. La coesistenza delle "leggi fascistissime" di nuova istituzione come il Gran Consiglio del Fascismo e la Camera dei Fasci e delle Corporazioni e della Milizia fascista con le istituzioni del vecchio Stato demo-liberale (Aquarone) 'costituito' non solo dal Re, dall'Esercito, dalla Pubblica Amministrazione e dalla Magistratura ma anche da quel pluralismo partitico a cui era subentrato un Regime a partito unico.

³ Fra questi mi sia consentito citare la fondamentale raccolta di saggi a cura di Roberto Martucci, *Constitution & Revolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, 1995; nonché *Storia costituzionale italiana, dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002. Per quanto riguarda gli sviluppi del costituzionalismo del Novecento, da ultimo, cfr. Lacchè, *La Costituzione nel Novecento*, cit.

vivono due tendenze antitetiche e contrapposte. La prima che fa della costituzione la bandiera dei democratici che si battono, come ha affermato Franz Neumann⁴, per abbattere i vecchi rapporti di dominio, domando il cavallo selvaggio del potere per condurlo su una strada che consenta lo sviluppo di istituzioni democratiche e la tutela dei diritti di lavoratori e cittadini.

La seconda è quella che ritiene la costituzione lo strumento più idoneo per dare stabilità ai poteri costituiti e quindi ad integrare i cittadini in uno stato che tutela e consolida i rapporti di potere preesistenti e quindi a consolidare ogni maggioranza che riesca a consacrare e legittimare anche prescindendo dagli strumenti adottati in particolare il rispetto dello Stato di diritto, i propri rapporti di dominio e di potere politico, economico e sociale.

Nel primo caso, mi riferisco a quelle costituzioni che si usa definire aperte nel senso che lasciano ampio spazio ad evoluzioni politiche, economiche e sociali che favoriscano un'effettiva partecipazione politica e promuovano le libertà e i diritti fondamentali e sociali di lavoratori e cittadini⁵. Costituzioni che contengono un programma di politica economica e sociale che, nel caso della Costituzione repubblicana del 1948, si concretizza in norme precettive come l'Art. 36 a difesa del salario e della condizione economica, sociale e familiare dei lavoratori di cui nessun partito fino ad ora ha avuto il coraggio di proporre la revisione o addirittura l'abrogazione⁶. Un precetto che purtrop-

⁴ Per più ampi riferimenti, cfr. F. Neumann, *Lo Stato Democratico e lo Stato Autoritario* (1957), Bologna, 1999.

⁵ *Amplius*, cfr. C. Amirante, *La Costituzione di Weimar e il Costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante, S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia Costituzione e Politica*, Roma, 2013, pp. 41 ss. Ma gran parte del volume dedicato alla Costituzione di Weimar come modello esemplare di Costituzione democratica ed "aperta" ai nuovi diritti e ai rapporti sociali. Cui adde C. Sbailò, *Weimar. Un laboratorio per il Costituzionalismo Europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, 2007; e F. Lanchester, F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, senza dimenticare la piccola monografia scritta da Mortati per l'Assemblea Costituente nel 1946, *Introduzione alla Costituzione di Weimar*, ripubblicata in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972.

⁶ Un articolo di cui la Corte di Cassazione ha affermato il carattere inequivocabilmente prescrittivo in consonanza con la giurisprudenza di Corte Costituzionale. Una Corte che però non sempre si è spinta fino a dichiarare l'incostituzionalità di leggi che sia sul piano salariale che su quello della sicurezza e delle varie forme di

po leggi e prassi politiche ed economiche adottate in nome del mercato e delle decisioni dell'Unione europea e degli organismi internazionali hanno di fatto da almeno un ventennio neutralizzato e anestetizzato.

Col secondo caso, ci si riferisce a quelle costituzioni che privilegiando la stabilità dei governi, il processo d'integrazione dei cittadini l'unità e l'identità del popolo comunque intesa ed il controllo sociale non sono e storicamente non sono state comunque in grado di evitare derive autoritarie o addirittura autentiche dittature.

Ovviamente queste riflessioni che, come ho già detto, non pretendono di giungere a risultati definitivi, rappresentano solo un contributo alla ricostruzione e all'interpretazione costituzionale ed istituzionale di una fase storica prodromica e poi successiva al Ventennio fascista, oggi più che mai rivisitato da ricercatori, saggisti, romanzieri, giornalisti, comunicatori e artisti⁷, non possono che partire dalla premessa che Statuto Albertino e Costituzione repubblicana del 1948 siano, come ha sostenuto di recente anche Luigi Lacchè, espressioni di due mondi decisamente lontani⁸.

Proprio perché non si può non condividere questo approccio allo studio delle Costituzioni del '900, ho sempre nutrito

provvidenza sociale e sanitaria soprattutto dagli anni '80 del secolo scorso in avanti... Anche se in nome della costituzione materiale l'intero settore del diritto del lavoro è stato progressivamente e radicalmente riformato per l'esigenza di rispettare il primato del mercato, le cui regole sono imposte sia dall'Unione Europea che dalle autorità internazionali della global governance come il Fondo Monetario Internazionale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio e la Banca Mondiale.

⁷ Ottobre 22. *Dramma storico-politico a cent'anni dalla "Marcia su Roma"* è il titolo di un piccolo prezioso libro pubblicato dalla Fondazione Ugo La Malfa che riproduce il dialogo tra Facta, l'ultimo Presidente del Consiglio dei Ministri prima di Mussolini, e un giovane mutilato, vittima di una pallottola fascista. Un vero e proprio processo al mondo politico ed istituzionale che non volle o non seppe fermare il fascismo, messo in scena in prima nazionale al teatro Vascello di Roma nell'ottobre del 2022. Un testo che consente al lettore di immergersi nell'atmosfera drammatica e carica di tensione che fa da sfondo alla Marcia su Roma e al rifiuto di Vittorio Emanuele II di firmare il decreto di *stato d'assedio*, affidando a Mussolini la guida del Governo e del Paese. Per più ampi riferimenti rinvio a C. Amirante, G. Mantia, *Il teatro politico di Sergio Pierattini*, in «L'Antifascista», luglio 2023.

⁸ In proposito, cfr. *amplius* Lacchè, *La Costituzione nel Novecento*, cit. In particolare, il primo capitolo dedicato al confronto fra Statuto Albertino e Costituzione repubblicana, pp. 1-33.

una certa diffidenza per le teorie generali che, privilegiando un approccio metodologico dogmatico, sembrano trascurare o sottovalutare la componente storico politica ed economico sociale determinante per lo studio del costituzionalismo e delle costituzioni del lungo anzi lunghissimo secolo ventesimo.

Le mie convinzioni, infatti, dopo oltre sessant'anni di studio e riflessione, m'inducono a considerare le teorie generali del diritto uno strumento euristico di estremo interesse non privo, però, di criticità, soprattutto quando produce effetti sull'interpretazione, l'attuazione e il rispetto e talora la stessa legittimità ed efficacia politica delle costituzioni, per non parlare del loro contenuto di programma politico ed economico-sociale e delle garanzie dei diritti economici e sociali di cittadini e lavoratori.

Ciò vale in particolare nel caso del rapporto fra teorie della costituzione e analisi delle singole esperienze che presentano peculiarità e varianti significative, derivanti proprio dalla complessa relazione fra diritto e politica che nei diversi casi storici ne caratterizza non solo i contenuti ma anche l'efficacia politico-istituzionale ed economico-sociale e quindi l'effettività di principi e regole destinate e condizionare sia le scelte politiche che quelle economiche.

Nella misura in cui viene rispettata l'aspirazione degli studiosi ad individuare – nelle proprie analisi, classificazioni e descrizioni di istituzioni, organizzazioni, istituti giuridici – ricorrenti e determinanti elementi comuni, le teorie generali sembrano talora più utili a cogliere le idee, le convinzioni, i riferimenti dogmatici e filosofici, le ideologie e a volte anche i pregiudizi degli autori, piuttosto che concetti e metodi di portata generale o addirittura universale; elementi tutti che la storia delle costituzioni non di rado smentisce e che non mancano comunque di riflettersi sull'interpretazione della costituzione vigente.

Le teorie generali del diritto e dello stato talora sembrano poi essere conseguenza della stratificazione e delle eredità di approcci metodologici accademicamente prevalenti e, quindi, non facilmente contestabili, piuttosto che tentativi di cogliere quei caratteri istituzionali e normativi che inevitabilmente e a volte in modo perfino rivoluzionario, mutano col mutare dei tempi, da fase storica a fase storica. Ma che variano anche a

seconda delle esperienze straniere a cui lo studioso (e ciò vale anche per Mortati) si rapporta, privilegiando come filtro, riferimento, supporto scientifico, determinati autori in luogo di altri; scegliendo di questi gli scritti ritenuti utili ad avvalorare le proprie tesi ignorando, invece, quelle che vi si contrappongono talora anche frontalmente, così come è avvenuto nel caso di “L’Europa e il Fascismo” di H. Heller, pubblicato ben undici anni prima della “Costituzione in senso materiale”.

Nel caso di Mortati i riferimenti preferiti per quanto riguarda gli autori tedeschi, (anche se talora ne prende in parte le distanze) sono soprattutto Carl Schmitt o Rudolf Smend, piuttosto che Hermann Heller⁹, Franz Neumann, Otto Kirchheimer di cui trascura, cosa che quasi tutti tra i costituzionalisti ritengono per il Ventennio fascista inevitabile, sia i contributi teorici più rilevanti che gli scritti dedicati alla critica del regime fascista e al suo stravolgimento dello stato di diritto e dell’organizzazione istituzionale dello stato liberale. Cosa particolarmente evidente nel caso della dottrina dello Stato durante il regime anche se l’ignoranza che spesso diviene ostracismo delle tendenze più critiche del costituzionalismo tedesco nella seconda metà del novecento ad esempio della rivista «Kritische Justiz»¹⁰ e dell’*Alter natives Kommentar*.

Così non desta meraviglia che, nel caso di un autore come Heller, Mortati eviti di affrontare testi come *Europa und der Faschismus* e *Rechtstaat oder Dictatur*, entrambi pubblicati nel 1929 che offrono un contributo politico fondato su una conoscenza non solo della dimensione costituzionale ed istituzionale

⁹ La versione italiana di entrambi i fondamentali saggi di H. Heller sul fascismo può essere ora consultata nella recente edizione a cura di C. Amirante, con una nuova breve Introduzione e una Postfazione di A. Merlino. Ma non è meno significativo il sostanziale disinteresse per i grandi contributi sia dello stesso Heller, *Dottrina dello Stato*, pubblicata nel 1934 ed ora fruibile nell’edizione a cura di U. Pomarici, Napoli, 1988, che di Franz Neumann e Otto Kirchheimer. Ciò che dimostra che l’interesse e la particolare attenzione per la letteratura weimariana di Mortati, vantata dai suoi più irriducibili ed acritici sostenitori, era quanto mai unilaterale perché escludeva proprio quegli autori che si batterono fino alla fine per la difesa della Costituzione di Weimar e contro l’avanzare della dittatura.

¹⁰ Cfr. <<https://www.nomos.de/zeitschriften/kj/>> (ultima consultazione 04/03/ 2024).

del regime fascista ma anche dei suoi miti ideologici e culturali e delle cause storiche ed economiche della sua “resistibile” ascesa.

È questo tra i motivi per cui, come si vedrà in seguito, esprimo forti dubbi innanzitutto sull’idoneità della dottrina mortatiana del ’40 che puntava, con un realismo che non esito a definire cinico, sul partito fascista¹¹ e sulla fascistizzazione dello stato e della società come elementi di modernità perché destinati a garantire la stabilità della “rivoluzione fascista”¹². Ma anche sull’uso della teoria della costituzione materiale come strumento idoneo a definire le forme e i contenuti che assumono ‘realisticamente’ società e stato, istituzioni e sistema normativo, in un regime autoritario che però convisse con quello Statuto Albertino che non poteva essere né formalmente ma neanche ‘materialmente’ cancellato per evitare un conflitto frontale con il Re, l’Esercito, almeno una parte rilevante del settore amministrativo e giudiziario e le forze politiche e sociali leali alla Corona.

In realtà, anche per lo studio dello Stato e della Costituzione, ritengo piuttosto utile riprendere i concetti marxiani di *astrazione storicamente determinata*, di *modo di produzione* e di *riproduzione sociale e culturale* e di *lotta di classe* esposti più ampiamente in altra sede¹³.

Questi approcci metodologici sembrano infatti utili per cogliere le radicali trasformazioni non solo dei rapporti economici e sociali ma anche delle istituzioni, degli ordinamenti giuridici delle ideologie succedutesi, del funzionamento concreto dei sistemi istituzionali e delle stesse Costituzioni nel corso della storia del ’900.

Infatti, il modo di produzione di una costituzione o secondo la terminologia consueta, il procedimento di formazione di una Costituzione ha un ruolo e un peso determinante per la sua forma e per i suoi contenuti. Ben diversi sono infatti, come si è

¹¹ Mi sia consentito qui di citare il discorso d’insediamento di Mortati come Rettore dell’Università di Macerata riportato *verbatim* dal collega prof. Caporali con gli espliciti riferimenti mortatiani ai discorsi del Duce senza trascurare neanche l’esaltazione della razza italica!

¹² Cfr. <https://www.treccani.it/magazine/chiasmo/storia_e_filosofia/Rivoluzione/3_rivoluzione_ssl_la_rivoluzione_fascista.html>.

¹³ Leggibili ora nella rivista «Critica del Diritto» col titolo *Eguaglianza, discriminazioni, espulsioni. Modo di produzione e analisi politico-istituzionale*, 2017, pp. 23 ss.

già detto, i casi delle cd costituzioni ottriate, ossia benevolmente concesse dal sovrano ai propri sudditi e predisposte da comitati di esperti da lui nominati e responsabili nei suoi confronti, dalle costituzioni che sono il risultato dei lavori liberamente svolti da Assemblee Costituenti soprattutto quando i loro membri vengono eletti da tutti i cittadini a suffragio universale.

Storicamente le costituzioni contemporanee sono sovente espressione di tutte le classi sociali cui il suffragio universale consente di esprimere il voto scegliendo così i membri dell'assemblea costituente come nel caso della Assemblea Costituente Italiana eletta nel giugno 1946. Costituzioni che come è avvenuto nel caso della Costituzione repubblicana del '48 rappresentano un sistema di garanzia di bisogni, interessi, diritti e doveri e una organizzazione istituzionale e un apparato normativo che, in attuazione dei due principi fondamentali della sovranità popolare e della democrazia, ma soprattutto nella promozione e tutela del lavoro (fondamento della Repubblica), dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini, del riconoscimento dei diritti umani, del ripudio della guerra ne garantissero il rispetto. Un sistema costituzionale quello repubblicano di cui dunque i principi fondamentali di Repubblica, democrazia, lavoro, eguaglianza, libertà, un'ampia gamma di diritti economici e sociali fu un risultato frutto di un accordo di alto profilo. Un'Assemblea Costituente nella quale, fra gli altri, svolse un ruolo determinante, con autorevoli interventi spesso decisivi, Costantino Mortati¹⁴. Autore, fra l'altro, anche di due saggi monografici dedicati alla Costituzione di Weimar e alla storia dello stato italiano che assieme ai contributi offerti all'Assemblea costituente hanno rappresentato una vera e propria palestra per le sue riflessioni sul potere costituente, sul ruolo determinante dei principi fonda-

¹⁴ È appena il caso di ricordare per i non addetti ai lavori che Costantino Mortati fu incaricato dal Ministero della Costituente di elaborare due studi monografici dedicati al potere costituente e a quella Costituzione di Weimar a cui in passato non aveva prestato l'attenzione che meritava. Infatti, nella monografia sulla costituzione materiale aveva preferito limitarsi a un confronto con i costituzionalisti tedeschi più vicini alle sue idee ed impostazioni metodologiche piuttosto che considerare come oggetto di un'articolata e approfondita riflessione su quella che è stato considerato uno dei modelli fondamentali del costituzionalismo democratico del Novecento.

mentali, sull'intera teoria della costituzione, pietre miliari della sua dottrina della costituzione in senso materiale.

1. *La natura delle costituzioni secondo Ferdinand Lassalle: la dialettica Costituzione di carta/Costituzione reale*

Tornando al tema che ho scelto di privilegiare cioè i discorsi di Lassalle sulla natura e l'essenza di una costituzione la prima cosa che mi ha destato meraviglia è che Mortati, diversamente da altri colleghi, non ignorava affatto l'esistenza dei due discorsi sulla Costituzione di Lassalle¹⁵ ma si è limitato a contestarne la tesi «che vede nel fatto di per sé un'intrinseca forza normativa».

La tesi di Lassalle che, come si vedrà, contrapponeva alla *costituzione di carta* la *costituzione reale*, cioè i *rapporti di forza esistenti in ogni società*, appare a Mortati non degna di attenzione soprattutto per le conseguenze che ne deriverebbero, ossia l'impossibilità di «distinguere il diritto dalla violazione del diritto, l'ordine spontaneamente seguito dall'ordine coattivo».

Ma l'analisi di Lassalle sulla natura delle costituzioni e sul rapporto tra quella che definisce la costituzione di carta e la costituzione reale è molto più complessa e merita più attenzione di quella prestatagli da Mortati.

Come vedremo, infatti, Lassalle ritiene che non solo la Costituzione prussiana ma anche l'ordine politico, economico e sociale che essa intendeva regolare, fossero l'espressione dei rapporti di forza che caratterizzavano la società del tempo e dunque le dinamiche fra le classi ed i gruppi sociali in particolare le scelte politiche e istituzionali che rimprovera al partito del progresso di non avere voluto o saputo volgere a favore del popolo e dei lavoratori. Ciò significa, per Lassalle, che i principi e le norme con cui la costituzione regola ad esempio i rapporti fra governo e parlamento non vengano talora rispettati, perché lo sono sol-

¹⁵ Mortati si riferisce all'edizione tedesca *Zweiter Vortrag über Verfassungswesen, in Reden und Schriften*, vol. I, p. 93. I due discorsi di Lassalle possono essere consultati, nella traduzione italiana di L. Riegert dell'antologia a mia cura, pubblicata in *brochure*, dal titolo *Stato, costituzione e conflitto sociale*, Cosenza, 1984, pp. 1-75.

tanto finché corrispondono alle esigenze del Re, del Governo e dei poteri forti.

Perciò, gli eventi descritti da Lassalle per mettere in evidenza le ragioni e gli strumenti istituzionali, in particolare le leggi ed il modo con cui esse disciplinano e regolano i rapporti sociali, dimostrano che quando gli interessi dei soggetti forti confliggono, ad esempio, con le garanzie procedurali previste dalla Costituzione, la Costituzione non solo viene superata ma anche delegittimata al massimo livello politico, cioè dal Cancelliere Bismarck.

Per comprendere le tesi di Lassalle sulla natura e l'essenza di una costituzione è opportuno ricordare che Lassalle non era solo un giurista ma anche un saggista e un attento osservatore della vita politica del suo tempo e quindi un politico ed un leader riconosciuto del movimento operaio; quindi era in grado di dialogare con i principali leaders politici della sua epoca (e perciò con lo stesso Cancelliere Bismarck) cosa che gli costò non poche critiche e l'ironico appellativo di *real socialista di stato*¹⁶.

Una conferma di questo suo ruolo centrale nel dialogo con uno dei potenti d'Europa, è la grande attenzione che anche la stampa molto lontana dalle sue posizioni¹⁷ dedicò al primo dei due discorsi di Lassalle sulla costituzione. L'articolo di fondo della «Kreuzzeitung» affermò infatti che quel discorso, benché pronunciato da un ebreo rivoluzionario, nel descrivere la natura e i caratteri di una costituzione «con grande intuito ha colto nel segno», aggiungendo poi che «tuttavia non ci ha detto tutto quello che sa e pensa». Ma il suo discorso ebbe una tale eco nel mondo politico ed istituzionale da essere ripreso sia dal Ministro della guerra che dallo stesso cancelliere Bismarck, perché sviscerava senso e dimensione politica di una costituzione in cui erano presenti sia l'elemento liberale (ossia il ruolo di un parlamento eletto) sia la resistenza dell'elemento cardine dell'*ancien*

¹⁶ In proposito, cfr. *amplius* R. Car, *La dittatura della convinzione. Mutamento costituzionale e conflitto sociale in Ferdinand Lassalle*, in «Giornale di storia costituzionale», 21, I, 2011 pp. 59 ss., dove si fanno ampi riferimenti alla corrispondenza e agli incontri intercorsi tra Bismarck e Lassalle di cui C. Mayer, *Bismarck und Lassalle. Ihr Briefwechsel und Ihre Gespräche*, Berlin, 1928.

¹⁷ Come la «Kreuzzeitung» nel numero 132 dell'8 giugno 1862.

regime ovvero il potere di un monarca che si appellava ancora alla derivazione divina del suo potere.

Lassalle nella sua analisi della Costituzione prussiana inizia col porsi l'interrogativo su *quale sia l'essenza e il concetto di una Costituzione*.

La definizione che darebbe di solito un giurista è che «una Costituzione è un patto giurato tra Re e Popolo, che stabilisce i principi fondamentali della legislazione e del Governo di un Paese», oppure, dato che esistono anche costituzioni repubblicane, la definizione corretta sarebbe che «una costituzione è la Legge Fondamentale che regola in quella nazione l'ordinamento del diritto pubblico». Queste parole, secondo Lassalle, non colgono assolutamente la dimensione reale, effettiva delle costituzioni, trattandosi «di una descrizione esteriore del modo come una Costituzione sorge e del modo in cui opera [...]», ossia «di definizioni giuridiche e formali [...] ben lontane dal dare una risposta realistica all'interrogativo che cosa sia una Costituzione [...] che però non ci dicono quali ne siano il concetto, l'essenza».

Prima di passare a quella che considera la vera essenza e natura di una Costituzione, Lassalle ricorda quello che, a suo avviso, è divenuto di regola il fondamento di ogni costituzione moderna e che già valeva per la Costituzione prussiana: cioè che «ogni costituzione, pur essendo considerata comunque una legge, non può essere parificata ad una semplice legge».

Infatti, per poterla modificare, già allora era necessario eleggere una nuova Assemblea Costituente *ad hoc* o, alternativamente, approvare le nuove norme costituzionali con una maggioranza dei due terzi dei voti.

Se ciò non fosse avvenuto, secondo Lassalle, ogni diversa procedura non sarebbe stata tollerata dal popolo; perché «secondo il sentimento generale dei popoli, una costituzione è qualche cosa di più sacro, di più stabile, di più immutabile» di una comune legge.

Non a caso, infatti, ricorda Lassalle, una costituzione viene definita Legge fondamentale perché penetra maggiormente delle altre leggi i fondamenti di una società, ragion per cui forma anche la base delle leggi ordinarie «appunto perché ne costituisce il fondamento». Un'affermazione che, letta nel contesto più

ampio dei due discorsi sulla natura e l'essenza delle costituzioni e in particolare del rapporto complesso e politicamente condizionato fra potere costituente, costituzioni e leggi per attuarle, rappresenta, specie per la sottolineatura della costituzione come fondamento di ogni legge, un'idea aurorale, di quella che sarà la notissima teoria della Stufenbau kelseniana. Ciò che dimostra l'interesse non solo storico della riflessione di Lassalle che, fra l'altro, si vantava di aver elaborato un'autentica scienza delle costituzioni con particolare riferimento a quel rapporto fra costituzione e politica che costituirà poi, quasi un secolo dopo, se non il nocciolo un precedente importante della dottrina mortatiana della costituzione in senso materiale.

L'interrogativo che a questo punto si pone Lassalle è «quali siano le condizioni che vincolano le leggi a rimanere nell'alveo tracciato dalla forza condizionante espressa dalla Legge Fondamentale».

La sua risposta è che il potere, che consenta o meno il rispetto dei principi posti dalla Legge Fondamentale, non possa essere costituito da altro che dagli «effettivi rapporti di forza che esistono in ogni società e costituiscono quel potere attivo ed operante che determina tutte le leggi e gli istituti giuridici di tale società in modo che essi nella loro essenza non possono essere diversi da quelli che sono».

Partendo da questa premessa – che vale per ogni costituzione e quindi anche per la Costituzione prussiana – Lassalle ribadisce che è sempre indispensabile distinguere fra la Costituzione di carta e la Costituzione reale perché «originariamente le questioni costituzionali sono questioni di forza», ribadendo, per non essere frainteso, che i meri criteri formali non sono sufficienti «per stabilire se e quando una Costituzione sia buona o cattiva, possibile o impossibile, duratura o effimera»¹⁸.

¹⁸ Una terminologia quella di Lassalle di fronte alla quale gli addetti ai lavori potrebbero storcere il naso, mentre l'osservazione che sorge spontanea è che è proprio l'assenza di qualcuno che, a partire dalla scuola, spieghi a cittadini e lavoratori quali sono i loro diritti e i loro doveri, i principi e le regole che partiti, sindacati, governi, amministratori dovrebbero rispettare e far rispettare nei luoghi di lavoro, sulle strade e in materia di salute, ambiente e sicurezza rende gli elettori poco sensibili e consapevoli del valore della Costituzione nel garantire gli spazi democratici e la giustizia sociale. Avviene così, spesso, che il voto pro e contro le proposte di revisione della

Ne conclude, quindi, che quest'approccio esteriore «che si applica indifferentemente ad ogni compiacente foglio di carta sottoscritto da una Nazione e dal suo Re, qualunque ne sia il contenuto, ci lascia in un'assoluta incertezza».

Lassalle aggiunge, infatti, che non è solo la Costituzione prussiana ad essere espressione dei rapporti di forza fra le classi ma lo sono anche le leggi che danno attuazione ai principi della costituzione ed in particolare le leggi in materia economica come «quelle che riguardano il sistema fiscale e le franchigie [...]».

Per spiegare ai lavoratori fino a che punto i rapporti di forza fra le classi sono determinanti nel gioco politico ed istituzionale Lassalle fa l'ipotesi che vadano a fuoco contemporaneamente le *Gazzette Ufficiali* dell'intera Prussia. Anche se questo evento cancellasse l'intera legislazione del paese non annullerebbe comunque quei rapporti di forza di cui sono espressione Re, Esercito che gli è fedele, Proprietari terrieri, Industriali, Banchieri, (Engels...), e le altre forze sociali dominanti.

Ciò che conferma, secondo Lassalle, il *carattere di carta* della *Costituzione*.

In questo contesto Lassalle non manca di far notare il paradosso per cui centinaia di migliaia di persone – quelle che per Hegel e Marx costituiscono *la società civile*, sede del conflitto, contrapposta a quella dell'unificazione, dell'unità e della sintesi che è lo Stato¹⁹ – sono costrette ad accettare o di fatto accettano di sottostare (in forza del sistema elettorale delle tre classi) agli interessi e alle decisioni di un numero molto ristretto di persone²⁰. Persone arroccate intorno alla Corona e tutelate

Costituzione sottoposte al Parlamento e successivamente agli elettori in occasione dei referendum, si riduca a un voto pro o contro il governo di turno prescindendo e ignorando il contenuto di riforme talora anche di grande rilievo.

¹⁹ Lo Stato sintesi dell'unità del popolo e di tutte le forze sociali è il mito dei classici della giuspubblicistica tedesca e quindi non solo di Rudolf Smend e Carl Schmitt ma di una lunga catena di autori ben noti alla letteratura giuridica italiana, all'origine di un pensiero autoritario illustrato con lucidità da H. Heller in *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, Foligno (PG), 2021, traduzione e Introduzione di A. Merlino e Prefazione di C. Amirante.

²⁰ Per più ampi riferimenti alle *tre classi di elettori*, lo strumento tecnico-politico cui, a dispetto di una costituzione nella quale il partito del progresso (Fortschrittspartei) aveva avuto un ruolo significativo, veniva garantita alla monarchia e ai suoi alleati

dall'esercito e dalle forze dell'ordine fedeli al Re e soprattutto, a differenza dei cittadini, ben armati e ben organizzati.

Lassalle ne conclude che così funzionano i rapporti di forza che «esistono in ogni società e costituiscono quel potere attivo ed operante che determina tutte le leggi e gli istituti giuridici di tale società in modo che essi nella loro essenza non possono essere diversi da quello che sono».

Ma ciò che rende ancora più attuale le riflessioni di Lassalle sulla natura ed il *modus operandi* delle costituzioni del suo tempo ed in particolare della Costituzione prussiana, è che Lassalle non si limita ad una generica indicazione delle istituzioni e delle classi sociali che le leggi prussiane di fatto privilegiano ossia l'esercito, la grande industria, i proprietari terrieri e le banche. Ma accanto al ruolo decisivo di un sistema elettorale censitario mette in luce i continui tentativi del Monarca e del Cancelliere di emarginare – come si vedrà – il Parlamento anche in aperto contrasto con la Costituzione prussiana.

Assertore del ruolo centrale del Parlamento, anche se non manca di sottolineare i limiti che derivano dal ruolo e dal peso dei rappresentanti dei partiti che lo compongono e dalla loro capacità di resistere ai governi e ai poteri forti che ne condizionano le decisioni. Per fornire un esempio convincente della sua tesi Lassalle descrive una vicenda politica che si ripete quasi alla lettera ai nostri giorni.

Il governo prussiano concesse infatti all'esercito un sostanzioso finanziamento eludendo il parere ed il voto del parlamento, una vicenda che provocò una crisi di governo per l'aperto conflitto fra la posizione del Ministro della Guerra Von Roon ed il Cancelliere Bismarck.

Bismarck, infatti, di fronte a una aperta violazione della Costituzione fu costretto ad affermare che nell'interesse dell'Esercito e della Nazione *i principi e le tradizioni del Diritto pubblico dovevano prevalere sulla Costituzione*. Ciò che conferma, secondo Lassalle, che quello che sulle sue labbra suonava come

il controllo della classe operaia, una legislazione contro la quale Lassalle lanciava il suffragio universale come suo cavallo di battaglia, cfr. Car, *La dittatura della convinzione*, cit., *infra*.

una sfida sovversiva (cioè la prevalenza della volontà del Cancelliere sulla Costituzione) viene confermato e addirittura giustificato e teorizzato pubblicamente proprio dalla massima carica dello Stato.

Un'ennesima palese riprova che la costituzione di carta altro non sia che «l'espressione degli effettivi rapporti di forza» fra le classi che sovente prevalgono anche su precise ed imperative disposizioni costituzionali.

Ma Lassalle non può essere accusato, come ha sostenuto Mortati, di confondere fra fatto e diritto e di non vedere con chiarezza le relazioni fra una costituzione, le sue interpretazioni e le violazioni non di rado avallate da leggi che ne stravolgono il contenuto; Lassalle sostiene piuttosto ciò che purtroppo è avvenuto anche nei secoli successivi e fino ai nostri tempi, ossia che non solo il contenuto delle costituzioni ma anche quello della legislazioni sono spesso espressioni o sono fortemente condizionati dai rapporti di forza non solo politici ma anche economici e sociali. Ma aggiungerei che oggi sono condizionati più che mai dai poteri occulti che si dovrebbe avere il coraggio di chiamare con il loro nome, cioè massonerie, mafie, servizi segreti e lobbies che con i loro strumenti di ricatto, corruzione e finanziamenti condizionano la vita del paese assieme alle grandi organizzazioni europee e internazionali. Poteri tutti, che se proprio si volesse usare quel "formante" dai vaghi contenuti come Cantaro ha definito la costituzione in senso materiale, ne costituirebbero, come molti processi e le indagini della commissione Parlamentare Antimafia hanno confermato, un elemento determinante.

Il primo punto da affrontare qui è costituito dalla precisa e decisiva distinzione (che è qualcosa di diverso e più complesso dalla semplice contrapposizione) che Lassalle fa fra la *Costituzione di carta* e la *Costituzione reale*, costituita dai rapporti politici, economici e sociali che caratterizzano ogni società²¹. Una tesi che, anche se Lassalle non usa l'espressione *costituzione materiale* e tantomeno quella di *costituzione formale*, costituisce un'interessante precedente storico della teoria mortatiana della

²¹ ... e nel caso da lui descritto la società prussiana dell'Ottocento.

costituzione in senso materiale. Una concezione, quella di Mortati che, partendo dalla convinzione del superamento storico dello Statuto Albertino, faceva del Partito Nazionale Fascista, non solo il fondamento della nuova forma di stato e soprattutto di governo ma l'unica, vera costituzione giuridica, chiama la costituzione materiale.

Lassalle, invece, diversamente da quello che farà Mortati circa ottant'anni dopo²² non attribuisce certo natura giuridica a quella che lui chiama Costituzione reale – di cui il Re, l'Esercito, le Banche e la Grande Impresa e i proprietari terrieri sono i Träger – e che costituiscono l'articolata espressione dei rapporti di forza dominanti.

Questo perché Lassalle ritiene che una costituzione, per essere legittima politicamente, efficace e rispettata, perché sentita come propria da tutti i cittadini e lavoratori, deve trovare piena rispondenza nei bisogni, negli interessi e negli eguali diritti di tutti i cittadini e lavoratori.

La sua tesi conclusiva è che la Costituzione prussiana – anche se attribuiva significativi poteri al parlamento – avesse come obiettivo quello di garantire diritti e poteri delle classi dominanti, poteri assicurati soprattutto dalla Monarchia e dall'Esercito e dai poteri economici forti, quali gli industriali e gli Junker. Conclude perciò Lassalle, che solo uno stato nazional-popolare, fondato sul suffragio universale e sull'alfabetizzazione di massa può educare il popolo, consentendogli di partecipare attivamente come protagonista alla vita dello Stato²³.

Come ha sottolineato Thilo Ramm, l'interesse della teoria costituzionale di Lassalle non risiede quindi solo nella sua convinzione, che trova le radici nell'analisi storica, «che le questioni costituzionali per la loro natura non sono problemi giuridici ma di forza», ma come si è già evidenziato costituisce «la forma di dominio di un gruppo di uomini sugli altri»²⁴.

²² ... che citerà la versione tedesca dei due discorsi di Lassalle ma, in sostanza, eviterà un reale confronto con queste tesi.

²³ In proposito, una più ampia riflessione sul contesto politico dell'Assemblea Costituente da cui era nata la Costituzione prussiana e sul ruolo politico oltre che di studioso di Lassalle è dovuta a Car, *La dittatura della convinzione*, cit.

²⁴ Il breve saggio di Ramm dal titolo *La costituzione dello stato* può essere letto

Ram aggiunge infatti che per Lassalle «finché la libertà non sarà data a tutti esisteranno battaglie costituzionali di potere». Le ragioni che spingono Lassalle a schierarsi contro il punto di vista meramente giuridico dei mentori dello stato liberale, a proposito della crisi parlamentare sul finanziamento dell'esercito come esempio di una strategia più vasta, sono coerenti con le sue premesse storiche e metodologiche circa il funzionamento dei sistemi costituzionali.

Cioè, che in tutte le questioni costituzionali «il potere organizzato» dei gruppi, resi più forti dai loro privilegi elettorali, è destinato a prevalere sul «potere disorganizzato» della maggioranza numerica delle masse popolari, alle quali non resta altro, per cambiare i rapporti di forza, che fare una rivoluzione.

I discorsi di Lassalle, quindi, come ha sottolineato anche Ram, si proponevano di convincere le disorganizzate masse popolari che l'unica via per capovolgere i rapporti di forza fosse una rivoluzione. Una rivoluzione che non poteva però aver luogo senza quella ferrea organizzazione che mancava allora ai lavoratori tedeschi e invece caratterizzava i soggetti e i partiti che erano alla guida dello Stato prussiano e delle sue istituzioni.

Una riflessione, quella di Lassalle, fondamentale²⁵ per cogliere quel nesso fra diritto e politica nelle costituzioni ottocentesche che per la sua contrapposizione della *costituzione reale* alla *costituzione di carta* che però non considera irrilevante bensì condizionata dal potere del Re, del governo e delle classi sociali che li supportano – anche per precisi riferimenti ad una vicenda storico-politica di grande rilievo che merita perciò l'attenzione dei costituzionalisti e degli storici del diritto. Una riflessione che vale più in generale anche per le costituzioni liberali che, per essere più vicino al vero, definirei semiliberali e che hanno svolto la duplice funzione storica di legittimare i sistemi monarchici e ad un tempo consolidare i rapporti di forza nelle istituzioni e al di fuori di esse come rapporti di classe.

nella già citata antologia a mia cura a p. 33, in particolare pp. 134-135. Per quanto riguarda l'edizione tedesca cfr. *Ferdinand Lassalle als Rechts- und Sozialphilosoph*, A. Hains, Meisenheim, 1953.

²⁵ Soprattutto perché dovuta a un giurista che fu contemporaneamente un importante rappresentante del movimento operaio.

In effetti, queste costituzioni – ed in particolare lo Statuto Albertino – si preoccupavano soprattutto di consolidare la forma di stato e di governo (monarchico), dando una legittimazione costituzionale ad un'organizzazione istituzionale che ignorava sostanzialmente i problemi economici e sociali che si venivano evolvendo tanto in Italia quanto in Germania. Un ostacolo istituzionale (o se si preferisce un muro) che impediva una progressiva trasformazione di uno stato monoclasse in una società e in uno stato in cui emergevano bisogni, interessi e diritti delle nuove classi e formazioni sociali, di cui i governi del sessantennio liberale anche con il contributo delle formazioni politiche dirette da Giolitti hanno colto alcune esigenze e domande di maggiore libertà e partecipazione politica. Si lasciava così maggiore spazio a quel conflitto politico e sociale che creando una situazione di insicurezza e di ripetute crisi di governo senza condurre in porto quella rivoluzione che la classe operaia, in particolare nel biennio rosso, aspirava a realizzare²⁶.

Come ha sottolineato efficacemente Luigi Lacchè, le costituzioni che, non a caso, come lo Statuto Albertino, portano la fatidica data del 1848, “l'anno dei portenti”, erano “ottriate” perché concesse dai sovrani per evitare che venissero loro imposte dalla forza degli eventi²⁷. Dunque, l'interesse verso queste costituzioni sta nella loro idoneità a prevenire delle rivolte o delle vere e proprie rivoluzioni, preservando e consolidando «antiche forme di sovranità»²⁸. In realtà le concessioni alle richieste di maggiori libertà e giustizia sociale sono ben misere, soprattutto se ci riferiamo allo Statuto Albertino. Del resto, «un regime che non vuole basi di massa», per riprendere l'efficace definizione di Roberto Martucci²⁹, era soltanto «formalmente rappresentativo», dati i limiti imposti dal sistema elettorale (nel 1860 il 2.2% degli aventi diritto di voto, tutti cittadini di sesso maschile). La trasformazione sia del sistema rappresentativo che del sistema politico-sociale dovuta alla progressiva ascesa, crescita e peso

²⁶ Per più ampi riferimenti, cfr. per tutti Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit.

²⁷ In proposito, cfr. Lacchè, *La Costituzione nel Novecento*, cit., pp. 3 ss.

²⁸ Ivi, p. 4.

²⁹ Così Martucci in *Storia costituzionale*, cit., p. 89.

politico dei partiti che caratterizza il sessantennio liberale italiano, è avvenuta quindi tutta al di fuori dei principi e delle norme dello Statuto Albertino. Una fase di un relativo pluralismo politico che si conchiude nel 1922 con l'ascesa e l'affermazione di quel regime fascista che dovette non poco al timore prudenziale della monarchia sabauda che l'endemica instabilità dei governi sfociasse in una crisi di legittimazione del sistema monarchico.

Ma se Mortati mostra disattenzione o disinteresse per i *Discorsi* di Lassalle sulla natura e l'essenza delle costituzioni, delle cui tesi si libera con troppa disinvoltura, ancora più inspiegabile (!?) appare la “dimenticanza” del saggio di Kelsen *Marx o Lassalle: Mutamenti della teoria politica marxista*³⁰, un autore, Kelsen, di cui ancora oggi anche nel nostro paese si fa una recezione parziale, errata e spesso strumentale³¹.

Eppure si tratta di un saggio che si inserisce in un discorso più generale dedicato dall'autore al rapporto fra classe operaia e stato ed alla crisi del marxismo “proclamata” da alcuni leader della socialdemocrazia austriaca e tedesca anche per esorcizzarne e allontanarne lo spettro. In questo saggio l'autore riprende temi trattati in *Sozialismus und Staat* del 1920 e sul concetto sociologico e giuridico di stato³². Perciò, insistere pervicacemente sul formalismo-positivismo di Kelsen come se fosse il suo unico ed esclusivo contributo all'analisi del diritto e dello stato ed ignorarne i saggi di analisi storico-politica a partire dal fondamentale *Vom Wesen und Wert der Demokratie*³³, saggi

³⁰ (in Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 1924, pp. 38 ss. in nota il saggio di Kelsen del c.d. periodo Austro Marxista pubblicato con il titolo *Marx oder Lassalle: Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, Hirschfeld, 1924 su cui per più ampie considerazioni si rinvia al saggio di Brigitte Perfahl, *Marx oder Lassalle? Zur ideologischen Position der österreichischen Arbeiterbewegung 1869-1889* (Ludwig Boltzmann Institut für Geschichte der Arbeiterbewegung, Materialien zur Arbeiterbewegung, band 21), Vienna, 1982.

³¹ Come dimostra il saggio di A. Merlino, *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, Napoli, 2012.

³² In Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, 1922.

³³ Il riferimento bibliografico completo del saggio kelseniano è *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, ripubblicato nel 2024 dalla Reclam mentre l'edizione originale risale al 1920. E per l'edizione italiana è disponibile ora per i tipi di Giappichelli e a cura di A. Carrino, col titolo *Essenza e valore della democrazia*, Torino, 2004.

che però non possono certo non risentire della sua concezione della costituzione e del suo ruolo per la vita democratica di un paese³⁴, significa fraintendere non solo le ragioni ed i motivi della sua esigenza metodologica di distinguere l'analisi giuridica da quella sociologica ma anche ignorare il suo impegno culturale e politico di costituzionalista e democratico.

A maggior ragione, non è scusabile la 'disattenzione' di chi oggi, usando talora in modo improprio e strumentale il *concetto di Costituzione materiale*, spesso per denunciare una presunta inadeguatezza della Costituzione repubblicana e l'esigenza di revisionarla radicalmente, ignora il saggio di Kelsen. Un saggio che rappresenta un interessante confronto tra chi proponeva una via riformista dello Stato e delle sue istituzioni a partire dai piani alti, cioè dalle Costituzioni (un percorso che dunque si impegna ad adeguare l'ordinamento giuridico alle esigenze, alle richieste e ai diritti di cittadini e lavoratori) e chi invece riteneva che l'obiettivo politico fondamentale ed inevitabile (seguendo la scia e le tesi di Marx ed Engels) fosse quello di abbattere o progettare l'estinzione di uno Stato ritenuto già allora a torto o a ragione in crisi radicale.

2. *La Costituzione in senso materiale nel contesto storico-politico del Ventennio fascista*

Se Costantino Mortati fin dagli anni '30 ha avuto un ruolo determinante nell'indagare le basi, le forme e i contenuti del costituzionalismo come un complesso tematico e analitico diverso dalla teoria dello Stato, ponendosi così al centro del dibattito

³⁴ Il saggio di Kelsen, che nella versione in lingua tedesca era apparso nel 1924, può essere letto in lingua italiana nell'antologia a mia cura già citata *Stato, Costituzione e conflitto sociale*. Su Kelsen e sul suo contributo complessivo all'analisi del diritto, delle Costituzioni e anche delle vicende Costituzionali non solo del suo tempo, e della «originale e distorta recezione italiana» cfr. da ultimo Merlino, *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechts Lehre in Italia*, cit., e *Kelsen in Italia: una recezione a contrario*, in «La Rivista "Gruppo di Pisa"», 2, 2023, pp. 145-160.

fra gli studiosi di diritto pubblico come pochi altri prima di lui in Italia, il tema *costituzione materiale* è forse quello oggi più ricorrente in saggi e convegni. Si tratta di occasioni di confronto sia teorico che metodologico ritenute da non pochi costituzionalisti e storici del diritto atte a testare il polso alla Costituzione italiana del 1948. Queste discussioni prendono spesso le mosse dai suoi numerosi contributi sul potere costituente, la forma di Stato e di Governo e soprattutto i principi supremi della Costituzione. Contributi che registrano un evidente cambio di passo o, se si vuole, un approccio analitico e metodologico, obiettivi e finalità, ben diverse dalla monografia maceratese del 1940. Una monografia – e non è difficile comprenderne i motivi – che Mortati non ha mai voluto ripubblicare.

Come si accennerà, infatti, nelle conclusioni di questo saggio che mi propongo di riprendere e approfondire in altra sede, dopo un significativo lasso di tempo durato fino al 1953, periodo durante il quale il lemma *costituzione materiale* risulta del tutto assente nelle sue pubblicazioni, Mortati, sia nel manuale di Diritto Pubblico che in saggi e voci di enciclopedia, attribuisce senso e significato spesso diverso al concetto di *costituzione materiale* rispetto alla monografia maceratese, contribuendo così alla formazione di una teoria e di una dottrina della costituzione autonome rispetto alla tradizionale teoria generale dello stato.

Un concetto che, comunque, per il celebre autore di monografie come *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (tesi di laurea poi rielaborata e pubblicata nel 1931 nella «Collana dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale» della facoltà romana), è prevalentemente centrato su poteri e funzioni del Governo come del resto le sue riflessioni e i suoi saggi sull'indirizzo politico, sul partito e sulla sua centralità nelle moderne società di massa. Saggi di teoria generale, che assieme a quelli di diritto comparato (in particolare dedicati al costituzionalismo tedesco) hanno rappresentato il riferimento costante della sua attività di studioso, di docente ed in seguito di autorevole membro dell'Assemblea Costituente e poi della Corte Costituzionale. Come si vedrà fra breve uno dei temi affrontati da Zagrebelsky nella sua ampia e articolata introduzio-

ne all'edizione del 1998 della *Costituzione in senso materiale* e ripresi ampiamente dai correlatori del Convegno maceratese è proprio l'interrogativo circa il rapporto continuità/rottura fra le tesi mortatiane del '40 e quelle del secondo dopoguerra.

Prima di riprendere il tema della *costituzione in senso materiale* è opportuno, per evitare fraintendimenti, chiarire che esula dagli obiettivi di questo saggio insistere sulla *vexata quaestio* della misura in cui Mortati aderì come protagonista al regime fascista e in che misura le sue riflessioni scientifiche ne sono state direttamente e strumentalmente influenzate. Soprattutto dopo l'incontestabile profilo biografico della docenza di Mortati all'Università di Macerata tracciato da Caporali.

Gli studi dedicati al rapporto fra gli intellettuali, gli accademici – e fra questi i giuristi – e il regime Fascista hanno messo in evidenza i mutamenti di opinioni e direi anche le ambiguità di scelte politiche perfino di personalità di alto profilo come Benedetto Croce e Vittorio Emanuele Orlando. Come è stato efficacemente osservato da Luca Lo Schiavo «prima che il movimento dei “Fasci” si trasformasse in regime» e una opposizione politica convinta avrebbe potuto impedirne l'affermazione «furono assai numerosi i giuristi che guardarono con interesse, con simpatia, addirittura con sincero entusiasmo al nuovo che avanzava rinunciando a denunciare la via liberticida che si stava imboccando e che essi – da giuristi appunto – meglio di altri potevano riconoscere ed additare»³⁵.

Questi ed altri analoghi atteggiamenti di silente attesa o di favore per una soluzione della crisi politica del '22 con il sostanziale sostegno ad un uomo nuovo e ritenuto forte e carismatico rappresentano solo un aspetto del più ampio discorso sul passaggio dal liberalismo in crisi al regime fascista al quale in questa sede non posso che limitarmi ad accennare.

Il clima di incertezza per cui si sono susseguiti otto governi in poco più di tre anni dal giugno 1919 all'ottobre 1922 prova

³⁵ Così Lo Schiavo nella Prefazione al volume collettaneo *I giuristi e il fascino del Regime 1918-1925*, a cura di I. Birocchi e L. Lo Schiavo, Roma, 2015, p. 6, una antologia preziosa per chi intenda studiare l'atteggiamento dei giuristi italiani non di rado contraddittorio verso il regime fascista.

in modo inconfutabile la gravissima crisi dello stato liberale e l'incapacità dei partiti politici di mettere da parte i conflitti, le astuzie e gli opportunismi per dar vita ad un governo stabile³⁶.

La crisi dello stato liberale non poteva certo essere colta a pieno dai costituzionalisti, anche dai più acuti come Romano e Orlando, senza comprendere a fondo la gravità del contesto economico e sociale che non riguardava solo l'Italia. Si trattava infatti di un durissimo scontro di classe che aveva sconvolto nell'ultimo decennio un paese nel quale le crisi di governo erano diventate il problema fondamentale e secondo ogni apparenza insolubile. Limitarsi a parlare di *società omogenea*, obiettivo che i giuristi hanno il compito di promuovere per garantire la tenuta e l'unità dello stato, evitando di affrontare esplicitamente e direttamente il *conflitto di classe* che si stava prepotentemente manifestando da anni nel paese non favoriva certo la comprensione della esatta dimensione di una crisi epocale.

Né consentiva loro di proporre soluzioni politiche ed istituzionali in grado di risolvere quella che oramai era una gravissima crisi economica e sociale prima che giuridica ed istituzionale. Solo attraverso una elaborata analisi della crisi dello stato liberale e delle sue fatiscanti istituzioni con un approccio multidisciplinare sarebbe stato infatti possibile ricostruire le reali ragioni della crisi.

Mentre i dubbi o, se si vuole, i repentini mutamenti di giudizio e di schieramenti sia sul piano scientifico che politico di fronte al drammatico momento del paese di tanti giuristi che hanno subito il "fascino del regime" si spiegano con la generalizzata convinzione che le istituzioni in crisi dello stato liberale non consentissero più l'integrazione dei cittadini, dei lavoratori in una società ormai frammentata e conflittuale negli schemi

³⁶ Per più precisi riferimenti storici ed una descrizione articolata delle alternative che si offrivano al Re nel momento in cui attribui con un telegramma a Mussolini l'incarico di formare il governo (cioè dichiarare lo stato di assedio o affidare il governo ad un militare) rinvio a Martucci, *Storia Costituzionale Italiana*, cit. Per quanto riguarda l'indicazione dei governi che hanno preceduto la presa di potere di Mussolini, cfr. la Tabella a p. 159; e a proposito della crisi dello stato liberale e gli eventi che hanno preceduto la formazione del governo Mussolini cfr. pp. 133 ss.

in istituzioni inadeguate e inidonee dell'ordinamento giuridico liberale³⁷.

Di Costantino Mortati e della sua ampia produzione scientifica, non tocca a me il compito di tracciare un quadro completo né tanto meno soffermarmi sull'impegno non solo didattico e scientifico del periodo maceratese dopo l'accurata e precisa indagine di Caporali relativa sia alla biografia che ai contributi scientifici del nostro autore. Dalla quale risulta più che evidente l'adesione al partito fascista e perfino la condivisione dei miti mussoliniani dell'italicità della razza ecc., di cui non fece risparmio in occasione del suo discorso rettorale.

Ciò che sembra emergere un po' da tutte le relazioni è la sua scelta di collegarsi alla tradizione dei maestri del diritto pubblico, da Vittorio Emanuele Orlando a Santi Romano, di cui apprezzava in particolare il celebre e riconosciuto tentativo d'individuare le radici profonde della crisi dello Stato, evidenti sia nella *prolusione di Pisa* che nel volume su *L'ordinamento giuridico*, ritenuta una vera pietra miliare del diritto pubblico italiano.

Il focus dell'analisi di Romano è l'inadeguatezza del suo approccio che disciplinare, che escludeva l'utilità metodologica e

³⁷ Guardare alla costituzione di Weimar piuttosto che ai suoi non pochi critici più decisi e talora «feroci come Karl Smith, Rudolf Smend e Leibolz» (per limitarmi ai nomi più noti e spesso citati anche da Mortati) soluzioni politiche ben diverse dal sostegno all'uomo forte, sia pure non condividendo talora del tutto le loro metodiche avrebbe consentito loro di prospettare soluzioni democratiche per il nostro paese. Sul complesso tema rinvio agli stimolanti contributi raccolti nell'antologia *I giuristi e il fascino del regime 1918-1925*, cit., ed in particolare ai saggi di A. Musumeci, *Santi Romano un giurista fra due secoli*, pp. 325 ss., e D. Quagliani, *Il peccato politico di Vittorio Emanuele Orlando*, pp. 373 ss. Che Santi Romano fin dalla *prolusione pisana* avrebbe colto «il fatto storico della insorgenza del fenomeno corporativo» e la moltiplicazione di organizzazioni e associazioni, allo scopo di riunire gli individui sulla base delle loro professioni e dei loro interessi e che le sue suggestioni si siano poi concretizzate nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici è un dato inconfutabile. Che la realizzazione monca, perché mai accettata dai lavoratori, delle Corporazioni, tanto che «è lecito parlare di corporativismo senza le corporazioni», è stato dimostrato in modo convincente da H. Heller, *L'Europa e il fascismo. Alle origini del pensiero autoritario*, Introduzione e traduzione a cura di C. Amirante e con Postfazione di A. Merlino, Foligno, 2023. Che l'atteggiamento e il comportamento di Orlando nei confronti di Mussolini e del regime fascista sia stato molto meno lineare anche dopo il «peccato politico» della Legge Acerbo, è confermato dallo stimolante saggio di D. Quagliani, perfino troppo generoso nei confronti del maestro siciliano.

scientifica delle scienze sociali diverse dal diritto quando si affrontano i temi dello stato e delle sue istituzioni. Una profonda, radicata convinzione che ha indotto Romano ad affermare la superiorità «descrittiva e quindi normativa del diritto»³⁸.

La superiorità del metodo giuridico (e del punto di vista giuridico) come il «principe dei metalinguaggi»³⁹ di cui *I Principi di diritto costituzionale generale* (dello stesso S. Romano nell'edizione accresciuta del 1945) sarebbe poi stata la teorizzazione più coerente, implicava la conseguenza che il giurista dovrebbe avere la capacità di svolgere «la funzione d'ingegneria fattiva dello Stato»⁴⁰. Cioè la capacità e la competenza di elaborare concezioni e metodi analitici dello Stato, delle sue Istituzioni e dei problemi sociali, in grado d'inserire i temi politici e sociali nelle maglie del sistema giuridico.

La mia ipotesi di lavoro a proposito della *costituzione in senso materiale* è che l'operazione compiuta da Mortati, sia con la monografia del '40 che con i vari e spesso ripensati contributi del secondo dopoguerra, si proponga proprio di realizzare ciò che Romano intendeva come «compito irrinunciabile del giurista» senza però, a mio avviso, centrare in pieno l'obiettivo. Sia perché il suo approccio metodologico col quale si propone di affrontare una nuova concezione teorica di costituzione e potere costituente si colloca in realtà al di fuori e al di là delle concezioni teoriche romane. Sia perché nella sua teoria della costituzione in senso materiale in cui il partito unico assume il rango della nuova autentica costituzione giuridica non solo del nuovo regime politico ma addirittura dello stato, altro non è se non un tentativo, per altro mal riuscito, di delegittimare e superare la costituzione vigente, lo Statuto Albertino.

In vero, ciò che, se non erro, è stato in qualche modo adombrato anche da Gustavo Zagrebelsky⁴¹ – ed è questo il motivo

³⁸ Così M. Croce (nella sua postfazione dal titolo *La tecnica della composizione. Per una storia futura*, pp. 194 ss., alla nuova edizione del volume di Santi Romano dal titolo *L'Ordinamento giuridico*, Macerata, 2018).

³⁹ Ivi, p. 195.

⁴⁰ Ivi, p. 197.

⁴¹ ... e che mi propongo d'approfondire in altra sede con un sondaggio sistematico sui mutamenti di lemmi, concetti, metodi ed obiettivi della sua analisi.

dei frequenti riferimenti di Mortati a Carl Schmitt e a Rudolf Smend, dei quali però non condivideva del tutto tesi e conclusioni ma spesso le premesse ideologiche, filosofiche e culturali – fu per Mortati innanzitutto l'esigenza di stabilità dello stato e del suo governo ed una concezione unitaria della comunità da cui lo stato trae la sua linfa vitale a fare dello Stato fascista il modello dello Stato moderno.

Ma non meno determinante per definire la natura autentica di una costituzione è ancor più il contenuto e le funzioni della *costituzione in senso materiale* è la sua identificazione con «le forze politiche dominanti che si raccolgono attorno ad un fine supremo, riuscendo ad imporlo nella realtà come elemento costitutivo della società» «un ordine materiale ed ideale»⁴² che dovrebbe, per Mortati, divenire un vincolo per le stesse forze governanti.

Ma Mortati identifica, talora con chiarezza, la *costituzione materiale* con le politiche di maggioranza che riescono ad imporre quella unità d'intenti, obiettivi e fini che stabiliscono quel rapporto di dominio destinato ad imporsi all'intera comunità. Laddove l'obiettivo delle Costituzioni democratiche e dei loro sostenitori a partire dai principi dell'89, criticati aspramente da molti sostenitori o fiancheggiatori del regime fascista è al contrario non solo quello di assicurare la divisione dei poteri ma anche quello del controllo dei poteri della maggioranza politica comunque sia espressa.

Il lettore che oggi affronta la nuova edizione del 1998 de *La Costituzione in senso Materiale* curata da Zagrebelsky, non può evitare innanzitutto di porsi un interrogativo.

Chiedersi, cioè, quale rapporto ci sia fra le tesi e l'approccio metodologico di un volume che non a caso Mortati non ha mai pensato di ristampare, rendendolo, così, potenzialmente dispo-

⁴² Zagrebelsky, nella già citata premessa a *La Costituzione in senso materiale*, cit., *infra*.

nibile ad un vasto pubblico a cinquant'anni dalla prima pubblicazione, e le tesi riproposte in termini spesso significativamente diversi nelle notissime *Istituzioni di Diritto Pubblico* in voci di enciclopedie giuridiche e in un famoso saggio in cui si confronta con Carl Schmitt.

Prima di commentare la risposta di Zagrebelsky al suo ipotetico interlocutore è indispensabile considerare quello che secondo lo stesso Zagrebelsky, sul piano teorico e metodologico è la base del ragionamento di Mortati, ovvero il «programma teleologico e metodologico» per il lavoro del costituzionalista proposto da Carl Schmitt. Secondo il quale «ciò che esiste come entità politica è – giuridicamente considerato – meritevole di esistere». Un'affermazione che secondo Zagrebelsky «vale come legittimazione, almeno secondo il punto di vista delle cogenti ragioni della storia». Una tesi, a mio avviso, che assolutizza e pone come principio scientifico incontestabile quella che è solo una delle possibili teorie della storia e che non a caso non è assolutamente condivisa da gran parte degli storici del costituzionalismo moderno e contemporaneo⁴³.

La risposta di Zagrebelsky è che malgrado l'innegabile «compromissione politica» dovuta all'individuazione nel Partito Fascista la quintessenza, l'elemento portante della *Costituzione in senso materiale*, «l'idea generatrice della dottrina [...] non è stata quella di un tentativo di fondazione giuridico-costituzionale» del regime fascista. Al contrario, come si afferma fin dall'inizio del saggio, Mortati si sarebbe proposto «di ricercare un contenuto della Costituzione indipendente dalla particolarità delle singole figure storiche di Stato, un contenuto assoluto, tipico determinabile in via di deduzione logica» (pp. 16-17).

Il *regime fascista* sarebbe solo il modo più appropriato, in quanto *Stato moderno*, ad assumere il ruolo di paradigma dello *Stato tout court*.

⁴³ Ciò anche perché per Mortati il Partito Nazionale Fascista, la Milizia e il Gran Consiglio del Fascismo, in quanto organi costituzionali sono il fulcro della sua costituzione materiale intesa come la Costituzione Giuridica del Paese.

In altri termini, secondo Zagrebelsky, sarebbe quindi possibile affermare che «la Costituzione in senso materiale non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile ed applicata a quello fascista».

Ciò che appare problematico in questa tesi è che nell'approccio metodologico di Mortati c'è un retroterra che va fatto risalire allo storicismo positivista, una teoria generale del Diritto che faceva capo a Vittorio Emanuele Orlando. Ma non risultano molto chiare le condizioni per cui lo Stato assumerebbe quelle forme giuridiche concrete che consentano ad esso poi di fatto di svolgere a pieno le sue funzioni, cedendo il passo a quel partito unico che divenuto "costituzione materiale" sarebbe in grado non solo di sostituirsi alle Istituzioni rappresentative identificandosi con lo stesso stato ma anche di integrare lavoratori e cittadini anche attraverso la falena di quel sistema corporativo che in realtà ha avuto più il ruolo ideologico di proporre il regime fascista come alternativa sia al capitalismo che al socialismo anziché favorire un accordo fra datori di lavoro e lavoratori.

Vien da chiedersi, infatti, se il punto di riferimento teorico sia lo Stato liberale in crisi, lo Stato fascista o uno Stato i cui caratteri fondamentali e le cui istituzioni vengano considerate elementi tipologici indispensabili al buon funzionamento al di là delle contingenze storiche.

Anche se per altri versi Mortati sembra riferirsi alle costituzioni rigide contemporanee, le realtà concrete con cui dovevano fare i conti i suoi contemporanei erano ben diverse. Da un lato, infatti, vi era lo *Statuto Albertino*, cioè una costituzione ottriata la cui legittimazione trovava inevitabilmente le sue radici nell'autorità assoluta del Monarca che l'aveva concessa – un testo espressione della Commissione da lui predisposta. Dall'altro vi era la realtà di uno Stato fascista le cui caratteristiche fondamentali, come si afferma esplicitamente (alla p. 67), apparivano quelle di essere «stabile, autoritario, coattivo, necessario, e *totale*, aggettivo che in questo contesto non coincide con totalitario». Un aggettivo, quello *totale*, al quale non a caso si riferiscono in termini critici e polemici sia Carl Schmitt che Ernst Forsthoff, autore quest'ultimo che nella *Daseinsvorsorge* (la cura dei bisogni essenziali per l'esistenza) vedeva il rischio

che nell'R.F.T. una troppo ampia programmazione e una troppo intensa cura dei bisogni, dei diritti e dei doveri dei cittadini fosse l'anticamera di uno Stato socialista⁴⁴.

Ma l'accettazione di una forma di Stato che non esclude forme di pluralismo sociale ma non consente, al contrario, nessun pluralismo politico, sono evidenti nel rilievo assoluto del Partito unico, espressione di un insieme delle forze omogenee – termine con il quale si nascondono e si emarginano gli oppositori al progetto autoritario di unificazione e integrazione 'coatta' della società – in cui si raccoglie e direi si raggruppa, lo Stato.

A queste conclusioni Mortati perviene perché, dopo avere elaborato una nozione di funzione di governo e del Governo come elemento determinante della scena politica, ha assoggettato questo governo al ruolo dominante del Partito unico quale organo portatore esclusivo della *Costituzione in senso materiale*. Un approccio che in considerazione del rapporto ambiguo fra elementi di teoria generale e identificazione storica concreta ha consentito a più di un autore di definire Mortati un *situazionista*. Un'accusa rivolta anche a Carl Schmitt, soprattutto nel Secondo Dopoguerra, in particolare da Hasso Hoffman⁴⁵ tesi a cui io stesso ho aderito in vari saggi, condividendo una definizione di situazionismo che Zagrebelsky non ritiene del tutto appropriata per Mortati.

Comunque sia ritengo che la *teoria del doppio stato* di Ernst Fraenkel⁴⁶ elaborata con riferimento allo stato nazista – anche se la specificità e l'originalità del regime fascista è innegabile – si presta meglio della teoria mortatiana della *costituzione materiale* a cogliere la cifra istituzionale del regime fascista che si ca-

⁴⁴ Cfr. in proposito E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973, con una ampia presentazione critica (pp. V-34). In effetti Forsthoff affermava nel volume *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971, p. 117, che «nella teoria della pianificazione basta ancora una svolta di pochi gradi a sinistra per farne un manifesto socialista».

⁴⁵ Per un mio saggio su Karl Smith cfr. H. Hoffmann, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Karl Smith*, Napoli, 1998, a cura di R. Miccu, *infra*.

⁴⁶ E. Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford, 2017. Per più ampi riferimenti ed in particolare per la presentazione di Norberto Bobbio rinvio a E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, 1983.

ratterizza per la coesistenza, per quanto precaria e non priva di tanti elementi conflittuali, di Statuto Albertino e regime politico ed istituzionale del fascismo. Una teoria che fra l'altro ha il pregio di spiegare meglio di altre, sul piano storico politico, perché la storia della nostra Repubblica si caratterizza infatti non solo per numerose e sostanziali rotture ma anche per elementi non marginali di continuità col regime fascista.

Restando al ventennio, che è riduttivo definire mussoliniano *tout court*, mi sembra che sia proprio la vicenda costituzionale (di cui le “leggi fascistissime” furono elemento determinante nel consolidare il regime e porlo al riparo dai suoi oppositori) che per più versi spiega sia la scarsa fortuna della monografia mortatiana del '40 che le ragioni della sua “dismissione” di chiaro segno politico da Rettore dell'Università di Macerata.

L'idea di Mortati di elaborare un progetto di una costituzione fascista non era nuova. Infatti, la Commissione dei Soloni incaricata da Mussolini di elaborare un testo nel quale fossero ridefinite le competenze del Parlamento riducendone in modo significativo poteri e funzioni e soprattutto negare ogni forma di dipendenza del Governo dal Parlamento – ripristinando così, in definitiva, ciò che veniva previsto dallo Statuto Albertino – ebbe un esito che non soddisfece le aspettative del Duce. La sensazione che possiamo trarre da questa vicenda è, se non andiamo errati, che i componenti della Commissione se erano favorevoli all'ipotesi di una riduzione delle competenze della Camera dei Deputati e magari anche di una modifica del sistema elettorale, ritenevano inopportuno trasformare il Senato in una Camera eletta in tutto o in parte dal popolo. Una soluzione che non piacque a Mussolini, il quale confidava in una riforma drastica dell'intero sistema rappresentativo perché la decisione del Re di rifiutare nel rifiutare lo scioglimento anticipato della Camera dei Deputati andava contro l'esigenza prioritaria del Duce di occupare e dominare senza indugio il parlamento.

Ma lo scioglimento della Camera dei Deputati richiesta da Mussolini⁴⁷ era comunque solo una premessa politica dei suoi

⁴⁷ Sul punto, cfr. I. Scotti, *Il fascismo e la Camera dei deputati: 1 - La Costituente fascista (1922-1928)*, in «Boll. inf. cost. e parl.», 1984, pp. 101 ss., da consultare

ben più ampi obiettivi che, com'è noto, si realizzeranno più tardi colla trasformazione della Camera dei Deputati nella Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

Sembra evidente, quindi, che fra i consiglieri di Mussolini non mancasse la convinzione che per favorire il più ampio consenso degli italiani al regime fascista fosse opportuno che si presentasse al Paese come l'erede legittimo dello spirito del Risorgimento e della tradizione giuridica liberale di cui il nuovo regime intendeva emendare errori ed inefficienze che impedivano di dare risposte adeguate e risolutive ai problemi ed alle urgenze del nuovo secolo.

Anche le scelte ben più radicali imposte da Mussolini con le cosiddette *leggi fascistissime* se, indubbiamente, creavano un nuovo regime istituzionale nel quale il Dittatore di fatto non trovava più ostacoli alla realizzazione dei suoi progetti politici, consentivano d'altro canto a Mussolini di evitare almeno sul piano meramente formale d'intervenire direttamente sulle prerogative e le competenze che lo Statuto Albertino riservava al Re, a partire dal suo ruolo di Capo di Stato.

Un messaggio indirizzato a tranquillizzare sia gli intellettuali che i quadri istituzionali di tradizione e di fede monarchica presenti nell'esercito, nella PA e nella magistratura. Ma rivolto anche al popolo di cui veniva rispettata, così, una fede monarchica che malgrado l'adesione al regime era innegabile, in particolare nelle regioni meridionali, come sarà confermato dal referendum istituzionale del '45.

Tutto ciò, quindi, consentì a Mussolini e ai suoi consiglieri di delegittimare la forma di governo parlamentare sostituendo alla Camere dei Deputati la Camera dei Fasci e delle Corporazioni e rafforzando il ruolo del capo del governo, istituendo quel Gran Consiglio del Fascismo che, come risulta in particolare dalla relazione di Caporali costò a Mortati il trasferimento da Macerata

a Napoli forse anche perché intendeva attribuire al Gran Consiglio un ruolo di “democratizzazione del regime che non dovette piacere al Duce. Così, soprattutto se si considera la fase del “consenso al regime come viene definita dallo storico De Felice, la *tesi del doppio stato* sembra ben più efficace di quella mortatiana della *costituzione materiale*, per definire la reale situazione politico-istituzionale (e in un certo senso almeno formalmente quella costituzionale).

Se, infatti, sembra che durante l'intero ventennio, per i motivi che ho cercato di illustrare, l'esplicita idea di una nuova costituzione rimase sullo sfondo, ben più concreta appare, proprio perché fu evitata non solo una formale revisione ma anche un'aperta delegittimazione dello Statuto, la coesistenza né facile e neanche priva di continui conflitti di due diverse realtà politiche ed istituzionali: da un lato il Re, l'Esercito, la Pubblica Amministrazione e la Magistratura e dall'altro il Duce, il Gran consiglio del Fascismo, la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, la Milizia. Per comprendere però la strategia politica e sociale con la quale il regime fascista, si impegnò, non senza successo, ad integrare cittadini e lavoratori nel regime, conquistandone il consenso, vanno ricordate le cosiddette ‘organizzazioni parallele’, con le quali si tendeva ad ottenere un più solido consenso. In particolare non va dimenticata l'istituzione di quel Dopo Lavoro che Togliatti consigliava ai lavoratori comunisti di frequentare perché poteva offrire l'occasione per criticare con cautela il nuovo regime interclassista di massa, come ebbe a definirlo nelle famose tesi sul fascismo di Mosca, la cui «presa anche sui lavoratori non poteva essere ignorata».

In realtà, l'ordinamento costituzionale non era solo mutato marginalmente, ma per più versi stravolto.

Le leggi del regime fascista rappresentavano una rottura progressiva e violenta del sistema giuridico italiano anche per la colpevole compiacenza del Re. Un monarca che, a condizione che compiti, funzioni e prerogative regie previste dallo Statuto (vigente fino alla caduta del Regime) fossero formalmente salve, finì per promulgare leggi e decreti, e soprattutto le *leggi fascistissime* e la *legislazione antisemita*, ponendo così le premesse per la delegittimazione e la fine della monarchia sabauda.

Le articolazioni, innervate dal regime, non meno importanti per la sua tenuta incontestabile perché presente e ramificata in ogni aspetto della società.

Una lettura del Regime che dovrebbe indurre ad approcciare con un'ottica diversa il tema delle continuità e delle rotture fra istituzioni e culture giuridiche ed istituzionali del regime fascista ed istituzioni e ordinamenti giuridici della Repubblica, perché anche per la presenza minoritaria ma significativa di partiti e gruppi antifascisti nel paese non tutto ciò che avvenne durante il regime fascista sia sul piano giuridico che su quello dell'organizzazione sociale, comunitaria, artistica era pienamente coerente con l'ideologia e gli obiettivi di controllo politico e sociale da parte del regime.

In luogo di una conclusione

La scelta di dedicare il nucleo centrale di questo saggio ai discorsi di Lassalle sulla costituzione ed alla monografia mortatiana del 1940 non mi esime dall'affrontare molto brevemente la riproposta postbellica della costituzione materiale. E soprattutto il rischio – riconosciuto sia pure a malincuore, da chi sostiene la validità scientifica della dottrina mortatiana della costituzione materiale per lo studio e l'interpretazione della costituzione vigente – di interpretazioni talora strumentali che ne sono derivate. Un rischio riconosciuto perfino da chi ritiene che un'interpretazione “autentica” della dottrina mortatiana non consentirebbe di usare il suo pensiero per proporre interpretazioni della nostra Costituzione che ne stravolgano il senso, che si tratti di contributi accademici, interpretazioni delle magistrature di ogni ordine e grado, dei partiti, dei sindacati, del legislatore o del governo e, *last but not least*, della Corte Costituzionale⁴⁸.

⁴⁸ Farò in questa breve conclusione riferimento costante al saggio di A. Barbera (*Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*. Introduzione al volume *Una e Indivisibile*, Milano, 2007, riedizione della voce *Costituzione* di Costantino Mortati curata dalla Giuffrè per i sessanta anni della Costituzione e i cinquanta anni dal primo volume della Enciclopedia del Diritto) perché il contributo analitico di Barbera, prendendo sul serio le critiche rivolte alla teoria mortatiana, mi è sembrato particolarmente utile a mettere in luce i punti deboli e i rischi di quella

All'argomento che appare più solido agli autori che sostengono che la validità scientifica e politica della dottrina della Costituzione materiale è l'esigenza politica di rendere dinamico e vitale quel testo costituzionale che altrimenti resterebbe pura forma, occorre rispondere ponendo alcuni interrogativi di grande rilievo.

Il primo aspetto da affrontare è quale sia poi l'interpretazione autentica del concetto mortatiano di costituzione materiale; problema reso più difficile dalle diverse accessioni al concetto centrale costituito dal partito unico (il PNF) fulcro nella monografia del '40, poi superata innanzitutto per il rilievo da lui attribuito al ruolo determinante del pluralismo partitico nella costituzione repubblicana.

Ma per Mortati la costituzione materiale è ad un tempo l'insieme dei principi che la distinguono dalla costituzione formale perché più idonei di quest'ultima a definire ed individuare caratteri e contenuti essenziali e fondanti della costituzione scritta come «ordinamento costituzionale materiale».

Un insieme di principi idonei non solo a definire la forma di stato e di governo ma anche di principi e norme "materialmente" costituzionali che pur se non presenti nella Costituzione (per esempio, le norme delle preleggi sulla interpretazione o le consuetudini costituzionali) sono per Mortati un elemento fondamentale della costituzione materiale.

In realtà, se si vuol seguire un criterio materiale e non formale nella individuazione della dottrina mortatiana, della costituzione materiale fanno parte anche «i principi supremi» della Costituzione, cui vanno aggiunti la volontà e i fini politici fondamentali di cui sono portatori «le forze politiche e sociali prevalenti».

svalutazione della Costituzione del 1948 di cui Barbera è ben consapevole, che in altra sede soprattutto con riferimento a quella che è stata definita la costituzione economica ho indicato come una condizione di anestesia della costituzione repubblicana. Che da essa sia scaturita una doppia legittimazione sia politica che istituzionale, nel senso che i partiti si sono riconosciuti nella costituzione, e a loro volta hanno riconosciuto nella costituzione la migliore garanzia del loro ruolo centrale nella ricostruzione non solo politica ed istituzionale ma anche economica e sociale del paese, è un dato storico che è difficile negare.

I primi dubbi e i preoccupanti interrogativi riguardano innanzitutto i contenuti della dottrina mortatiana perché, ad una interpretazione che mi sembra difficilmente contestabile, all’apice dei principi supremi non possono che esserci proprio quei principi che formalmente ed esplicitamente costituiscono la base e il fondamento dell’intero impianto della nostra Costituzione: il lavoro e la sovranità del popolo, che è e dovrebbe essere il soggetto politico protagonista e decisivo nella determinazione della politica nazionale (nei partiti secondo l’Art. 49 della Costituzione), partiti di cui i cittadini in qualità di fondatori, iscritti e militanti, dovrebbero costituire il tessuto, cioè il soggetto costitutivo e vitale di politiche nazionali in attuazione e nel rispetto dei principi e delle norme della costituzione. Una costituzione che, anche secondo Barbera, vede nel suo specifico carattere di programma economico e sociale quell’elemento fondante che richiede però una realizzazione che solo le “forze politiche” possono decidere di concretizzare.

Accanto al lavoro e alla sovranità popolare vi sono poi principi che non possono non essere considerati “supremi” come l’uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini e lavoratori (obiettivo che governi, parlamenti e istituzioni dovrebbero promuovere per superare il gap legato alla lotteria della nascita), i diritti umani, l’ambiente e i diritti delle generazioni future, e non ultimo il ripudio della guerra come strumento di soluzione dei conflitti internazionali. Principi, questi ultimi, che l’attuale gravissima crisi del diritto e delle istituzioni internazionali (a partire dalla delegittimazione dell’ONU) ha ridotto progressivamente a meri enunciati, con la conseguenza che anche i nostri governi e parlamenti sembrano disconoscere (o addirittura ignorare) nella legislazione come nelle decisioni di politica internazionale⁴⁹.

⁴⁹ In proposito, rinvio al mio saggio dedicato al tema troppo spesso ignorato della *Costituzionalizzazione del diritto internazionale e deconstituzionalizzazione dell’ordinamento interno?*, in *Quaderni di Nova Juris Interpretatio*, a cura di A. Cerri, Roma, 2013, pp. 47-97, con il quale, come risultato provvisorio di una lunga ricerca in tre volumi dedicata ai processi per più versi paralleli di integrazione europea e globalizzazione, ponevo in luce gli effetti perversi della cosiddetta “costituzione materiale del diritto internazionale” sulle politiche e legislazioni nazionali spesso collidenti con le proprie costituzioni.

Eppure, questi principi supremi non solo dovrebbero essere esclusi da ogni revisione costituzionale ma anche essere l'obiettivo irrinunciabile di ogni governo mentre, al contrario, oggi appaiono utopici e irrealizzabili proprio perché l'attuale sistema dei partiti – lontano dal cosiddetto arco costituzionale, formato dai partiti costituenti e fondatori della Repubblica – si è sempre più spesso impegnato in discutibili e controverse revisioni costituzionali⁵⁰ piuttosto che dare piena attuazione alla Costituzione del '48. Che da molti anni i progetti di revisione costituzionale siano stati predisposti ed imposti dai partiti e dalle coalizioni di governo – mentre, in Assemblea Costituente, fu esplicitamente affermato che durante i suoi lavori i banchi del governo dovessero restare vuoti – sembra un'esplicita conferma che le maggioranze, di volta in volta al governo, ritengano solo se stesse, in quanto forze egemoniche, l'interprete esclusivo della Costituzione e del suo non rinviabile allineamento alle trasformazioni epocali in corso: ossia “la” costituzione materiale.

Quindi, ben poco convincente appare l'identificazione della costituzione materiale quale *télos* destinato a rendere viva ed operante quella costituzione formale che altrimenti resterebbe inattuata, negli attori e nelle politiche delle diverse maggioranze che hanno governato il nostro paese; e che talora sono riuscite a riformare nel loro prevalente interesse il dettato costituzionale repubblicano⁵¹.

Infine, a rischi non minori sarebbe esposta la Costituzione vigente nel nostro paese se i suoi principali interpreti istituzionali, dai magistrati di ogni ordine e grado alla Corte Costituzionale, dai funzionari della Pubblica Amministrazione – a partire dal settore apicale – alla vasta gamma di amministratori locali, usassero come parametro di giudizio o di attuazione delle loro funzioni una loro idea di costituzione materiale o costituzione

⁵⁰ ... spesso per fortuna bloccati dal voto referendario popolare.

⁵¹ ... revisioni costituzionali spesso precedute da importanti innovazioni legislative dovute anche alle esigenze di adeguamento agli indirizzi politici e soprattutto economici dell'Unione Europea e delle Organizzazioni non solo economiche internazionali e sovranazionali, come nella recente vicenda della pandemia che ha visto nell'OMS un'istituzione che ha dettato linee guida in materia sanitaria in evidente contrasto con le garanzie di libertà e i principi di salvaguardia delle scelte individuali (e familiari) riscrivendo di fatto il diritto fondamentale alla salute.

vivente. Ma questo è un tema di tale rilevanza e dimensione da richiedere una ricerca ampia e approfondita, anche perché ho la sensazione, che spero venga smentita dai risultati di analisi approfondite, che il solenne principio costituzionale dell'Art. 101 secondo il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» sia inteso sovente, per pigrizia o ignoranza, alla lettera con la conseguenza di ritenere così che la conoscenza del dettato costituzionale quale parametro fondamentale ed irrinunciabile momento di interpretazione della legge sia al di là delle loro competenze istituzionali perché riservato alla Corte Costituzionale!

E per altro, come ha riconosciuto con onestà intellettuale Augusto Barbera, il ritardo nell'attuazione di importanti istituti ed organi istituzionali, dalla Corte Costituzionale alle Regioni a Statuto Ordinario, dal Consiglio Superiore della Magistratura alla pur indispensabile riforma del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, è stato certo la conseguenza di scelte di governi e di maggioranze parlamentari che hanno privilegiato la logica dell'opportunità e della convenienza politica, ed elettorale e della conservazione e consolidamento del potere al rispetto e alla fedeltà alla Costituzione⁵².

⁵² In proposito, Barbera, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, cit., pp. 4 ss. e *infra*.

Giovanni Bianco

Stato, Statuto albertino e Costituzione in senso materiale in Costantino Mortati

ABSTRACT

Il saggio focalizza anzitutto il contesto politico-culturale e la dottrina giuspubblicistica degli anni '30 del Novecento, per poi soffermarsi sui principali contributi scientifici di Costantino Mortati di quel periodo, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931) e *La Costituzione in senso materiale* (1940), con particolare riferimento al concetto di Stato e di Stato moderno in Mortati, alla critica dello Stato liberale, all'alterazione dell'ordinamento costituzionale dello Statuto albertino ed alla teoria della costituzione in senso materiale.

The essay focuses first of all on the political-cultural context and the public law doctrine of the 1930s, and then focuses on the main scientific contributions of Costantino Mortati of that period, *The order of government in the new Italian public law* (1931) and *The Constitution in the material sense* (1940), with particular reference to the concept of State and modern State in Mortati, to the criticism of the liberal State, to the alteration of the constitutional order of the Albertine Statute and to the theory of the constitution in the material sense.

PAROLE CHIAVE: Stato, Statuto albertino, Costituzione, Fascismo, Governo.

KEYWORDS: State, Albertine Statute, Constitution, Fascism, Government.

SOMMARIO: 1. Rilevanza della periodizzazione storica. Dottrina dello Stato e giuspubblicistica intorno al 1930, nel periodo di consolidazione dello Stato fascista – 2. Il contributo di Costantino Mortati del 1931 su *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. Questioni controverse – 3. Il saggio monografico del Mortati del 1940 su *La Costituzione in senso materiale*. La categoria della Costituzione in senso materiale tra “considerazione giuridica dello Stato moderno” e “considerazione politica del regime”. Conclusioni.

1. *Rilevanza della periodizzazione storica. Dottrina dello Stato e giuspubblicistica intorno al 1930, nel periodo di consolidazione dello Stato fascista*

Ha scritto Eugenio Garin che «periodizzare è utile», così intendendo riferirsi al penetrante e oppressivo controllo del regime fascista su qualsiasi manifestazione della cultura, specie a partire dal 1926, al punto che leggere un testo del 1927 con «lo stesso criterio» di «un testo del 1924» «potrebbe essere fonte di errori»¹.

La sfera pubblica nel suo insieme, lo Stato, la società, ogni campo della cultura e del diritto, la circolazione delle idee, subiscono dunque un totale e profondo riposizionamento alla luce delle dottrine e dell'organizzazione del nuovo Stato dittatoriale fascista. Anche i dibattiti dottrinari e le opere della giuspubblicistica italiana di quel periodo storico devono essere interpretate in questa prospettiva.

Per ben comprendere il pensiero del Mortati degli anni '30 e di inizio anni '40 e del periodo maceratese necessita dunque un più vasto inquadramento storico-culturale, teoretico e dommatico.

È del 1932 la voce *Fascismo* dell'*Enciclopedia italiana*, in cui è scritto che «un partito che governa totalitariamente una Nazione è un fatto nuovo nella storia»; che il fascismo è «contro il liberalismo classico», che ha esaurito la sua funzione storica «da quando lo Stato si è trasformato nella stessa coscienza e volontà popolare», «il fascismo è per la sola libertà che possa essere una cosa seria, la libertà dello Stato e dell'individuo nello Stato»², anche se si afferma che «la negazione fascista del socialismo, della democrazia, del liberalismo, non devono tuttavia far credere che il fascismo voglia respingere il mondo a quello che esso era prima del 1789, che venne indicato come l'anno di apertura

¹ Cfr. E. Garin, *Storia della filosofia italiana*, Torino, 1978, p. 1335, che nota pure che «tra il 1925 e il 1926 la situazione politica italiana cambia, il fascismo trionfa, con tutto quello che tale trionfo importa».

² Cfr. B. Mussolini, *Fascismo*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1932, p. 847.

del secolo demo-liberale, non si torna indietro. La dottrina fascista non ha eletto a suo profeta De Maistre [...]»³.

³ Ivi, p. 850. Il De Felice sostiene al riguardo in *Fascismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1977, II, pp. 911 ss., 914, riferendosi al secondo periodo del regime fascista, gli anni dal 1925 al 1929, secondo la periodizzazione da lui suggerita, che «momenti essenziali della costruzione del regime furono lo scioglimento di tutti i partiti e organizzazioni non fascisti, le ‘leggi eccezionali’, la ‘costituzionalizzazione’ del Gran Consiglio del Fascismo, l’introduzione del sistema elettorale a collegio unico nazionale e a lista unica, i provvedimenti in materia sindacale e, infine, la conclusione dei Trattati del Laterano con la S. Sede». Peraltro, nello studio dell’avvento e dell’affermazione del regime fascista «è un grave errore il credere che il fascismo sia partito dal 1920, oppure dalla marcia su Roma, con un piano prestabilito, fissato in precedenza, di regime di dittatura, quale questo regime si è poi organizzato» (così P. Togliatti, *Lezioni sul fascismo*, Roma, 1969, p. 20), ed è di conseguenza «logico domandarsi se i destini del fascismo e dell’Italia più che il 28 ottobre 1922 non furono decisi successivamente, nello scontro tra la componente potenzialmente costituzionalizzabile del fascismo e quella più legata ad una prospettiva eversivo-piccolo borghese» (cfr. De Felice, *Fascismo*, cit., pp. 914 ss.). In tema cfr. i perspicui e notevoli approfondimenti contenuti in C. Amirante, *Introduzione*, in H. Heller, *L’Europa e il fascismo*, tr. it., Foligno, 2023; G. Grottanelli de Santi, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in «Rivista Aic» (rivistaaic.it), 1, 2018; L. Paladin, *Fascismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, XXV, pp. 887 ss. In particolare, per Paladin, *Fascismo*, cit., p. 888, il momento instaurativo della dittatura vera e propria è incerto, ma l’Autore esclude che esso possa coincidere con la marcia su Roma (28 ottobre 1922) o con la nomina di Mussolini a Presidente del consiglio dei ministri (31 ottobre 1922), che rispettò «in pieno l’esigenza formale della legalità», così come i primi atti di governo. Diversa la tesi del Cheli, che in *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, p. 55, parla invece, entro un’interessante ricostruzione, di «colpo di Stato del 28 ottobre 1922». Tuttavia, sul tema secondo il nostro sommesso avviso, è preferibile parlare di «colpo di stato graduale» senza dubbio fortemente alteratore dei meccanismi di funzionamento dello Stato liberale, in cui assume, ad esempio, un’importanza certamente significativa la legge n. 2263 del 1925, per l’individuazione sul terreno normativo del regime fascista, rafforzando sotto tre distinti profili il ruolo e la posizione istituzionale e le strutture del potere esecutivo: «in quanto estromette implicitamente dal sistema la sanzione del voto di sfiducia per le responsabilità politiche del governo, tenendo ferma la sola potestà regia di revoca; in quanto altera i rapporti fra i ministri, creando la figura del “Capo del governo Primo ministro Segretario di Stato”, in luogo di quel primus inter pares che era il Presidente del consiglio, ed abrogando o svuotando i principi di solidarietà e della collegialità ministeriale; e finalmente in quanto conferisce al Capo del governo determinanti potestà di direzione dell’attività delle camere, le quali cessano in particolare di disporre dell’“ordine del giorno”» (cfr. Paladin, *Fascismo*, cit., p. 889). Cfr. altresì S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2016; E. Galli della Loggia, *La “rivoluzione fascista”*, in *Miti e storie dell’Italia unita*, a cura di G. Belardelli et al., Bologna, 1999, pp. 115 ss.; F. Quaglia, *Il ruolo della Corona dopo le riforme fasciste*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2002, pp. 83 ss.; C. Tripodina, *L’“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in «Rivista Aic» (rivistaaic.it), 1, 2018.

È evidente in queste pagine l'influenza del pensiero di Giovanni Gentile, di una concezione idealistica e statalista di derivazione hegeliana che, pervenendo al suo apogeo, intende lo Stato quale totalitario e «divinizzato»⁴, una sorta di «superuomo collettivo», «una persona, una persona suprema, che ha quindi in sé stessa la sua giustificazione suprema, la sua suprema ragion d'essere ed il suo fine supremo, e possiede un diritto supremo a conservarsi nell'essere e nell'accrescere il proprio potere con qualunque mezzo»⁵.

Guido Zanobini nello stesso anno riteneva che «nessun fine è sottratto alla sfera di attività dello Stato», ente sovrano con finalità indeterminate, «contro la concezione liberale improntata alle restrizioni della funzione dello Stato»; «lo Stato fascista ha avuto il compito di riaffermare l'autorità dello Stato [...] a molti di quei fini a cui lo Stato liberale era rimasto estraneo»⁶.

In tal guisa scriveva che «lo Statuto albertino è in gran parte superato dalle più recenti dottrine politiche e in modo positivo dai nuovi principi dello Stato fascista», «molte parti restano tuttavia pienamente conservate dal nuovo regime, quelle che si riferiscono alla religione, al re, al Senato, ai giudici [...]», così riconoscendo al Re il ruolo di autorità di collegamento e di coordinazione organica comune ai tre poteri, richiamando l'art. 3 dello Statuto albertino («partecipa al potere legislativo»), l'art. 5 («è capo del potere esecutivo»), l'art. 68 («presiede alla giustizia, che è dai giudici amministrata in suo nome»)⁷.

Il monarca è, a ben vedere, secondo questo orientamento dottrinario, ancora il centro dell'organizzazione statale, pure alla luce dell'art. 67 dello Statuto, che recitava che «ogni attività del Re è anche attività del suo governo».

⁴ Cfr. J. Maritain, *L'uomo e lo Stato*, 1953, tr. it., Milano, 1964, p. 16. Per la concezione statalista, di derivazione hegeliana, del Gentile cfr. Id., *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1954, pp. 108 ss.

⁵ Cfr. Maritain, *L'uomo e lo Stato*, cit., p. 179.

⁶ Cfr. G. Zanobini, *Stato (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1936, XXXII, pp. 619 ss., 620.

⁷ Per la prima citazione cfr. G. Zanobini, *Statuto albertino*, in *Enciclopedia italiana*, cit., 1936, XXXIII, p. 632; per la seconda Id., *Divisione dei poteri*, in *Enciclopedia italiana*, cit., 1935, XXVIII, pp. 117 ss.

Questo però entro la struttura dello Stato autoritario fascista che si stava affermando e consolidando. Ci si riferisce, in particolare, alla preminenza del potere esecutivo (indipendente dal legislativo) (l. n. 2263/1925); alla riforma della rappresentanza politica, anche per il superamento del liberalismo e del rapporto rigidamente oppositivo tra Stato e società, che ha dato alla Camera elettiva una base «prevalentemente economica-sindacale» in luogo di quella politica (l. 17 maggio 1928 n. 1019); alla previsione di un nuovo organo costituzionale, il Gran Consiglio del fascismo (l. n. 2693/1928)⁸.

È crescente, inoltre, in quel torno di tempo, la polemica verso l'89 francese ed i valori della Rivoluzione, in particolare verso l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che affermava che «la società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri è determinata, non ha una Costituzione», definita «proposizione errata», perché «ogni Stato in quanto tale, cioè giuridicamente ordinato, ha una sua costituzione e ha un proprio diritto costituzionale», ma è «Stato costituzionale» «quello Stato in cui quei principi si trovano attuati»⁹.

Felice Battaglia, filosofo del diritto, parlava di «Stato quale sintesi organica», di «individuo corporato» – «Stato corporativo», «tutto nello Stato nulla contro lo Stato», «l'individuo nello Stato fascista, nonché oppresso, è tutelato e protetto, elevato dall'empiria alla sublimità dell'associazione, valorizzato», «la persona umana, definita in nuovi diritti, quelli relativi al lavoro, esige ed ottiene nuove guarentigie»¹⁰.

2. *Il contributo di Costantino Mortati del 1931 su L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Questioni controverse*

Dunque Mortati entra nel dibattito scientifico in questo clima, con la monografia del 1931 su *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*.

⁸ Ivi, p. 117.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. F. Battaglia, *Stato*, in *Enciclopedia italiana*, cit., XXXII, p. 618.

Paolo Grossi ha scritto al riguardo che Mortati, in questo contributo, «assume il regime non come oggetto di fervorini apologetici, ma come semplice occasione storica, preziosa occasione storica per il costituzionalista italiano»¹¹.

Ed in effetti non potrebbe non risultare altamente erroneo, come pure Enzo Cheli ha evidenziato¹² – scrivendo che «a differenza dei giuristi del regime già attivi alla fine degli anni '20, non intende rompere gli ormecci che legano ancora lo Stato italiano alla tradizione liberale [...]» –, porre Mortati tra i costituzionalisti «fascistissimi», quale il suo maestro, insieme a Luigi Rossi, Sergio Panunzio e Carlo Costamagna¹³.

Tuttavia, nello scritto del Mortati in considerazione, se l'analisi costituzionalistica e comparativistica è rigorosa, aggiornata e penetrante, ad esempio sul governo parlamentare¹⁴, la ricostruzione della nuova forma di governo italiana è del tutto

¹¹ Cfr. P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, p. 2.

¹² Cfr. E. Cheli, *Prefazione* a C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931, rist., Milano, 2000, pp. III ss., IX-X, che scrive altresì che al contrario dei giuristi di regime «egli è tanto convinto che questi ormecci vadano rafforzati che non esita a ritenere comparabile la nuova esperienza italiana, come “monarchia a premier”, con l'esperienza inglese come “democrazia a premier”» (p. 182), che parla anche in precedenza di «terreno tipicamente mortatiano» di «accumulazione storica di istituzioni diversamente stratificate e non sempre conciliabili» (p. VII).

¹³ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., pp. IX-X: M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 45 ss., 91 ss., 114 ss., che riferendosi all'opera del 1931 evidenzia «l'originalità di Mortati, che fa del suo lavoro qualcosa di ben diverso da una delle molteplici trattazioni della forma di governo dello Stato fascista» perché «egli si pone consapevolmente tra “tradizione” e “rivoluzione”, non sposando mai definitivamente le ragioni di una contro quelle dell'altra, e ricercando invece una terza soluzione» (pp. 114-115).

¹⁴ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., pp. III ss.; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss., che ben pone in evidenza come a «Mortati appariva del tutto chiaro il fatto che anche lo Stato liberale, pur dopo molte incertezze e quasi alla fine del suo ciclo storico, era finalmente riuscito a porre il problema di quel minimo di omogeneità politica senza il quale non può dirsi alcuno stato nella sua “essenza”, e che non può non corrispondere ad un unico organo supremo, in questo caso al Parlamento» (pp. 121-122). Peraltro il Fioravanti nota come Mortati sia debitore a Schmitt «a proposito di concetti come “omogeneità politica” o “organo supremo”», ma rileva puntualmente che «Schmitt fu per Mortati [...] più uno strumento di critica alla tradizione giuspubblicistica italiana che non una vera e propria fonte ispiratrice a livello propositivo e ricostruttivo» (p.

modellata nel formante della dimensione politico-istituzionale-ideologica del regime fascista.

Quanto al governo parlamentare, di pregio è la disamina sulla dialettica Parlamento-Governo e sulla posizione del Capo dello Stato. È scritto, infatti, che «il Parlamento assume la funzione di governo», «diviene il dirigente e il coordinatore dell'attività di altri poteri», che si è realizzato il «suo allontanamento dall'attività tecnica legislativa» e «la prevalenza acquistata dalle discussioni di carattere politico generale»¹⁵; «gli atti del Capo dell'esecutivo [...] assumono di fatto il solo valore di anticipazioni, subordinati all'approvazione tacita o espressa del Parlamento, che diventa il dirigente ed il coordinatore degli altri poteri».

Perciò «il Capo dello Stato non ha un potere di collaborazione attiva nella direzione dello Stato, pur essendo titolare del potere di dissoluzione (scioglimento), ma soltanto per accertare la concordanza con la volontà del popolo» – ad esso l'attributo di «supremo» è assegnato per «ragioni storiche formali» ed è «scarsamente importante la disputa intorno alla possibilità di attuare una vera forma parlamentare in uno Stato non monarchico»¹⁶ –; «il Gabinetto che non voglia piegarsi all'indirizzo politico fissato dalla Camera ha la sola possibilità di dimettersi»¹⁷.

Ora, volgendo lo sguardo alla nuova forma di governo italiana di quel tempo, quel che più conta ai nostri fini è cogliere il nesso profondo tra l'idea di «Stato nuovo», costruito dai dottrinari fascisti e dai costituzionalisti, in primis Panunzio e Costamagna¹⁸, e gli argomenti del Mortati, ben consapevoli

122, nt. 122). Cfr. in tema Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 29 ss.

¹⁵ Ivi, p. 33.

¹⁶ Ivi, p. 32.

¹⁷ Ivi, p. 35.

¹⁸ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 92 ss., che tuttavia distingue tra la concezione del Costamagna, volta ad affermare la «critica della tradizione etico-politica» e quella del Panunzio, incentrata sulla «critica della tradizione corporativa-governativa» (p. 94); tra una costruzione dello «Stato nuovo» finalizzata a restaurare «la gerarchia delle discipline morali», che restituisca il primo posto alla «dottrina dello Stato» (C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934, p. 14), per una «riscrittura della dottrina generale dello Stato, cui affidare il compito di rivalutare quella componente etico-politica dello Stato [...]» (Fioravanti, *op. cit.*, p. 103); ed

del «difficile innesto tra la monarchia statutaria e il nuovo regime»¹⁹, «regime del Capo del governo» «non suscettibile di essere ricondotto alle tradizionali classificazioni delle forme di Stato e di governo»²⁰.

Questo, peraltro, deve essere oggetto di studio e di interpretazione con precipua attenzione alla categoria dello Stato moderno, «nelle trasformazioni più generali di esso, che stanno conducendo ad una generale rivalutazione del ruolo costituzionale del governo»²¹, nell'ambito della «sottoposizione dello Stato al diritto», «nei limiti del diritto obiettivo», ma nel solco della opposizione, che Mortati tiene in gran conto, tra la «considerazione giuridica dello Stato moderno» e la «considerazione politica del regime»²².

una diversa idea di «Stato nuovo», che manifesta «insoddisfazione nei confronti di uno Stato fascista che si ponga in chiave esclusiva di “Stato forte”» (Fioravanti, *op. cit.*, p. 104, che richiama S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929, pp. 136 ss.), per l'affermazione del ruolo dei sindacati, della «capacità di essere effettivo fattore organizzativo e rappresentativo di una pluralità di gruppi sociali, tra cui i sindacati medesimi» (Fioravanti, *op. cit.*, p. 104).

¹⁹ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. VI.

²⁰ Cfr. *ibidem*.

²¹ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 116. Cfr. altresì F. Lanchester, *Mortati e la dottrina costituzionalistica degli anni trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, pp. 89 ss.; M. Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo, Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007. È importante cogliere l'attualità di questo argomento pur nelle trasformazioni storiche e nel mutato regime politico, cfr. in tema, con particolare attenzione ai rapporti tra i poteri dello Stato ed al ruolo costituzionale del governo, M. Dogliani, *Indirizzo politico*, in *Digesto IV, Disc. pubbl.*, Torino, 1993, VIII, pp. 241 ss.; R. Nania, *Prime considerazioni sulla “funzione di governo” come “funzione di indirizzo”*, in *Annuario 2001, Il Governo. Atti del 16o Convegno annuale, Palermo 8-dicembre 2001*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2002, pp. 295 ss.; M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in «Gruppo di Pisa», 3, 2015, <<https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/75-marco-cuniberti-sull-organizzazione-del-governo>> (consultato il 21/02/2024), 2015, pp. 1-120 (con specifico riguardo al rapporto governo-pubblica amministrazione nell'attuazione dell'indirizzo politico); Y. Citino, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in «Nomos», 2, 2016, pp. 3 ss. (estratto).

²² Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss. Peraltro, la «considerazione giuridica dello Stato moderno» era a ben vedere strumentale alla prevalente «considerazione politica del regime», e questo entro la considerazione del fascismo come «uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno nella sua fase post-liberale» e «in chiave di nuovo diritto pubblico» (così Fioravanti, *op. cit.*, p. 115), che fu poi indubbiamente l'impostazione della dottrina di quel tempo. Cfr. in argomento ex multis E. Crosa, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Studi in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1930

Ora, mentre Zanobini sottolineava ancora, come suaccennato, il ruolo del monarca quale «collante istituzionale» tra i poteri dello Stato alla luce delle norme statutarie; Mortati nel 1931 giunge invece a scrivere che «la ripartizione di competenza che si è attuata fra il Re e il Capo del Governo ha trasferito in quest'ultimo l'esercizio effettivo delle prerogative conferite dallo Statuto al Re per la coordinazione degli organi costituzionali, che non può essere attuata se non in relazione ad un particolare indirizzo politico [...]»²³. Di conseguenza, «la nomina dei senatori, lo scioglimento delle Camere, la chiusura e deroga delle sessioni, il diritto di grazia e di amnistia costituiscono altrettanti atti affidati per l'esercizio alla discrezionalità del Capo del Governo – fino a tanto che la fiducia del Re lo assiste – in quanto appaiono mezzi indispensabili all'attuazione di quel programma politico che è opera sua [...]»²⁴.

Si può, di conseguenza, parlare di un vero e proprio rapporto di sostituzione tra ruolo istituzionale del Capo dello Stato e ruolo istituzionale del Capo del Governo, e di configurazione, con altro linguaggio, di una «dittatura costituzionale», così può essere inteso l'inciso «fino a tanto che la fiducia del Re lo assiste».

Ed è anche questo inciso che ci consente di porre in risalto la problematica «accumulazione storica di istituzioni diversamente stratificabili e non sempre conciliabili», la «continuità», non la rottura, «intorno al Re», «spogliato della funzione d'indirizzo politico», con cui «si realizza l'unità dello Stato»²⁵.

(su questo importante contributo cfr. F. Lanchester, *Emilio Crosa*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Treccani, Roma, 1985, vol. 31); D. Donati, *Il governo del Re nella classificazione delle forme di governo*, in «Rivista di diritto pubblico», XVI, 10, 1933, pp. 514-529 e Id., *Divisione e coordinamento dei poteri dello Stato fascista*, in «Archivio di diritto pubblico», III, 1, 1938, pp. 5-12, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II, pp. 335 ss.; P. Bodda, *Il Capo del governo nello Stato fascista*, Bologna, 1935; P. Biscaretti di Ruffia, *Alcune osservazioni sul concetto politico e sul concetto giuridico della dittatura*, Padova, 1936; E. Bonaudi, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1936, pp. 361 ss.; O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto italiano*, Padova, 1937, pp. 217 ss.

²³ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 127.

²⁴ Ivi, p. 127.

²⁵ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. VII.

In effetti, è affermato che «l'attività del Capo del Governo si esplica, in via preventiva, nel consentire ad altri organi l'effettivo esercizio delle loro funzioni [...]», nella «coordinazione ai fini della politica generale indirizzata anche all'intervento per ottenere che le manifestazioni di volontà di tali organi siano contenute nei limiti della competenza assegnata ad ognuno di essi [...]»²⁶.

Ognun vede come da ciò discenda quella che Mortati definisce puntualmente, di certo superando il riparto di competenze costituzionali indicato dallo Statuto albertino, «posizione di superiorità sugli altri organi dello Stato» del Capo del Governo, che si manifesta anche in «caso di conflitti tra essi»²⁷.

Nonostante ciò, nelle pagine in considerazione si sottolinea che il nuovo diritto pubblico italiano non intende concentrare «la somma di tutto il potere statale [...] nelle mani di un solo organo»²⁸, «fonte di tutte le potestà pubbliche», e si riafferma il principio «della sovranità della legge e della sottoposizione dello Stato stesso alle norme giuridiche da esso poste»²⁹.

Così ritenendo, con alcune evidenti aporie concettuali, forzature e contraddizioni, che «il regime fascista se è andato oltre la concezione dello Stato come Stato di diritto non l'ha tuttavia rinnegata», per la «molteplicità di organi sovrani, autonomi ma costretti ad agire nei limiti della competenza loro assegnata»³⁰.

In tal guisa si ricorre alla locuzione «Stato di diritto rinforzato» (più precisamente «affermato»), con riguardo alla previsione della categoria delle leggi costituzionali, cioè approvate con procedimento aggravato dal Gran Consiglio del fascismo³¹.

Peraltro, sulla posizione istituzionale di quest'ultimo organo costituzionale Mortati tornerà a scrivere – rinforzandone il ruolo ed equiparandolo a quello del Capo del Governo – nel periodo maceratese, con due scritti, uno del '41, «Sulle attribu-

²⁶ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 194.

²⁷ Ivi, p. 195.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

zioni del Gran Consiglio del fascismo»³², l'altro del '42, «Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico»³³.

Ora, è d'uopo evidenziare aporie concettuali e tentativi ricostruttivi sempre volti a rimarcare l' «unità dello Stato» e l'accenramento del «potere di coordinamento del Capo di Governo», che però è ricondotto, in sintonia con la dottrina di quei tempi, al «campo più propriamente politico»³⁴, come nuova funzione dello Stato, sottratta ai limiti dello Statuto e della legge, che attiene alla «vita dello Stato considerata nel suo movimento per l'adequazione ai nuovi fini, via via ad esso assegnati e quindi limitato alla direzione dell'attività discrezionale degli organi costituzionali»³⁵.

A ben vedere Mortati, in sintonia con Carl Schmitt, pur entro un'intelaiatura concettuale in parte diversa, utilizza i concetti di «omogeneità politica» e «organo supremo»³⁶, concependo lo Stato fascista come sviluppo dello Stato moderno, un «modello costituzionale di stampo monista»³⁷, quale «regime del Capo del governo». Da qui la critica mortatiana dello Stato liberale, che non aveva saputo realizzare né l'omogeneità politica né l'individuazione della suprema potestas statale nella funzione di indirizzo politico governativo. Polemica da storicizzare, ponendola entro la cornice delle disamine dottrinarie che in argomento in quegli anni ritenevano che tutta la dottrina liberale mirava a concentrare le funzioni dello Stato nella «sola tutela dell'ordine giuridico e dell'ordine pubblico e alla garanzia dell'autonomia e della libertà individuale»³⁸.

³² Cfr. C. Mortati, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, 1941, ora in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. IV, pp. 517 ss.

³³ Ivi, IV, pp. 517 ss.

³⁴ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 196; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 134 ss.

³⁵ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 196.

³⁶ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 122, nt. 122.

³⁷ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 1, 96, 202, 211.

³⁸ Cfr. Zanolini, *Stato (diritto costituzionale)*, cit., p. 620.

Per cui è proprio da queste pagine che emerge l'idea mortatiana di Stato in quegli anni, entro la dottrina costituzionale del governo e della sua attività e del «regime del Capo del governo»³⁹.

L'«essenza dello Stato», che «attribuisce ad esso forma unitaria e precisa identità storica», «non sta più né nel primato liberale della legge generale ed astratta né nel valore della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata»⁴⁰.

Insomma, la disamina del Mortati elabora «una vera e propria dottrina costituzionale del governo e della sua attività», si pone oltre sia la dottrina liberale fondata sul primato della legge (Orlando, Cammeo), sia oltre quella incentrata sul primato dell'amministrazione (Ranelletti, Romano), che «finiva sempre per svalutare il governo, mantenendolo deliberatamente nei consueti confini del potere esecutivo»⁴¹.

Ora, se da un lato Mortati, come ben nota il Cheli⁴², «non esita a ritenere compatibile la nuova esperienza costituzionale italiana, come «monarchia del premier», con l'esperienza inglese, come «democrazia a premier», così proponendo «una lettura moderata del regime», nel «compromesso tra fattori disomogenei ed al limite inconciliabili»; d'altro canto proprio il concetto di indirizzo politico, «capace di unificare tutta l'esperienza pubblicistica», si pone oltre i canoni dello Stato liberale e finisce con l'accentuare, sostanzialmente senza limiti, la posizione del governo e del Capo del Governo»⁴³.

Quindi, la sfera di direzione politica dello Stato e della società si attua per le «funzioni veramente caratteristiche del Capo del Governo», «dirette a dare impulso all'attività degli organi dello Stato, a coordinare l'azione di questi con le finalità generali, a controllare l'esecuzione delle decisioni prese»⁴⁴.

³⁹ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 157; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss., pp. 115-116.

⁴⁰ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 132.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. X.

⁴³ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. VIII-IX; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 132 ss., 135-136.

⁴⁴ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 202. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 135-136.

Dunque, posizione di supremazia con il significare controllo del Capo del Governo sui ministri e l'apparato statale nel suo complesso, quindi pure la pubblica amministrazione.

È fondato quanto scritto da autorevole dottrina⁴⁵, per l'insigne Autore è decisivo «rimeditare, partendo dal presente istituzionale, sui caratteri di fondo dello Stato moderno in termini più generali e formali», per cogliere le «trasformazioni dello Stato moderno», entro la sovranità e la personalità dello Stato.

Tuttavia Mortati non è «giurista del regime», ma non è neppure «giurista della tradizione». Il Cheli, al riguardo, ha osservato che Mortati nel 1931 si pone «in rapporto di continuità»⁴⁶ con la legalità statutaria.

Secondo il sommesso parere dello scrivente si tratta di una continuità prevalentemente formale, proprio perché l'indirizzo politico del regime, espresso dal Capo del Governo, prevale sulla natura giuridica dello Stato moderno, finendo sostanzialmente con l'assorbirla, perché orienta l'attività degli organi costituzionali e della pubblica amministrazione.

Perciò con ciò staccandosi, come prima accennato, dalle tesi del Romano e del Ranelletti, sia pure in parte diverse – il secondo sostenitore della prerogativa regia e di un ritorno alla monarchia costituzionale –, secondo le quali il rafforzamento del potere esecutivo significa «governo e amministrazione», «Stato amministrativo della tradizione», nello spettro della imparzialità ed originarietà della pubblica amministrazione, e non «funzione governativa»; quindi affermando sovranità, autonomia, originarietà del potere pubblico che si concentra ed esprime al massimo grado nel potere esecutivo⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. X.

⁴⁷ Cfr. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 195 ss.; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss., 134, ove è posto in risalto «tutto l'insistere di Mortati sulla esigenza di individuare la suprema potestas, in contrasto con la tradizione liberale della parità, e dell'equilibrio, tra gli organi costituzionali. In realtà, senza suprema potestas non c'è Stato, perché manca l'indirizzo politico unificante. Quel certo organo supremo non è la cosiddetta 'alta autorità del costituzionalismo liberale, di regola riferita alla figura del Capo dello Stato, non si esprime solo in senso moderatore e coordinatore. La moderna forma di Stato non ha bisogno di un manovratore, ma di un pilota, che dia e scelga la direzione di marcia».

3. *Il saggio monografico del Mortati del 1940 su La Costituzione in senso materiale. La categoria della Costituzione in senso materiale tra “considerazione giuridica dello Stato moderno” e “considerazione politica del regime”. Conclusioni*

Sussiste un sostrato profondo che lega l'opera del '31 a quella del '40, sulla Costituzione in senso materiale.

Nel quadro dell'individuazione di «elementi che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell'ordinamento»⁴⁸, di «penetrazione verso la realtà» (Smend), Mortati sostiene un realismo giuridico «non generico»⁴⁹, ma volto ad individuare i processi effettivi che generano le costituzioni politiche e ciò che di esse è il «*proprium* del dominio», che è intendibile soltanto accogliendo nello studio del diritto costituzionale «un punto di vista sostanziale».

Sul tema deve osservarsi che senza dubbio la categoria della Costituzione materiale elaborata dal Mortati risente in parte del pensiero di Carl Schmitt, con il quale sussistono comunque differenze non trascurabili⁵⁰, ed è profondamente diversa rispetto

⁴⁸ Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, rist., Milano, 1998, p. 228.

⁴⁹ Cfr. G. Zagrebelsky, *Premessa* a Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. XVIII; Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 14 (si afferma l'«esigenza di inserire nella considerazione giuridica il principio sottostante all'ordine normativo»).

⁵⁰ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XIV-XV, che osserva che mentre C. Schmitt, «aveva teorizzato, in funzione del nazionalsocialismo», «nemico di ogni artificio normativistico e funzionalistico», «la legge dell'irriducibile primazia della conduzione politica» concreta, orientata dal conflitto politico-esistenziale fondamentale sotto l'ombra minacciosa dello stato d'eccezione, come “ultimo” principio costituzionale, sempre di nuovo chiamato all'opera dal compito di imporre un ordine perennemente in potenziale pericolo», viceversa «Mortati non era affatto un occasionalista di questo genere. Non era un giustificazionista di specifici, singoli episodi di vita costituzionale [...] Lo stato d'eccezione non occupa un posto di rilievo strategico nella sua teoria, una teoria rivolta alla costruzione di nozioni dotate di significato ordinamentale oggettivo, rispetto alle quali i singoli atti politici stanno sotto, non sopra». Ora, in tal guisa Schmitt nella *Dottrina della costituzione* (*Verfassungslehre*, Berlino, 1928, tr. it., Milano, 1984, pp. 16 ss.), entro la dicotomia tra «costituzione in senso assoluto» («in primo luogo» «il concreto modo di esistere che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente») (p. 16), ma anche «una regolamentazione legislativa di base» cioè «un sistema più alto e chiuso delle norme più alte e ultime» (p. 20), e «costituzione in senso relativo» (che «significa la singola legge costituzionale») (p. 26), afferma infatti

ad altre definizioni ad essa fornite dalla dottrina costituzionalistica italiana degli anni '20-'30.

Nell'opera del '40 essa costituisce il presupposto giuridico di qualsiasi potere costituente, di uno Stato e di una Costituzione formale e scritta, perché attiene al formarsi di una «comunità organizzata in quanto rivolta a fini generali e destinata a coordinare le società particolari»⁵¹, «comunità come tale, anche se omogenea [...]» che «non può offrire quello stabile assetto complessivo capace di formare il contenuto [...] della Costituzione materiale»; quest'ultimo può essere dato da una forza politica che si forma «nel seno della comunità»⁵².

Soltanto secondo siffatta direttrice può attribuirsi all'«istituzione originaria» «natura giuridica», «i caratteri irriducibili della giuridicità» «senza i quali un'istituzione non potrebbe considerarsi idonea al suo compito»⁵³.

È la «forza politica» che consente il coordinamento dei rapporti sociali, dell'insieme degli «interessi discordi in una superiore unità»⁵⁴, «la produzione di norme giuridiche che deriva da una volontà», il superamento del conflitto sociale.

Mortati riconosce che «il diritto presuppone un'antitesi di interessi» e la «presenza di opinioni dissenzienti» rispetto a quelle dominanti, che vanno tuttavia ricondotte ad unità (sul punto cita Heller e Schmitt)⁵⁵ per la risoluzione del conflitto d'interessi nello Stato corporativo. Del tutto eterogeneo è il contenuto della Costituzione materiale per altri costituzionalisti italiani di quel tempo, ci si riferisce in particolare a Donato Donati. Per quest'ultimo la Costituzione materiale è «il complesso delle norme giuridiche fondamentali che formano l'ordinamento giuridi-

che «può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è concretamente vigente» (p. 21).

⁵¹ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 61 nt. 13.

⁵² Ivi, p. 62. Cfr. in tema M. Brigaglia, *L'ordine dal centro ai margini. A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati*, in «Diritto&Questioni pubbliche», XXII, 1, 2022, pp. 51-72, 62. Cfr. altresì Id., *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006.

⁵³ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 62. Cfr. in tema Fioravanti, *op. cit.*, pp. 154 ss., 156.

⁵⁴ Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 58.

⁵⁵ Ivi, p. 56, nt. 4.

co dello Stato», «sinonimo di diritto costituzionale», da distinguere dalla «Costituzione empirica», cioè dal «modo di essere di fatto dello Stato nel suo ordinamento fondamentale [...]», «assetto obiettivo e reale dell'organizzazione politica (Romano)» e dalla «Costituzione strumentale», cioè la «Costituzione documento», «atto scritto», «che sanziona il complesso almeno principale delle norme giuridiche costituzionali»⁵⁶. È altresì sul punto da richiamare il concetto di Costituzione in Agostino Origone, che pur non parlando espressamente di «Costituzione materiale», ponendo soprattutto l'accento sulla bipartizione della «Costituzione giuridica» tra «Costituzione formale» e «Costituzione sostanziale», tra «il testo fondamentale delle disposizioni costituzionali» e «il complesso delle figure primarie dell'ordinamento statale, necessarie e sufficienti ad esprimere la specifica struttura», riteneva però che l'esistenza e la vita di una Costituzione, negli Stati costituzionali moderni, derivassero da «da un vero principio essenziale della Costituzione», che «si riferisce all'esistenza stessa di questa» «e così stabilisce la volontà suprema e definitiva nella vita dell'ordinamento», da un potere costituente, potere primigenio ed originario, di natura giuridica, qualificabile quale «una potestà dello Stato», «quella di porre la propria Costituzione», ma di evidente origine storico-politica⁵⁷.

Ora, se la suindicata teoria è elaborata nelle parti I e II dell'importante contributo del 1940, per «slargare l'ambito delle considerazioni giuridiche»⁵⁸ e cogliere gli «elementi che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell'ordinamento stesso»; tuttavia non può non ricordarsi che l'illustre Autore nella ricerca della «convergenza tra l'astratta speculazione sul concetto di Costituzione e la concreta esperienza moderna dello Stato» e di un «contenuto assoluto della Costituzione»⁵⁹ – verifica alla stregua dello Stato moder-

⁵⁶ Cfr. D. Donati, *Costituzione*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1931, p. XI.

⁵⁷ Cfr. A. Origone, *Costituzione*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1938, IV, pp. 382 ss., 383.

⁵⁸ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 228. In tema cfr. C. Bersani, *Sul concetto di costituzione materiale in Costantino Mortati*, in «Clio», 24, 4, 1988, pp. 663-679.

⁵⁹ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 21.

no – assume lo Stato fascista quale paradigma di quest'ultimo, quale compimento di una vicenda storica bicentenaria, iniziata con l'affermazione «dei principi che caratterizzano la forma di governo detta appunto costituzionale, comune alla maggior parte degli Stati moderni», dello Stato costituzionale che sorge come reazione allo Stato assoluto e si fonda quindi su principi opposti⁶⁰. Peraltro, l'interpretazione della richiamata vicenda storica bicentenaria vuole essere in sintonia, non senza contraddizioni, con le opinioni della dottrina di quell'epoca, che scriveva, riferendosi allo Stato moderno ed allo Stato di diritto, che «la caratteristica precipua della forma stessa consiste nel fatto che il governo viene esercitato da una pluralità di organi, fra cui sono istituzionalmente distribuite le funzioni statali, in modo da assicurare la legittimità dell'azione dello Stato e un'equa protezione dei diritti dei cittadini verso il medesimo. In relazione a siffatte modalità la forma stessa assume in dottrina la denominazione di Stato di diritto»⁶¹.

⁶⁰ Cioè i principi di «uno “Stato moderno” che aveva assimilato i principi ispiratori dello “Stato di diritto” fondato sulla supremazia della legge, sulla pluralità degli organi sovrani, sull'indipendenza del potere giudiziario, nonché sulla valorizzazione dell'autonomia degli individui e dei gruppi, resi attivi anche nell'interesse dello Stato» (così Cheli, *Prefazione*, cit., p. VII), che richiama Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 163-164. Cfr. altresì Zanobini, *Divisione dei poteri*, cit., p. 117.

⁶¹ Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Stato (storia del diritto)*, Torino, 1940, XII, pp. 826 ss., 827. Tuttavia questa perspicua definizione di “Stato di diritto” quale forma di Stato moderna deve essere intesa quale integrata e superata dalla concezione mortatiana dello “Stato moderno”, successivo alla Rivoluzione francese, fortemente connotato dall'accesso alla vita politica delle masse («estendersi progressivo a masse sempre più vaste della popolazione del potere di intervenire, a volte direttamente, ma per lo più indirettamente alla formazione della volontà dello Stato» (cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 70 e Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXI). Inoltre, osserva sull'argomento il Fioravanti che la concezione dello “Stato moderno” fondata «su una precisa formula istituzionale», «sulla divisione e l'equilibrio tra i poteri dello Stato», deve ritenersi confutata dal Mortati, che nega che la «posizione di tendenziale parità» e di «reciproco bilanciamento» tra una pluralità di organi costituzionali costituisca «la vera “essenza” della forma di Stato propria della esperienza politica statale moderna» (cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 118). Anche se dappresso il Fioravanti enucleando ulteriormente la sua tesi sul Mortati del periodo fascista parla di «principio d'unità posto accanto al principio di divisione» (p. 132). Diversa la ricostruzione contenuta in F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 187 ss., 221, in cui si afferma che «Mortati, di fronte alle impostazioni che negano la

Però, la Costituzione materiale, necessaria per l'esistenza stessa dello Stato, non vuole tanto essere, come notato dallo Zagrebelsky, «una concezione fascista dello Stato»⁶², ma una «concezione dello Stato applicabile (o applicata) a quello fascista». Ed è altresì corretto parlare di «funzione costituzionale delle forze politiche», del «partito di massa», di risposta ai problemi dei regimi di massa del XX secolo e delle «esigenze di strutturazione e di governo che essi pongono», per la «funzione dell'integrazione in unità delle divisioni sociali» e la «rivitalizzazione» dello Stato⁶³, con la fine dello Stato monoclasse liberale, che Mortati concepiva quale un ente sovrano egemonizzato dalla borghesia ed espressione di ristrette oligarchie.

D'altro canto, è proprio dai primi due capitoli del libro del '40 che si evidenzia un'evidente «origine sociale e storica» dello Stato e della Costituzione in senso materiale – si ritiene ad esempio che se «si attribuisca alla società carattere direttamente giuridico e non si voglia immaginarla in una posizione di duplicazione e di contrapposizione con lo Stato, è necessario dimostrare l'esistenza di una relazione di compenetrazione con questo, tale da non eliminare la società stessa come fattore di produzione giuridica»⁶⁴ –, che dappresso si trasforma, grazie alla «forza politica» egemone, in «istanza politica» dominante.

Questo «prius» non può essere tralasciato – e sarà in seguito oggetto delle condivisibili tesi critiche del Guarino, in un saggio del '47⁶⁵, che fu il primo autore ad accogliere parzialmente la categoria in esame nel dopoguerra, dopo il totale ripudio di essa sostenuto dal Romano nel '45⁶⁶, che evidenziò i nessi tra Costi-

persistenza della divisione dei poteri all'interno del regime, sostiene che – a differenza di quello sovietico – lo Stato fascista riconosce «una sfera di autonomia dei soggetti» anche davanti allo Stato [...]. In tema cfr. anche G. Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico durante il fascismo*, in «Studi urbinati», 52, 4, 2001, pp. 397-417.

⁶² Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XIII e XXV.

⁶³ Ivi, p. XXIV.

⁶⁴ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 59-60.

⁶⁵ Cfr. G. Guarino, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale*, in «Il Foro penale», I, 1947, pp. 113 ss., 115 ss., 121 ss., ora in Id., *Dalla Costituzione all'Unione Europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, 1994, vol. I, pp. 128 ss.

⁶⁶ Cfr. S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 3.

tuzione materiale e forze sociali, anche di minoranza ed individuali –; in tal guisa è fondato sostenere che per Mortati «la politica produce lo Stato, il quale produce diritto politicizzato»⁶⁷.

Da qui «la funzione costituzionale delle forze politiche» ed il superamento dello Stato liberale obiettivo, neutrale, fondato sugli atti giuridici, mentre la politica è «soggettiva, parziale». Per cui, «uno Stato concreto non può pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata secondo un'idea politica»⁶⁸ e la Costituzione materiale non può non contenere in sé, come sua parte costitutiva, questa collettività. Così nel pensiero dell'insigne giurista si compie «la centralità della Costituzione rispetto allo Stato», all'opposto della scienza costituzionalistica di matrice liberale, che assumeva come «fulcro delle sue concezioni lo Stato», con «una visione metaforica, ma piena di significato giuridico, di persona sovrana»⁶⁹.

Più esattamente, abbandono della dottrina della tradizione giuspubblicistica italiana che incentrava lo studio dello Stato nell'ambito della coppia «personalità» – «sovrانيتà dello Stato», per pervenire ad una compiuta definizione della forma di Stato nella sua unità e peculiarità storica⁷⁰.

Dottrina confutata anche con specifica attenzione, come suaccennato, alla formula istituzionale espressione dei principi generali dello Stato moderno, quello della divisione (e dell'equilibrio) dei poteri dello Stato; e pure con riguardo al «modello costituzionale dualistico», teorizzato dall'Orlando con riferimento agli sviluppi della monarchia parlamentare italiana, «al necessario incontro ed equilibrio tra monarca ed assemblea rappresentativa», al governo parlamentare incentrato sull'«armonico ed equilibrato incontro tra prerogativa regia e forze parlamentari»⁷¹.

Orbene, nel '31 Mortati esponeva con ricchezza di riferimenti dottrinari l'argomento dello «Stato nuovo» enucleando la su-

⁶⁷ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXVII.

⁶⁸ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 64.

⁶⁹ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXVI.

⁷⁰ Ivi, pp. XXVI-XXVII.

⁷¹ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, p. 59.

premazia del Capo del Governo⁷², nel '40 il tema centrale del suo saggio monografico è l'origine «sostanziale» dello Stato e della Costituzione attraverso il concetto di forza politica⁷³, allo scopo di chiarire la posizione costituzionale del «partito unico dominante» e di «indirizzo» nello Stato dominato dall'ideologia corporativa fascista e dall'unità dell'indirizzo politico⁷⁴.

Dunque, entro un nuovo «monismo istituzionale»⁷⁵, la Costituzione in senso materiale, come suaccennato, è necessaria

⁷² Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., pp. VI ss.; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss.

⁷³ Cfr. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 62. Concetto che caratterizzerà sin in fondo e per intero le diverse fasi della riflessione mortatiana sull'essenza dello Stato e della Costituzione, per cui è congrua la definizione dell'Elia di Mortati quale «giurista politico» (cfr. L. Elia, *Appunti su Mortati e le forme di governo*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 245 ss., 262).

⁷⁴ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, in particolare pp. 160-161, 171-172.

⁷⁵ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 147 («lo Stato moderno è uno Stato monistico»); Fioravanti, *op. cit.*, pp. 132 ss., che parla di «nuovo diritto pubblico», di «essenza dello Stato» «che attribuisce ad esso forma unitaria e precisa, identità storica», che «non sta più né nel primato liberale della legge generale ed astratta, né nel valore della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata...», essenza dello Stato nel governo inteso «non più come parte – anche se di vertice – di uno dei poteri dello Stato, ma come organo supremo titolare dell'indirizzo politico unificante [...]» (p. 132); Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXIII, che però attribuisce a Mortati un pensiero essenzialmente antipluralista «per quel che riguarda la sfera politica» anche sotto la vigenza della Costituzione repubblicana, perché «la parola partito non è stata impiegata per indicare i singoli raggruppamenti fra loro contrapposti, bensì l'insieme delle forze politiche, omogenee tra loro intorno a cui si ordina lo Stato». Tesi a nostro parere meritevole di attenzione anche critica, considerando l'evoluzione del pensiero del Mortati e la sua complessità, perché il pensiero dell'illustre Autore, ad esempio nell'edizione del 1962 delle *Istituzioni di diritto pubblico*, se da un lato riconosce la necessità di una «ideologia fondamentale», che determina «l'accordo sostanziale delle varie forze contrastanti intorno a certi principi fondamentali i quali valgono a caratterizzare il tipo di Stato», questo per consentire «l'alternanza al governo dello Stato di quelle forze che di volta in volta sono investite del potere dal suffragio popolare, secondo il principio maggioritario», d'altro canto menziona pure, proprio entro la cornice del pluralismo politico, degli «istituti del regime tendenti a garantire i diritti delle minoranze», sia pure nell'insuperabile dualismo tra «partiti di governo» e «partiti non di governo», che vuole indicare l'impossibilità di «intervenire nel funzionamento del sistema dell'alternativa dei partiti al potere forze che si pongono in posizione di antitesi radicale ed irriducibile con le istituzioni poste a base del regime che informa di sé lo Stato» (p. 736). Il Cheli sul tema ritiene, riferendosi all'opera del 1931, ma i rilievi sono ovviamente estensibili ed adattabili all'intero percorso intellettuale e scientifico del Mortati, che «la premessa monista da cui l'Autore parte non riesce quasi mai ad approdare a risultati completi e convinti», «perché continuamente contrastata tanto, sul piano oggettivo, da una storia del parlamentarismo liberale con cui occorre fare i conti, quanto, sul

per «evitare di respingere nel sociologico l'organizzazione risultante dal porsi di una forza politica dominante» e accogliere «la materia sottostante all'ordine formale», «un'entità non puramente esistenziale ma deontologica»⁷⁶, perché, al contempo, «il fondamento dell'unità e della validità del sistema delle norme positive» non è «qualche cosa di eterogeneo all'ordine normativo», «qualche cosa di esistenziale», «di vivente solo nel mondo della realtà materiale»⁷⁷; pure al fine di cercare la difficile conciliazione della presenza determinante delle forze politiche con la personalità e sovranità dello Stato, perché quest'ultimo «non è la somma delle relazioni spontaneamente determinantesi fra gli appartenenti ad un gruppo sociale, ma la consapevole volontà di un ordine, che non si adegua mai compiutamente alla realtà, e che, se anche a volte presuppone, a volte rinvia all'esistenziale, non si esaurisce in questo, ed anzi si presenta come creativo di una misura, alla stregua della quale esso deve essere assunto nell'ordinamento»⁷⁸.

Questa impostazione, certamente da considerare alla stregua del suo tempo storico, ma da confutare per i suoi esiti adesivi rispetto al regime autoritario fascista, sia pure, come detto, con argomenti diversi rispetto ai costituzionalisti organici al regime⁷⁹ (Mortati peraltro non accolse mai la nozione di «rivoluzione fa-

piano soggettivo, da una vocazione pluralista (o se vogliamo democratica) – ispirata da una matrice culturale cristiana – che impedisca all'Autore di accogliere, come corollario inevitabile del monismo, anche l'annullamento della persona nello Stato» (Cheli, *Prefazione*, cit., p. IX). Interessanti approfondimenti sul tema si trovano in P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 259 ss., che parla di «una visione 'dinamica' della traduzione del pluralismo sociale in unità politica» (p. 278) entro la «problematica dell'impatto dell'assetto pluralistico della società sui modelli di organizzazione costituzionale» (p. 284) e nel quadro del sistema democratico, in cui Mortati riconosce una visione tendenzialmente ampia della legittimazione dei partiti nella competizione politica, anche «per un composito sistema di 'controforze', reso necessario dall'esigenza di temperare l'assolutismo della maggioranza» (p. 296).

⁷⁶ Cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 75.

⁷⁷ Ivi, p. 27.

⁷⁸ Ivi, p. 85.

⁷⁹ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XII (che scrive che la dottrina in esame «in nessun momento è assunta a teoria ufficiale del fascismo», «l'influenza maggiore ch'essa ha esercitato non è stata nel tempo in cui e per cui fu elaborata ma durante l'opera di fondazione dello Stato repubblicano e nei suoi primi decenni di vita»).

scista»)⁸⁰, denota sempre una decisiva connotazione di metodo e di contenuto, di grande attenzione ai fatti storici, alla struttura economico-sociale, alle reali forze operanti nella società, entro l'integrazione del metodo dommatico della tradizione orlandiana con quello storico-giuridico o storico-dommatico⁸¹.

Connotazione che lascerà una traccia profonda nel successivo dibattito costituzionalistico, anche in termini contrappositivi, tra adesioni, revisioni, respingimenti totali⁸² (da ricordare con riguardo a questi ultimi le tesi spiccatamente critiche del Romano, del Ballardore Pallieri, del Bartole, del Fois e dell'Amirante)⁸³ e sarà alimentata dalle ulteriori e feconde riflessioni

⁸⁰ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., pp. IX-X.

⁸¹ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XVIII ss.; Fioravanti, *op. cit.*, pp. 114 ss., 121 ss.

⁸² Per una ricostruzione del dibattito, articolato e vivace, sia consentito di rinviare a G. Bianco, *Quel che resta della costituzione materiale (tra congetture e confutazioni)*, in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Milano, 2001, pp. 487 ss., ora in Id., *Repubblica, potere costituyente e costituzione materiale*, Roma, 2013, pp. 123 ss., 135, 139-140.

⁸³ Cfr. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 3; G. Ballardore Pallieri, *Dottrina dello Stato*, Milano, 1964, pp. 148 ss. (Autore che si segnala per un tono spiccatamente polemico e per argomenti piuttosto critici, non accolti dallo scrivente, che parla, con riguardo ai sostenitori della costituzione materiale, di «teorie, le quali, lasciando più o meno fuori dal diritto la autorità politica in quanto mera forza, insistono però nell'asserire la rilevanza giuridica di ciò che da quella autorità immediatamente emana: i programmi, le ideologie, i fini concreti che essa si propone», peraltro ritenendo meritevoli di attenzione e di citazione autori stranieri, quali l'Hauriou e lo Schmitt ma non quelli italiani, tra cui anzitutto il Mortati, perché a suo dire «non sembra che nella dottrina italiana vi sia a questo riguardo alcun carattere di novità, avendo essa solo rielaborato, con minor rigore e precisione, quanto già era stato svolto da noti giuristi stranieri...» (pp. 148-149); S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 605-627; Id., *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto IV, Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, pp. 308 ss. (per il quale la Costituzione materiale può essere utilizzata al massimo «in funzione strumentale dell'interpretazione») (p. 310); V. Crisafulli, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1975, p. 1032; S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit., pp. 36 ss.; C. Amirante, *La costituzione materiale da Lassalle a Mortati*, nel presente volume. Tra i costituzionalisti viceversa sostenitori della categoria in esame cfr. A. Barbera, *Art. 2 cost.*, in *Commentario della Costituzione diretto da G. Branca*, Bologna, 1975, I; Id., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 2010, pp. 311 ss.; P. Barile, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, p. 40; Cheli, *Prefazione*, cit., p. X; T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957; F. Modugno, *Costituzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. X, Roma,

mortatiane, specie tra la metà degli anni '50 e metà degli anni '70⁸⁴, nel tentativo di adattare la categoria in considerazione alla fase di costruzione ed affermazione dello Stato democratico costituzionale pluralista e nella vigenza dell'attuale Costituzione del '48⁸⁵.

Quindi, è fondato parlare, in una visuale più ampia, di decisiva innovazione metodologica⁸⁶ – pur con talune opportune confutazioni ed un tentativo di ridefinizione della categoria del-

1988; Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. VIII ss. Accoglie la categoria ma ridefinendone il contenuto, in un senso accolto dallo scrivente, cioè ritenendo che concorrono alla determinazione del contenuto della costituzione materiale non soltanto le forze politiche di maggioranza ma pure quelle di minoranza, le forze sociali, anche eventualmente quelle individuali, Guarino, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla costituzione materiale*, cit., pp. 113 ss., 115, 121.

⁸⁴ Ci si riferisce in particolare, tra le varie edizioni dell'opera, ad esclusione della prima, del 1949, in cui la categoria in esame non è menzionata, all'edizione del 1962, la sesta, delle *Istituzioni di diritto pubblico*, in cui il Mortati afferma a p. 76, in cui è scritto che per «determinare [...] gli elementi dell'ordine istituzionale sottostante a quello formale» deve risalirsi ad «una comunità sociale ordinata intorno a gruppi nel suo seno, portatori di un'ideologia politica, cioè di una particolare concezione dello Stato nonché dei valori da affermare attraverso l'azione dell'ordinamento statale, e forniti di una capacità di azione, di un'effettività di potere capace di garantire un'obbedienza media da parte dei cittadini. Questa forza politica, quando riesca a prevalere con carattere di stabilità su altre forze contrastanti, dà vita all'ordine giuridico statale in cui essa trova lo strumento normale per l'esercizio del suo potere, senza però esaurirsi mai in questo [...]». Cfr. pure Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 1958, pp. 57-58. Cfr. altresì Id., *Costituzione (dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana)*, Milano, 1962, vol. XI, pp. 139 ss., 165 ss., in cui si sostiene che «è stato scritto che l'esistenza della costituzione formale ostacola il conferimento di una diretta rilevanza giuridica al sostrato sociale, poiché si determinerebbe un invincibile dualismo fra quest'ultimo e la prima [...]» (p. 165). «Tale obiezione viene però a perdere di valore quando si tenga presente la necessità, messa prima in rilievo, di ricondurre la validità della costituzione alla sua effettività. Infatti, se la positività [...] si consideri quale contrassegno dell'ordine giuridico primario, questo non può non farsi derivare da un assetto di forze capace di esprimere e far valere un orientamento generale che unifichi la complessiva attività statale e la mantenga almeno relativamente costante così da indurre la fondata presunzione della sua realizzazione» (pp. 166-167).

⁸⁵ Cfr. Cheli, *Prefazione*, cit., p. X, che parla di «“via italiana” del diritto costituzionale come scienza giuridica di confine, di cui Mortati resta tuttora il maggior interprete; una via che attraverso il richiamo al concetto di “costituzione materiale”, orientava realisticamente la ricerca sulle forme di governo verso l'analisi della struttura delle forze sociali e politiche sottostanti e, in primo luogo, verso l'assetto del sistema dei partiti, visto come architrave dello Stato contemporaneo»; Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. VIII.

⁸⁶ Sul metodo di Mortati cfr. G. Zagrebelsky, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989, pp. 51 ss.

la costituzione materiale e dei suoi rapporti con la costituzione formale⁸⁷ –, anche entro la ricerca di una sintesi, pur tra necessarie distinzioni, tra le posizioni in antitesi, tra il sostrato concettuale dei costituzionalisti pre-orlandiani, in particolare la costante attenzione alla storia ed alla politica, e quello della scuola dell'Orlando, nei termini suaffermati⁸⁸, certamente da cogliere nella sua complessità e non quale astratto formalismo giuridico, bensì come un «tentativo di spiegare in forme giuridiche le tensioni della società civile, ed il rapporto di quest'ultima con il potere politico».

⁸⁷ Cfr. Bianco, *Quel che resta della costituzione materiale tra congetture e confutazioni*, cit., pp. 123 ss., 132 ss., in cui si accoglie, come surriferito, la categoria della costituzione materiale ma entro una revisione del suo contenuto, ritenendo condivisibile la ricostruzione del Guarino, e del suo rapporto con la costituzione formale dopo l'entrata in vigore di quest'ultima (in cui la costituzione materiale può essere intesa come una categoria «prevalentemente ermeneutica», necessaria per una interpretazione storica-evolutiva della costituzione scritta).

⁸⁸ Ivi, p. 141. Per l'ultima citazione cfr. M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando*, [1979], rist. *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, vol. I, p. 176.

Antonio Cantaro

Considerazioni ‘critiche’ sulla costituzione in senso materiale

ABSTRACT

Costituzione materiale significa *legittimazione politica del ‘giuridico’* e, allo stesso tempo, *legittimazione giuridica del ‘politico’*. Una quadratura del cerchio che poteva riuscire solo ad un grande scienziato sociale, ad un intellettuale autentico.

Material constitution means the political legitimation of the ‘legal’ and, at the same time, legal legitimation of the ‘political’. A squaring of the circle that could only be achieved by a great social scientist, an authentic intellectual.

PAROLE CHIAVE: diritto vivente, diritto neoliberale, diritto vigente, indirizzio politico, tirannia dei valori.

KEYWORDS: living law, neoliberal law, current law, political direction, tyranny of values.

SOMMARIO: 1. Un lascito impareggiabile – 2. Usi contemporanei – 3. La costituzione materiale come “diritto vivente” – 4. Il diritto vivente come inveramento dell’ordine neoliberale – 5. Cosa resta della mortatiana costituzione materiale – 6. Con Mortati, oltre Mortati.

1. *Un lascito impareggiabile*

È veramente arduo, anche da parte dei critici più radicali ed esigenti, rimuovere l’impareggiabile lascito di Costantino Mortati.

Più di ogni altro il giurista calabrese ha contribuito a mettere in soffitta le invecchiate *dottrine dello Stato* e a introdurre in

Italia e in Europa un'originale e perspicua *dottrina della costituzione*. Più di ogni altro ha squadernato i fondamenti storico-politici dello *Stato post-liberale* del primo e del secondo novecento. Più di ogni altro ha fornito una interpretazione e declinazione del *compromesso costituzionale*, da cui sorge la nostra Carta fondamentale, quale fondamento di legittimazione dello *Stato democratico, laburista, sociale*.

Un impianto talmente impareggiabile che anche quando è divenuto ingombrante, dopo l'esaurimento del *compromesso socialdemocratico tra capitale e lavoro*, la raffinata penna di Augusto Barbera ne ha continuato a rivendicare la permanente utilità. Giuridico-teoretica, ermeneutica.

Altri diranno meglio e più analiticamente di me le ragioni della *longue durée* della prestazione mortatiana. Io le riassumo così. *Costituzione materiale* significa *legittimazione politica del 'giuridico'* e, allo stesso tempo, *legittimazione giuridica del 'politico'*. Una quadratura del cerchio che poteva riuscire solo ad un grande scienziato sociale, ad un intellettuale autentico.

Mortati occupa questa tutt'altro che "zona grigia del diritto costituzionale". Consapevole, come dice il poeta, che dove cresce il pericolo cresce la speranza. La speranza che la realtà possa essere compresa e messa in forma.

2. *Usi contemporanei*

Anche le critiche rivolte alla costituzione materiale vanno collocate alla luce dell'altissimo livello a cui si colloca la prestazione mortatiana.

"Famosa e fumosa" la definisce, all'inizio degli anni '70 dello scorso secolo, Salvatore D'Albergo in uno scritto pubblicato su *Democrazia e diritto*, dal tutt'altro che banale titolo *Il potere democratico fra «costituzione materiale» e «funzione» di indirizzo politico*. Critiche altrettanto aspre seguiranno, come è testimoniato da una pregevole letteratura anche di carattere ricognitivo.

Non imputerei le critiche solo a giudizi ingenerosi, equivoci, fraintendimenti. A pesare sono anche le plurali e divaricate declinazioni che sono state date in passato, e che tutt'ora vengono date, della costituzione materiale. Cosicché, al di là delle inten-

zioni del suo autore, la formula è apparsa a molti largamente indeterminata, un *significante vuoto* che si presta ad essere riempita di contenuti i più diversi, spesso antitetici.

È il destino di tutti i significanti vuoti. Mi è capitato di recente di parlarne anche a proposito della *formula uso alternativo del diritto*. I detrattori di queste formule magiche considerano un'*accusa infamante* la loro 'qualificazione' come significanti vuoti. Non prendono nemmeno in considerazione l'ipotesi che proprio la loro apparente 'vuotezza' è la ragione della loro apertura allo spirito dei tempi, del loro *successo*, del loro *mito*.

Sbagliano. Un *significante vuoto* non è un *significante* senza significato. È un *significante* che proprio in virtù della sua apparente indeterminatezza si presta potenzialmente ad essere riempito di *diversi e plurimi significati*.

Mi soffermerò su questi plurimi significati con lo sguardo rivolto al presente, essendo il tema con riferimento al passato ampiamente esaminato da altri colleghi ed amici. Per ragioni di brevità distinguerò quelli che a me sembrano essere oggi i due principali e contrapposti usi della nozione costituzione materiale. Un *uso realistico-descrittivo* per il quale costituzione materiale è una sorta di sinonimo di *diritto vivente* inteso come il *diritto giurisprudenziale vigente*. Un *uso polemico-normativo* per il quale la *vera e autentica costituzione materiale* non può che essere *antagonista* rispetto all'odierno *diritto neoliberale* veicolato anche dal diritto giurisprudenziale.

Alla luce di questi opposti utilizzi della nozione mi chiederò cosa resta oggi della costituzione materiale in senso mortatiano. E quali siano le ragioni del suo prepotente ritorno nel dibattito, di cui le nostre giornate maceratesi costituiscono l'ennesima e autorevole riprova.

3. La costituzione materiale come "diritto vivente"

Per l'uso descrittivo, il più diffuso anche nell'immaginario collettivo, la costituzione materiale è – al di là di ciò che è scritto nelle disposizioni formali – *l'ordinamento giuridico colto nella sua effettività*. *Diritto vivente*. Nel presupposto, denso di significati costituenti e antipolitici, che il diritto legislativo sia un *dirit-*

to morente. E che l'unico *diritto vivente* è l'insieme consolidato dei significati normativi nell'interpretazione che ne fornisce la Corte di Cassazione. Con buona pace del *diritto vigente* e anche della costituzione formale che continua a prescrivere che il giudice è soggetto "solo" alla legge e che il potere giudiziario pronuncia le sue sentenze "in nome del popolo".

Uno sguardo realistico, ma tutt'altro che innocente. Non per quello che di ovvio dice sull'interpretazione giudiziaria; e, cioè, che la *regola operante* non può che essere quella effettivamente applicata nelle aule di giustizia. Ma per quello che non dice. Che nella dommatica mortatiana il *formante fondamentale* del *diritto vivente* è l'*indirizzo politico* delle forze maggioritarie ed egemoni.

Per l'odierno immaginario dei giuristi e, segnatamente, dei giudici, il *formante fondamentale* del *diritto vivente* è, invece, «la "coscienza sociale", la "coscienza comune", il "sentimento sociale", il "comportamento sociale"». Tutti formanti rappresentati come antidoto – è scritto senza infingimento alcuno nella brochure di un seminario promosso dalla Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente – alla «illusoria stabilità del diritto positivo scritto, impenetrabile dai cambiamenti della realtà sociale [...], e la concreta effettività del diritto vivente, fondato sulla continua evoluzione dei valori espressi da quella realtà».

La schmittiana *tirannia dei valori* non poteva trovare interpreti più zelanti. Un diritto assertivo, eticamente soggettivistico, disincarnato da ogni legame istituzionale con la comunità politica. I fatti, i comportamenti sociali, cessano di essere quel che viene "trattato" dal diritto e diventano essi la fonte esclusiva, il fondamento, del proprio trattamento.

Depositari di valori, i fatti mutano in dover essere, dettano il contenuto delle norme. La regola del diritto vivente non è più l'esito di una possibile interpretazione di una norma e come tale sempre reversibile, ma è essa stessa norma, legge indipendentemente dalla legge. Le *regole effettive* dettate dal diritto giurisprudenziale si tingono dell'aureola di *norme materialmente costituzionali*.

Naturalmente trattasi di norme che non sono un mero rispecchiamento dei "valori espressi dalla realtà sociale", come

vorrebbe la retorica prevalente tra i giudici. La *normatività del diritto vivente* è, infatti, filtrata dalla giurisprudenza costituzionale sulla base di una meta-dommatica, il *bilanciamento ragionevole*, che riconosce rilevanza giuridica solo alle pretese che hanno una qualche copertura nei beni tutelati nella costituzione formale. Cosicché, la giurisdizionalizzazione di questa può essere, più o meno retoricamente, rappresentata come una *evoluzione adattiva della Carta del 1948*, come una conferma della permanenza e della vitalità dei suoi principi fondamentali.

4. *Il diritto vivente come inveroamento dell'ordine neoliberale*

Un'urbanizzazione del *suprematismo giudiziario* che non persuade i fautori dell'uso *polemico-normativo* della costituzione in senso materiale. Per questi il diritto vivente costituisce una sorta di cavallo di Troia per corrodere dall'interno le premesse e le promesse del costituzionalismo moderno, segnatamente quelle del costituzionalismo democratico-sociale del novecento.

I fautori dell'uso *polemico-normativo* della nozione di costituzione materiale utilizzano, infatti, l'*originaria dommatica mortatiana della costituzione materiale* per rendere palesi gli effetti de-costituzionalizzanti dell'odierno diritto vivente del quale denunciano l'intimo paradigma individualista, economicista, antipolitico. Un paradigma, neoliberale, che ha certamente il suo fascino. "Dire il diritto" in modo casuistico rende degna di attenzione e riconoscimento giuridico qualsivoglia pretesa sulla base del presupposto 'epistemologico' che ogni uomo ed ogni fatto è diverso dagli altri.

Un *costituzionalismo dei bisogni e dei desideri* implementato dal *meta-diritto all'autodeterminazione* in tutti i campi. Un costituzionalismo perfettamente adeguato all'antropologia neoliberale per la quale l'umanità degna di essere vissuta è solo quella dell'*uomo biologico* e dell'*uomo performance* alla continua ricerca del massimo godimento e del massimo rendimento. Tutta la vita, tutto l'anno, ogni giorno dell'anno, ad ogni ora del giorno.

Una antropologia che precipita in una cogente deontologia, nell'inviolabile diritto e nell'inderogabile dovere dell'uomo neoliberale di "pensare positivo". Di vivere "dalla culla alla tomba"

– dalle scelte che attengono alla formazione a quelle lavorative, da quelle procreative a quelle concernenti il fine vita – alla ricerca della prestazione più efficiente, più performante, più rispondente agli intimi e autistici bisogni e desideri di ciascun individuo. Una normatività che il diritto vivente – la costituzione materiale dei nostri giorni – assume come sua nel momento in cui postula che il *vero diritto*, che il *diritto giusto*, è solo quello spalancato dalla sentenza sulla ‘concretezza della vita’.

Una antropologia vitalistica e narcisistica che – osservano i suoi critici – rappresenta i conflitti che si consumano nelle aule di giustizia non come puntuale manifestazione di più generali conflitti collettivi ma come conflitti singolari che possono essere efficacemente ‘decisi’ con un “giustizia nel caso concreto”, con una giustizia che ha rescisso ogni legame con il progetto emancipante iscritto nel Dna del costituzionalismo del secondo dopoguerra. Con quel progetto esemplarmente codificato nell’art. 3 della nostra Carta fondamentale per il quale “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

È vero che il formante della “coscienza sociale” sembra postulare un *quid* comune all’intera società. Ma ciò che alla fine conta per gli apostoli del diritto vivente è solo il singolare rimedio all’ingiustizia. La cifra più autentica e duratura del diritto vivente è, infatti, il “concretismo”, il dare giustizia alle diversità fuori da qualsivoglia disegno, politicamente condiviso, di società. Esattamente ciò che postula il neoliberalismo quando predica che nelle odierne società liquide – nelle non società – l’unica giustizia efficace è quella che pone rimedio ai contingenti guasti prodotti dalla contrattualizzazione, mercatizzazione e mercificazione.

Quando “la società non esiste”, il formante della “coscienza sociale” è mera sovrastruttura. Permeabile ai poteri forti (l’economia, i media, la tecnologia) e funzionale a istituire il potere pubblico, e segnatamente il potere giudiziario, come un *potere benevolo* incaricato di deflazionare in modo decisionistico i

conflitti. *Occasionalismo giuridico*. E che riposi in pace l'obbligo del potere giudiziario di pronunciare le sentenze "in nome del popolo".

Un destino al quale non si sottrae nemmeno la giurisprudenza costituzionale con la sua sofisticata neo-dommatica del *bilanciamento ragionevole*. Un bilanciamento che pende, erraticamente, ora qua ora là, nella misura in cui fa ricorso ad un uso decontestualizzato dei principi costituzionali, come esige la parcellizzazione dei conflitti sociali tipica delle società neoliberali.

5. Cosa resta della mortatiana costituzione materiale

Cosa resta dunque – vengo alla parte conclusiva del mio intervento – dell'ingombrante, mortatiana, costituzione materiale?

Nella declinazione che ne danno i fautori del diritto vivente resta, sia pur trasfigurata, l'indicazione di metodo del giurista calabrese. L'ordinamento non può attingere da sé stesso i contenuti del suo agire, come avveniva nella modellistica dello Stato persona liberale. Ma deve dar voce a fatti che hanno una loro concretezza storica e, quindi, una loro forza vincolante.

Manca, tuttavia, in questa declinazione la sostanza del lascito di Mortati. Per il quale non tutti i fatti sociali possiedono capacità normativa, ma solo quella espressione di intrinseca politicità, di un indirizzo generale capace di elevarli dalla loro parzialità. La costituzione materiale mortatiana non è, infatti, mero riflesso della prassi, ma prassi capace di trascendere gli interessi frazionari, di imporsi egemonicamente come un progetto di società. È – osservava Maurizio Fioravanti – «quella specifica realtà fattuale che contiene in forma già strutturata, per quanto in embrione, le linee di base di quell'ordinamento giuridico che sta per affermarsi con la costituzione da emanare».

I "valori" materiali mortatiani, a differenza dei valori degli epigoni della costituzione materiale vivente, non si impongono, per normatività propria, giusnaturalista, ma sono veicolati da pratiche sociali mobilitate politicamente. Un peculiare giuspositivismo che non schiaccia le norme sulla fattualità: la prassi non è questione empirica e sociologica, è questione di dottrina costituzionale.

È ciò che si propongono di fare coloro che intendono smascherare polemicamente la distanza dell'odierno diritto vivente dalla originaria costruzione mortatiana. Vogliono recuperarne la sostanza, il suo plusvalore politico, farla vivere come un *antidoto* all'ideologia della spoliticizzazione tecnocratica, del globalismo economicistico e del cosmopolitismo irenico. Sottolinearne, insomma, il suo carattere ingombrante agli occhi tutt'altro che innocenti degli apostoli del neoliberale diritto vivente.

6. *Con Mortati, oltre Mortati*

Proposito meritorio, a patto di non smarrire l'indicazione di metodo di Mortati. La politica è come il coraggio manzoniano, non te la puoi dare da solo. Una società programmaticamente infantilizzata – una società di individui – non rimette al centro, per incanto, volontaristicamente, la politica.

I soggetti e protagonisti della vita nazionale, i partiti felicemente fotografati dall'art. 49 della nostra Carta fondamentale nella loro struttura e funzione, non ci sono più. Pensare di ri-sumerli – lo dico anche autocriticamente – è accanimento terapeutico allo stato puro. I partiti sono stati annichiliti dalla dilagante narrazione dell'assoluta inderogabilità dei cosiddetti vincoli esterni. Economici, finanziari, geopolitici. Per questa ragione partecipare per determinare la politica nazionale, recarsi alle urne, sono tutte attività che vengono oggi vissute dall'immaginario collettivo come perfettamente inutili, come un gioco da tavolo noioso e perverso.

Se la dottrina della costituzione materiale avrà un futuro è, perciò, questione che riguarda l'esistenza o meno nella società di prassi incarnate in soggettività capaci di pensare l'interesse generale. Incardinati nella società, nei suoi "interessi frazionari" e capaci al tempo stessa di trascenderli. Di essere, gramscianamente, come nel Novecento lo sono stati i partiti politici, "parti totali" come suggerisce alla lettera l'espressione partito politico.

Chi queste soggettività le intravede, anche allo stato nascente, batta un colpo. Abbiamo quanto mai bisogno di un novello Mortati, della sua lungimiranza intellettuale. Abbiamo quanto mai bisogno di un equivalente, all'altezza dei nostri tempi, della

sua dogmatica della costituzione materiale, di una dottrina della costituzione che rimetta al centro del discorso pubblico i governati, di nuovo come corpo pensante e non come moltitudine infantilizzata.

Senza partecipazione emotiva e sentimentale dei ceti popolari alla determinazione dell'indirizzo politico, c'è solo la prospettiva di una ulteriore de-costituzionalizzazione dei nostri sempre più scarnificati e burocratizzati ordinamenti democratici. Il vaccino contro questa deriva non necessariamente porterà il nome di costituzione materiale. Ma la duplice funzione da questa assolta è più necessaria che mai: fondare e legittimare politicamente il 'giuridico', fondare e legittimare giuridicamente il 'politico'. Il resto – un *rinnovato compromesso costituzionale* – è 'cronaca'. Seguirà.

Giancarlo Caporali

Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori.
La Costituzione materiale nella prospettiva di una codifica-
zione dei principii di regime

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di tracciare un quadro dell'esperienza accademica e degli scritti minori di Costantino Mortati durante il periodo in cui visse ed operò presso l'Università di Macerata, in special modo come Rettore. Per quel che concerne l'attività scientifica di Mortati si sono esaminati tutti gli scritti minori riferibili al periodo maceratese, allo scopo di delineare la concezione definitiva che Mortati aveva intorno allo Stato, ed in particolare allo Stato fascista, visto che dopo il crollo del Regime nel luglio 1943 il chiaro autore non scriverà più nulla in proposito, neppure con intenti storico-ricostruttivi. Prospettiva in cui assume un peculiare rilievo lo scritto dedicato ad una codificazione dei principii di regime, vale a dire la codificazione di quella che Mortati riteneva essere la costituzione materiale dello Stato fascista.

This work aims to draw a picture of the academic experience and minor writings of Costantino Mortati during the period in which he lived and worked at the University of Macerata, especially as Rector. As regards Mortati's scientific activity, all the minor writings relating to the Macerata period were examined, with the aim of outlining the definitive conception that Mortati had regarding the State, and in particular the fascist State, given that after the collapse of the Regime in July 1943 the clear author would no longer write anything about it, not even with historical-reconstructive intentions. A perspective in which the writing dedicated to a codification of the principles of the regime, that is to say the codification of what Mortati believed to be the material constitution of the fascist state, takes on particular importance.

PAROLE CHIAVE: Costantino Mortati, Macerata, Stato moderno, costituzione, principii di regime.

KEYWORDS: Costantino Mortati, Macerata, modern state, constitution, regime principles.

SOMMARIO: 1. Costantino Mortati a Macerata: l'impegno da Rettore – 2. Gli ultimi sviluppi della concezione mortatiana dello Stato (fascista) e dei principii di regime negli scritti minori maceratesi 1940-1943.

1. *Costantino Mortati a Macerata: l'impegno da Rettore*

Costantino Mortati nasce a Corigliano Calabro il 27 dicembre 1897 da famiglia arbëreshë, ossia di ceppo italo-albanese. Finisce gli studi superiori nel Liceo pareggiato del Collegio italo-albanese di San Demetrio Corone dove ottiene la licenza liceale nel 1910. Intellettualmente curioso e amante degli studi si laurea dapprima in Giurisprudenza a Roma il 14 luglio 1914, poi in Filosofia, il 17 novembre 1917, e successivamente in Scienze politiche, nel 1929. Quest'ultima laurea è conseguita da Mortati quando è già divenuto Primo segretario nel ruolo del Gruppo A della Corte dei Conti nel luglio 1926. Incarico che manterrà fino al 1936 quando vince il concorso per la cattedra di Diritto costituzionale bandita dall'Università di Cagliari. Nel 1927 (1 gennaio) aderisce al Partito Nazionale Fascista¹.

Il periodo maceratese di Mortati, all'epoca straordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di giurisprudenza della Regia Università di Messina, si apre con il trasferimento presso la facoltà di Giurisprudenza di questa Università di Macerata, stesso insegnamento, disposto con decreto del 26 novembre 1939, con decorrenza 1 dicembre 1939².

Trasferimento che in precedenza il Consiglio di Facoltà dell'Ateneo maceratese aveva accettato «*sub conditione* del trasferimento ad altra Università dell'attuale titolare prof. Carlo Esposito», come da comunicazione del Rettore al Ministero dell'Educazione Nazionale del 14 novembre 1939³.

¹ Per più dettagliate notizie biografiche sulla vita e la formazione di Costantino Mortati si veda il meritorio lavoro di F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, (inserito nella collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33), Milano, 1990, pp. 187 ss.

² Come da comunicazione del Ministro al Rettore, datata 3 dicembre 1939, prot. 27274, contenuta nel fascicolo personale del prof. Mortati.

³ Comunicazione contenuta anch'essa nel fascicolo personale del prof. Mortati.

Il disposto trasferimento del prof. Esposito a Camerino, da questi consentito, apre dunque a Mortati lo spazio per il suo arrivo a Macerata.

Poco dopo, avendo compiuto il 16 dicembre 1939 il triennio solare d'insegnamento, Mortati viene sottoposto al giudizio per il conseguimento dell'ordinariato, con obbligo per il Consiglio dei professori di inviare al Ministero, «non più tardi del 1 gennaio 1940, la motivata relazione» di propria competenza⁴.

Mortati dunque consegue l'ordinariato a Macerata, giudicato da una Commissione presieduta dal prof. Sergio Panunzio, che era già stato Presidente della Commissione per il concorso a cattedra del 1936 e a cui Mortati fu costantemente legato da sentimenti di riconoscenza, di stima e di amicizia, tanto da ospitarlo, ormai cieco, in casa propria a Roma nel periodo immediatamente successivo alla liberazione⁵.

Il periodo maceratese di Mortati si chiude infine con il trasferimento alla cattedra di Istituzioni di diritto pubblico, presso l'Istituto universitario navale di Napoli, disposta con decreto del 14 novembre 1942, con decorrenza 1 dicembre 1942 (comunicato con Nota del 23 novembre 1942)⁶. Trasferimento accettato da Mortati con propria comunicazione al Ministro del 25 novembre 1942⁷.

Peraltro si tratta di un trasferimento che presenta innegabili caratteri di anomalia, anzi sembra nascondere un piccolo “giallo”.

Dall'Archivio dell'Università emergono infatti documenti che pongono non pochi interrogativi.

Come si dirà Mortati era stato nominato Rettore per il biennio 1 novembre 1940 - 31 ottobre 1942 con Decreto Reale dell'ottobre 1940. In data 21 ottobre 1942, a firma del ministro dell'Educazione Nazionale Giuseppe Bottai, viene inviata

⁴ Come da comunicazione del Ministro al Rettore, datata 3 gennaio 1940, prot. 47, contenuta nel fascicolo personale del prof. Mortati.

⁵ Per questa notizia Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 197.

⁶ Come da comunicazione del Ministro al Rettore, datata 23 novembre 1942, prot. 3784, contenuta nel fascicolo personale del prof. Mortati.

⁷ Comunicazione pure questa contenuta nel fascicolo personale del prof. Mortati.

comunicazione di conferma nell'ufficio di Rettore per il biennio 1 novembre 1942 - 31 ottobre 1944 dal seguente tenore: «Mi compiaccio comunicarvi che, con Decreto Reale in corso, siete confermato, su mia proposta Rettore di codesta Università per il biennio 1942-1943 e 1943-1944. Confido che la Vostra opera, corrisponderà, come per il passato, pienamente alle alte direttive del Regime e alle esigenze di codesto Ateneo»⁸.

Comunicazione a cui Mortati risponde con missiva al Ministro del 27 ottobre 1942 in cui scrive: «Vi sono vivamente grato per la prova di fiducia che avete voluto accordarmi, proponendomi per la conferma nella carica di Rettore di questa Università, da me tenuta nel decorso biennio. Vi assicuro che ogni mia cura sarà dedicata all'elevamento di questo Ateneo in conformità alle alte direttive del Regime»⁹.

Il giorno seguente, 28 ottobre 1942, Mortati ringrazia anche il prefetto della Provincia di Macerata Giovanni Alessandri, dicendosi «vivamente grato per la cortese comunicazione relativa alla mia conferma alla carica di Rettore e alle espressioni di compiacimento con cui avete voluto accompagnarla» e confidando nel suo «autorevole appoggio per l'espletamento della mia opera rivolta al potenziamento di questo antico Studio»¹⁰.

In data 17 novembre 1942 Mortati è un Rettore nel pieno delle sue funzioni, presiedendo il suo ultimo Consiglio di Amministrazione.

La comunicazione del trasferimento, datata 23 novembre 1942, con decorrenza 1 dicembre 1942 è dunque un fulmine a ciel sereno che induce a chiedersi la ragione del detto trasferimento, potendo farsi più ipotesi, in mancanza di una qualunque documentazione che chiarisca la circostanza, anche se, a dirla sinceramente, sembrerebbe doversi propendere non tanto per un trasferimento su richiesta dell'interessato, magari per avvicini-

⁸ Comunicazione del Ministero dell'Educazione Nazionale del 21 ottobre 1942, prot. 9412 (?), a firma del ministro Bottai. Fatto che segnala il rilievo della comunicazione, visto che le altre risultano firmate d'ordine.

⁹ Missiva indirizzata al Ministro, datata 27 ottobre 1942, prot. 736, a firma Mortati.

¹⁰ Velina, datata 28 ottobre 1942, senza firma, contenuta nel fascicolo personale del prof. Mortati.

narsi a Roma, quanto piuttosto per un trasferimento motivato da altra ragione, forse un trasferimento punitivo, sia perché il detto trasferimento avviene repentinamente ad anno accademico già iniziato sia perché l'Istituto universitario navale non pare sede adeguata per il trasferimento di un Rettore in carica, quale era Mortati in quel momento.

L'ultimo atto di Mortati a Macerata viene compiuto il giorno 8 dicembre 1942 nella sede del Rettorato con la consegna al nuovo rettore Antonino Coniglio dei titoli e valori dell'Università, nonché dell'accertamento del conto di cassa. Dal suo predecessore Enrico Bassanelli, Mortati aveva ricevuto titoli e valori per complessivi £ 1.726.516,46, lascia al suo successore titoli e valori per £ 2.414.124,91¹¹.

Il *cursus honorum* di Mortati presso l'Università di Macerata è rapidissimo. Non appena ordinario viene nominato membro del Consiglio di Amministrazione dell'Università (incarico poi lasciato con la nomina a Rettore) e di lì a poco, su proposta del ministro per l'Educazione Nazionale Bottai, con Decreto Reale, Rettore, a far data dal 1 novembre 1940, per l'anno accademico 1940-1941 e 1941-1942, il 651° dalla fondazione dello Studio¹².

Mortati riceve la disponibilità dei titoli e valori dell'Università in data 29 ottobre 1940 e giura come Rettore, il giorno 8 novembre 1940, presso la Regia Provincia di Macerata alla presenza del Prefetto Luigi Vanvitelli e di altri due testimoni (il vice prefetto Luigi Pisanò e il direttore amministrativo Ivo Mattucci), recitando la formula di rito¹³.

Ufficio che, come detto, lascerà con decorrenza 1 dicembre 1942¹⁴.

¹¹ Si vedano in proposito rispettivamente il Verbale di consegna titoli e valori del 29 ottobre 1940 e quello dell'8 dicembre 1942.

¹² In proposito si veda la Comunicazione del Ministero dell'Educazione Nazionale del 19 ottobre 1940, n. 3611, senza firma autografa.

¹³ In merito si può vedere la copia conforme del Verbale di giuramento, con la formula di rito, rilasciata dalla Prefettura su richiesta dell'Università e conservata in archivio.

¹⁴ Risulta pertanto errato quanto indicato in *L'Università di Macerata nell'Italia unita (1861-1966)*, a cura di L. Pomante, Macerata, 2012, p. 627. Mortati non è stato Rettore dal 1 novembre 1940 al 31 ottobre 1942, ma dal 1 novembre 1940

Importante per comprendere il contesto e l'azione di Mortati è la *Relazione* per l'inaugurazione dell'Anno Accademico 1940-1941¹⁵ che colpisce sotto un duplice profilo, da un lato perché evidenzia una prosa davvero efficace, palesando un completo sostanziale allineamento con le scelte del Governo, dall'altro perché contiene la cifra dell'impegno che Mortati profonderà nel suo biennio da Rettore, come confermato dall'esame sia dei Decreti rettorali adottati, molto pochi e di scarsa importanza, sia soprattutto dei verbali del Consiglio di Amministrazione dell'Università relativi a detto biennio.

Infatti all'epoca i Decreti rettorali avevano essenzialmente lo scopo di recepire e manifestare all'esterno talune decisioni del Consiglio di Amministrazione, vero organo deliberativo dell'Università, all'interno del quale il Rettore era chiamato a far sentire la sua guida e dispiegare la sua influenza.

Quanto al primo aspetto la *Relazione* è animata da un alto senso di fedeltà alla Patria e al Regime «nell'ora – come viene detto – piena di fato che attraversiamo», cioè l'ora (per vero disgraziata) dell'entrata in guerra dell'Italia, da Mortati accolta osservandosi che «l'evento, che da quanti avevano consapevolezza della posizione fatta dal destino alla nostra Patria ... si è compiuto. La «Grande Proletaria» si è mossa; le armi sono state impugnate in un durissimo cimento, che, mentre riafferma le virtù guerriere della nostra stirpe, mostra la maturità dell'Italia ad assumere una posizione direttiva, ad intraprendere quella missione mondiale, profetizzata dal vaticinio dei poeti e dei martiri del riscatto italico, ispirata dalla tradizione immortale di Roma, voluta dal genio del Duce, che di questa «itala gente dalle molte vite», di questo «popolo di navigatori, di poeti, di

al 30 novembre 1942. Nel predetto volume dopo Mortati compare poi come rettore Luigi Nina dal 1 novembre 1945 al 31 ottobre 1953, risultando completamente pretermesso il rettore Antonino Coniglio, successore di Mortati per il biennio dal 1 dicembre 1942 al 31 ottobre 1944.

¹⁵ *Relazione del Rettore Prof. Costantino Mortati per l'inaugurazione dell'Anno Accademico 1940-1941 - XIX*, in *Annuario 1941*, pp. 5-15, ora anche in *L'Università di Macerata nell'Italia unita (1861-1966)*, cit., pp. 631 ss. La relazione per l'anno accademico 1941-1942 è invece attualmente non reperibile a causa del riordinamento del Polo bibliotecario, a cagione della quale l'Annuario 1942 ad ora risulta introvabile.

soldati e di santi», seppe «fare una energia sola, e lanciarla alla conquista dell'avvenire»¹⁶.

Difesa tale scelta, sostenendo «la giustezza dei motivi che ci hanno costretto a scendere in campo», affermata la «necessità di dare al mondo assetato di pace un ordine stabile, che, per essere fondato nella giustizia, solo può soddisfare a quella aspirazione», Mortati nel prosieguito ci rivela anche qualcosa delle ragioni che nel 1927 lo avevano spinto ad aderire al Fascismo laddove stigmatizza la «insufficienza dei regimi liberali a contenere le nuove esigenze di vita associata negli schemi congegnati per una struttura sociale ed una realtà politica assolutamente diverse da quelle sopravvenute, (da cui) nacque il bisogno di un nuovo ordinamento dei rapporti sociali»¹⁷.

Richiamato «il senso della responsabilità sorgente dalla nuova posizione assunta dall'Italia nel mondo», che deve alimentare «la consapevolezza dei doveri che l'Impero, riapparso sui colli fatali di Roma, impone», la *Relazione*, per quest'aspetto, si chiude, secondo la miglior retorica del regime, con l'auspicio che «i giovani camerati», «temprati nella preparazione delle armi e in quella della scienza», possano «essere sempre ispirati da un intento: quello di realizzare» in se stessi, «nel modo più perfetto, l'ideale tipo dell'italiano nuovo, sintesi di pensiero e di azione, l'italiano di Mussolini»¹⁸.

Mortati mostra così di essere fedele all'incarico che ha ricevuto e alla fiducia che gli è stata accordata. Difficile aspettarsi qualcosa di diverso, anche se stupisce la proclamata «sicurezza che ci arride dell'esito vittorioso dell'aspra impresa»¹⁹. Evidentemente la propaganda del regime aveva fatto breccia anche nelle menti più illuminate del partito.

Per quel che qui interessa, di maggior rilievo appare la *Relazione* laddove individua gli obiettivi dell'azione che Mortati intende dispiegare.

Rallegratosi per «l'andamento delle immatricolazioni, che da qualche anno segna una curva costantemente ascendente e

¹⁶ *Relazione*, cit., p. 631.

¹⁷ Ivi, p. 631.

¹⁸ Ivi, pp. 632 e 638.

¹⁹ Ivi, p. 631.

che quest'anno ha toccato un massimo di 80, con previsione di ulteriore aumento, superando così di più del doppio il numero raggiunto nello scorso anno»²⁰ (il che ci consegna tutta la differenza con l'oggi, all'epoca l'Università di Macerata contava la sola Facoltà di Giurisprudenza), Mortati dichiara il suo massimo impegno per l'ampliamento dell'Ateneo maceratese con l'istituzione di una nuova facoltà (si trattava quasi sicuramente della Facoltà di Scienze politiche, la cui promozione era fortemente voluta dal Fascismo), la cui necessità era stata riconosciuta dal Ministro per l'Educazione Nazionale, sottolineando il suo «intento di riprendere senza indugio – sempre d'accordo con le autorità locali – l'iniziativa, allo scopo di ottenere che l'aspirazione della nostra Università si realizzi»²¹.

Nei verbali del Consiglio di Amministrazione, tuttavia, mai una volta si dà un qualche aggiornamento sull'argomento, neppure nelle comunicazioni del Rettore, sicché si deve pensare ad un suo definitivo accantonamento a causa del conflitto in atto.

Accanto a questo nella *Relazione* spiccano altri due obiettivi che invece saranno effettivamente centrati da Mortati nel suo biennio da Rettore: tanto la gestione dei beni dell'eredità Tommaso Primavera e l'avvio dell'attività della Fondazione allo stesso intitolata, essendo a quel momento in corso di pubblicazione presso il Ministero della Giustizia il Decreto Reale di accettazione della eredità come pure quello di approvazione dello Statuto della Fondazione; quanto soprattutto quello di dare corso e corpo all'iniziativa del suo «predecessore per dare un più decoroso assetto alla Casa dello studente, e consentire che essa adempia alla più importante delle funzioni sue proprie: quella di ospitare in modo igienico ed economico i giovani che affluiscono qui da altre città»²².

Istituzione che a ragione porta il suo nome e che costituisce il lascito più meritorio del suo rettorato.

Quanto alla "Eredità Primavera", l'impegno di Mortati è immediato, rappresentando già nel C.d.A. del 17 novembre 1940

²⁰ Ivi, p. 633.

²¹ Ivi, p. 634.

²² Ivi, pp. 634 e 637.

la necessità, in attesa del compimento dell'*iter* burocratico, di dare incarico ad «un agente rurale che svolga una opera di vigilanza nei riguardi dell'amministrazione dei fondi attualmente tenuta dalla usufruttuaria». Agente individuato nel sig. Banattini (?) Angelo di Montefano, dove erano ubicati i predetti fondi, la cui nomina viene dal C.d.A. approvata, in attesa dell'accettazione del medesimo²³.

A seguito della pubblicazione dei decreti di accettazione dell'eredità e di erezione in Ente morale della "Fondazione Cristina Volponi e Francesco e Tommaso Primavera", nel Consiglio di Amministrazione dell'11 dicembre 1940, Mortati propone e il C.d.A. approva, sia la restituzione di un debito contratto da Tommaso Primavera con il Monte dei crediti su pegni, gestito dall'Ente comunale di assistenza del Comune di Montefano per un importo pari a £ 2.036,30 sia una generosa elargizione di £ 4.450 «per la restituzione gratuita agli interessati meno abbienti dei pegni esistenti alla morte dello stesso Primavera», essendo stata tale somma da questi più volte promessa e al momento sollecitata sia dal Podestà sia dal Segretario politico del Comune di Montefano. Inoltre, nella stessa seduta, viene deliberata l'apposizione nell'atrio di accesso dell'Università di una lapide a ricordo di Salvatore Ramovecchi e Tommaso Primavera, ambedue benefattori dell'Università²⁴.

Ancora l'Eredità Primavera riguardano due deliberazioni assunte nella seduta del C.d.A. del 13 febbraio 1941 che concernono da un lato l'estinzione anticipata di un prestito e relativa ipoteca per un mutuo di £ 30.000 contratto dalla sig.ra Pia Vallonica con il sig. Tommaso Primavera e dall'altro l'aumento dell'assegno mensile da corrispondere alla contessa Cristina Volponi, ved. Primavera.

Richieste su cui il C.d.A. vota favorevolmente, pur riservandosi di determinare, a seguito di più precisi conteggi, l'entità dell'aumento da riconoscere alla vedova Primavera.

²³ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione dell'11 novembre 1940, in *Libro verbali*, pp. 42-43.

²⁴ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione dell'11 dicembre 1940, in *Libro verbali*, pp. 59-60.

Nella vicenda della Fondazione Primavera, tutt'ora esistente e operante all'interno dell'Ateneo, Mortati, pur entrando in corso d'opera, si dimostra prudente amministratore, riuscendo a chiudere tutte le partite in sospeso concernenti i beni ereditari e così assicurando al neo costituito Ente morale di procedere, senza intralci, al perseguimento delle sue finalità.

Per la Casa dello Studente viceversa le cose stanno molto diversamente, perché se è vero che non è un'idea di Mortati, ma del suo predecessore, essendo già intervenuta la concessione da parte del Ministero per l'Educazione Nazionale di un contributo straordinario di £ 100.000, nondimeno è al suo costante impegno che se ne deve la realizzazione.

Per vero era certamente un obiettivo del regime, trasfuso in apposite leggi, quello di aiutare gli studenti meno abbienti come dimostra il fatto che non c'è Consiglio di Amministrazione, compresi tutti quelli del periodo mortatiano, in cui non vengano approvate decine di richieste di esonero da tasse e soprattasse universitarie per i figli di famiglie numerose, per gli orfani di guerra e per i figli dei richiamati, ma in Mortati a questo si salda una viva attenzione per l'esigenza di aumentare il benessere degli studenti fuori sede, allo scopo primario di facilitarne gli studi, forse perché egli stesso, in gioventù, aveva vissuto i disagi degli studenti costretti a studiare lontano da casa.

Dati importanti per ricostruire il diuturno impegno di Mortati in proposito, si ricavano a partire dal C.d.A. del 16 settembre 1941 in cui viene fatto il punto sullo "stato dell'arte".

Mortati nel relazionare il Consiglio ricorda che, ritenuta ormai insufficiente la soluzione di affittare alloggi per gli studenti, si era optato per la costruzione *ex novo* di una Casa per lo Studente. Precisa, però, che nelle more della realizzazione del progetto, gli era capitato di imbattersi in un fabbricato in stato di avanzata costruzione, in zona adiacente a piazzale della Vittoria e che, avendo preso contatto con la ditta costruttrice era riuscito a strappare un prezzo di acquisto di £ 970.000, da pagarsi ratealmente. Tale trattativa non era, però, potuta proseguire per l'intervento del Prefetto e delle altre Autorità locali che esigevano che il fabbricato fosse «destinato a civile abitazione». Non potendo opporsi a tali pressioni aveva tuttavia ottenuto la «so-

lenne promessa» da parte delle precitate Autorità che avrebbero facilitato l'acquisizione delle aree destinate per la costruzione *ex novo* della Casa dello studente, mentre la ditta con cui aveva svolto la trattativa si era impegnata a realizzare la costruzione ad un prezzo «corrispondente a quello che sarebbe stato richiesto per quella in piazzale della Vittoria». Aree che erano state contestualmente individuate in un fabbricato del “Ricreatorio Castelfidardo” di proprietà del Patronato scolastico con le relative pertinenze, affacciantesi su Viale Umberto I e in un terreno di proprietà del Comune ad esse contiguo²⁵.

Il vero personale apporto di Mortati all'opera sta tuttavia nell'ideazione del piano di finanziamento dell'opera e del suo affidamento a trattativa privata con la ditta di Macerata Rasponi, Ederli e Montecchiari con cui aveva costantemente e proficuamente interloquuto. Redatto il progetto dall'arch. ing. Piero Micozzi Ferri di Macerata, definito il prezzo complessivo dell'opera in £ 1.060.000-1.090.000, Mortati, grazie ai suoi alti contatti e dopo aver già avanzato richieste di massima, informa il Consiglio di ritenere che l'opera possa essere finanziata «con la somma di £ 100.000, già concessa dal Ministero per l'Educazione nazionale; con la somma di £ 100.000 messa a disposizione dal Capo del Governo; con la somma di £ 100.000 concessa dalla Direzione del Partito Nazionale Fascista; con la somma di £ 20.000 messa disposizione dal Ministero delle Corporazioni; con la somma di £ 770.000 concessa dal Ministero dell'Educazione nazionale sul provento della sopratassa speciale di cui alla legge 18 gennaio 1939, n. 226», vale a dire a costo zero per l'Università. Udita la relazione del Rettore il Consiglio, in detta seduta, «unanime delibera di approvare la costruzione della Casa dello studente secondo il progetto redatto [...]; di chiedere al Ministero dell'Educazione Nazionale [...] l'autorizzazione di procedere all'appalto dei lavori mediante trattativa privata [...]; di chiedere al Ministero dell'Educazione Nazionale che voglia disporre l'assegnazione di un contributo straordinario di £ 770.000 sul fondo [...] di cui alla Legge 16 gennaio 1939,

²⁵ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione dell'16 settembre 1941, in *Libro verbali*, pp. 84-86.

n. 226, ripartendo tale assegnazione in tre esercizi finanziari a decorrere da quello corrente 1940-41 [...]»²⁶.

Dal Verbale del Consiglio di Amministrazione del 24 ottobre 1941 si apprende che a seguito della deliberazione del C.d.A. del 16 settembre la Ditta costruttrice aveva sottoscritto l'impegno per la costruzione della Casa dello studente per l'importo di £ 1.060.000, impegno valido per 30 giorni dalla data di sottoscrizione, addossando, però, all'Università gli eventuali aumenti di prezzo per le materie prime, come il ferro, che a causa della guerra, stavano diventando di difficile reperimento; che Mortati avrebbe voluto dar corso all'inizio dei lavori, anche prima dell'assegnazione del contributo straordinario da parte del Ministero; che viceversa il C.d.A. assumeva una posizione più prudente stabilendo fosse più «opportuno attendere per l'inizio dei lavori che fosse disposta l'assegnazione per l'esercizio in corso», incaricando il Rettore «di prendere accordi con la Ditta costruttrice perché la validità dell'impegno da essa assunto sia prorogata fino a quando tale assegnazione non sia stata decisa dal superiore Ministero»²⁷.

Un passo avanti nella vicenda si registra nella seduta del C.d.A. del 16 dicembre 1941 – mantenendosi così, a distanza di pochi mesi, la «solenne promessa» in precedenza formulata dalle Autorità locali al Rettore – in cui Mortati comunica che sono arrivate sia la delibera del Comando Federale della Gioventù italiana del Littorio nonché quella del Comando Generale della G.I.L., da cui dipendeva il Patronato scolastico di assistenza, per la vendita del “Ricreatorio Castelfidardo” con l'area annessa per il prezzo di £ 15.000, sia la cessione gratuita dell'adiacente terreno comunale adibito a quel momento a parte del cortile della scuola elementare E. de Amicis. Comunicazione a seguito della quale il Consiglio delibera sia l'acquisto degli immobili del Patronato per l'importo richiesto sia l'accettazione della cessione da parte del Comune, incaricando il Rettore della stipula dei relativi contratti²⁸.

²⁶ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 settembre 1941, in *Libro verbali*, pp. 87-88.

²⁷ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione del 24 ottobre 1941, in *Libro verbali*, pp. 90-91.

²⁸ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 dicembre 1941, in

Finalmente, dopo non pochi ulteriori assestamenti, la vicenda si avvia ad una positiva soluzione, come da verbale del C.d.A. del 13 maggio 1942. In detta seduta Mortati comunica che il «Ministero con lettera del 6 maggio 1942, subordinatamente alla regolare costituzione di un Consorzio per le opere relative al funzionamento, ha dato l'autorizzazione per la costruzione della Casa dello Studente, secondo il progetto trasmesso [...] per la somma di lire 1.365.000, concedendo un contributo di lire un milione in esso» comprese le somme già assegnate.

Per rendere ragione del nuovo differente importo, assai più alto di quello in precedenza concordato, Mortati riferisce che la ditta Rasponi, Ederli e Montecchiari, a cui in precedenza si era deliberato di assegnare i lavori, non era più operativa, perché taluni dei componenti erano stati richiamati al fronte; che Ederli Giuseppe, unico rimasto della precedente ditta, si era fatto avanti insieme al fratello Secondo e ai sig.ri Monticelli Natale e Rita Bruno per assumere il lavoro, ma con un aumento del prezzo, a causa dell'incremento dei costi delle materie prime e di alcune variazioni di progetto nel frattempo intervenute; che tuttavia il solo Ederli Giuseppe era iscritto nell'Albo degli appaltatori delle opere pubbliche e che quindi l'appalto avrebbe potuto essere attribuito soltanto allo stesso, tenendo gli altri come coobbligati in solido per l'esecuzione dei lavori. A tal proposito, onde evitare un'interruzione dei lavori, Mortati ritiene che sia in ogni caso opportuno nominare un appaltatore supplente, individuato nel geom. Ederli Edilio, presentando lo stesso ampie garanzie di solvibilità. Viste le proposte del Rettore il Consiglio delibera di appaltare i lavori ai sunnominati signori, «con la riserva che la responsabilità dell'appalto debba attribuirsi pel momento al solo Ederli Giuseppe»; di nominare il sig. Ederli Edilio appaltatore supplente; di stabilire il prezzo in £ 1.365.000, da pagarsi secondo l'avanzamento dei lavori e per una parte anche dopo la loro ultimazione; di porre a carico della Ditta tutte «le spese dell'atto di appalto e conseguenziali»; di incaricare il Rettore di stipulare il contratto di appalto «con facoltà di introdurre nel medesimo gli altri patti e condizioni che riterrà migliori»,

rinunziando «alla prestazione della cauzione»; di affidare «la direzione e la sorveglianza dei lavori, per conto dell'Università, all'Ingegnere Capo del Genio Civile»²⁹.

Gli ultimi due Consigli di Mortati come Rettore, quello del 16 giugno 1942 e quello del 17 novembre 1942, per quel che concerne la Casa dello Studente, sono dedicati da Mortati ad ottenere l'autorizzazione affinché l'Università, come richiesto dal Ministero, partecipi al costituendo Consorzio per l'arredamento ed il funzionamento della Casa dello Studente, chiedendo tanto un contributo iniziale di £ 100.000 da iscriversi per la somma di £ 50.000 rispettivamente nel bilancio 1941-42 e in quello 1942-43, quanto l'approvazione dello schema dell'atto costitutivo e dello Statuto del costituendo Consorzio, conseguentemente assumendo l'Università tutti gli obblighi in essi contenuti. Richieste ambedue accolte dal C.d.A.³⁰.

Mortati lascerà il primo dicembre 1942, quindi poco dopo aver compiuto gli ultimi atti necessari a concludere l'*iter* formale di realizzazione della Casa dello Studente. Naturale pertanto che la stessa sia a lui intitolata per le difficoltà superate e per gli sforzi profusi, primo fra tutti quello diretto all'ottenimento dell'ingente contributo di £ 1.000.000 che si deve ai suoi importanti contatti con il Governo ed il Partito.

Nel ricordare il biennio di rettorato di Mortati non ci si può esimere da una qualche spigolatura sui rapporti avuti con il personale dipendente, improntati ad una certa attenzione alle condizioni di vita dello stesso.

Relativamente al personale "subalterno" spiccano tre nominativi (probabilmente molto noti agli studenti dell'epoca): il bidello Isidoro Aprilesi, il custode Giuseppe Cingolani e l'addetto alla distribuzione libri in biblioteca Armando Rambozzi, destinatari di numerose provvidenze, sotto forma di premi di operosità, sussidi, indennità vestiario e persino di ricalcolo delle ore di straordinario per importi variabili da £ 400 a £ 600 od anche ad un compenso di £ 1.500 annue lorde, talvolta espres-

²⁹ Come da Verbale del Consiglio di Amministrazione del 13 maggio 1942, in *Libro verbali*, pp. 111-113.

³⁰ Come da Verbali del Consiglio di Amministrazione del 16 giugno 1942 e 17 novembre 1942, in *Libro verbali*, pp. 115 e 123.

samente motivate con le disagiate condizioni economiche in cui si trovavano i detti subalterni³¹.

Mentre non si può non stigmatizzare l'eccessiva larghezza delle concessioni economiche fatte ai due direttori amministrativi succedutesi in Ateneo nel biennio di rettorato di Mortati, vale a dire il dott. Ivo Mattucci e il dott. Giulio Mollame, ai quali vengono riconosciute, indipendentemente dallo stipendio e dagli altri emolumenti percepiti dal Ministero, essendo incardinati nei ruoli ministeriali, al primo £ 2.400 per la direzione della Biblioteca, più una indennità *ad personam* di £ 3.000, più un premio di rendimento di £ 1.000³²; al secondo £ 4.430 «a titolo di scorporamento per spese straordinarie da lui sostenute nel periodo 1 marzo - 30 giugno 1942 in conseguenza del suo trasferimento da Bologna a Macerata», più £ 4.000 come indennità *ad personam*, da elevarsi a £ 5.000 dal 1 luglio 1942, più, non diversamente dal predecessore, £ 2.400 per la direzione della Biblioteca³³.

Come è facile rilevare una cattiva ed ingiustificata pratica che, per vero, ad oggi non si è riusciti ad estirpare.

2. *Gli ultimi sviluppi della concezione mortatiana dello Stato (fascista) e dei principii di regime negli scritti minori maceratesi 1940-1943*

L'impegno da Rettore non affievolisce l'attività scientifica di Mortati come dimostrano i plurimi scritti riferibili al periodo maceratese, primo fra tutti il libro, notissimo, "*La Costituzione*

³¹ Si vedano, ad esempio, il Verbale del Consiglio di Amministrazione dell'11 novembre 1940, in *Libro verbali*, pp. 46-47, in cui una parte del premio di operosità non potuto godere a causa del richiamo alle armi viene ugualmente concesso a titolo di sussidio; il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 27 giugno 1941, in *Libro verbali*, p. 77; il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 settembre 1941, in *Libro verbali*, p. 81; il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 4 febbraio 1942, in *Libro verbali*, p. 110; il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 giugno 1942, in *Libro verbali*, p. 121.

³² In proposito si vedano il Verbale del Consiglio di Amministrazione dell'11 dicembre 1940, in *Libro verbali*, p. 61 e il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 27 giugno 1941, in *Libro verbali*, p. 77.

³³ Si veda in tal senso il Verbale del Consiglio di Amministrazione del 16 giugno 1942, in *Libro verbali*, p. 122.

in senso materiale”, pubblicato in concomitanza con i lavori della Commissione per il suo ordinariato³⁴.

Accanto a questo possono indicarsi due articoli in tema di funzioni del Gran Consiglio del fascismo: il primo intitolato *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*³⁵, il secondo *Sulla partecipazione del Gran Consiglio del fascismo alla determinazione dell'indirizzo politico*³⁶. Si tratta di due lavori che si inscrivono in una vivace polemica con Biscaretti di Ruffia, iniziata da Mortati, con il primo dei detti scritti, a mezzo del quale erano stati mossi dei rilievi, di natura prevalentemente metodologica, intorno ad un volume dedicato alle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo³⁷. Rilievi a cui Biscaretti aveva ribattuto³⁸, innescando l'ulteriore risposta di Mortati, con il secondo dei richiamati scritti.

Due le recensioni pubblicate in questo periodo: una al volume di Antonino Origone³⁹ *La riforma della rappresentanza politica in Italia*⁴⁰, l'altra alla ristampa di un libro di Federico Persico⁴¹ del 1885, divenuto nel frattempo introvabile, dal titolo *Le rappresentanze politiche ed amministrative*⁴².

Decisamente di maggior rilievo sono i due saggi pubblicati negli anni 1940 e 1941, intitolati rispettivamente *Esecutivo e*

³⁴ C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 233.

³⁵ C. Mortati, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, in «Archivio giuridico “Filippo Serafini”», 125, 1, 1941, pp. 96 ss., ristampato ora in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, Milano 1972, IV vol., pp. 519 ss.

³⁶ C. Mortati, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio del fascismo alla determinazione dell'indirizzo politico*, in «Archivio giuridico “Filippo Serafini”», 128, 1, 1942, pp. 63 ss.

³⁷ P. Biscaretti di Ruffia, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, Milano, 1940, pp. VIII-138.

³⁸ P. Biscaretti di Ruffia, *Le attribuzioni del Gran Consiglio secondo la dottrina e la prassi più recente*, in «Archivio giuridico “Filippo Serafini”», 126, 2, 1941, pp. 1 ss.

³⁹ A. Origone, *La riforma della rappresentanza politica in Italia*, Milano, 1940, pp. VII-104.

⁴⁰ C. Mortati, *Recensione di A. Origone, La riforma della rappresentanza politica in Italia*, in «Archivio giuridico “Filippo Serafini”», 125, 1, 1941, pp. 115 ss.

⁴¹ F. Persico, *Le rappresentanze politiche ed amministrative* (Edizione «Gufo» di Mario Fiorentino), Napoli, 1942, pp. 217.

⁴² C. Mortati, *Recensione di F. Persico, Le rappresentanze politiche ed amministrative*, in «Annali della Regia Università di Macerata», XV, 1941, pp. 207 ss.

*legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*⁴³ e *Sulla posizione del partito nello Stato*⁴⁴.

A questi deve aggiungersi un ulteriore lavoro dal titolo *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto*⁴⁵ che, sebbene pubblicato nel 1943, quando Mortati aveva già lasciato Macerata, per le ragioni di cui si dirà *infra*, deve ritenersi a pieno titolo riconducibile al periodo maceratese. Mentre la stessa cosa non sembra potersi con sicurezza affermare dell'ulteriore articolo pubblicato nel 1943 su *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*⁴⁶.

Si tratta di scritti estremamente preziosi perché nel loro insieme contengono la concezione definitiva che Mortati aveva intorno allo Stato, ed in particolare allo Stato fascista, visto che dopo il crollo del Regime nel luglio 1943 il chiaro autore non scriverà più nulla in proposito, neppure con intenti storico-ricostruttivi.

Scritti in cui Mortati modifica o precisa idee in precedenza esposte e di cui forse un maggior utilizzo avrebbe potuto essere fatto dalla dottrina che si è sforzata di ricostruirne il pensiero relativamente a quel periodo.

Le due recensioni sopra richiamate, che trattano ambedue il tema della rappresentanza politica, sono, ad esempio, molto interessanti perché rivelano la convinzione di Mortati dell'irreversibile «crisi determinatasi negli Stati ad ordinamento liberale e democratico in seguito all'immissione nelle schiere dei cittadini politicamente attivi di larghe masse popolari, le quali con la eterogeneità della loro composizione sociale rispetto agli altri ceti, o, comunque, con la loro immaturità politica», da un lato

⁴³ C. Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in «Annali della Regia Università di Macerata», vol. XIV, 1940, pp. 52 ss., ora ristampato in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., IV vol., pp. 429 ss.

⁴⁴ C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e Diritto», 4-5, 1941, pp. 3-20, ora ristampato in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., IV vol., pp. 495 ss.

⁴⁵ C. Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto*, in *Studi sui principii generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1943, pp. 107-136, ora ristampato in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., II vol., pp. 663 ss.

⁴⁶ C. Mortati, *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*, Pisa, 1943, ora ristampato in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., IV vol., pp. 553 ss.

avevano fatto «venir meno i presupposti sui quali poggiavano i regimi rappresentativi», dall'altro avevano messo il nuovo Stato, che andava «faticosamente sorgendo da un travaglio ormai secolare, di fronte al compito, derivante dalla stessa essenza degli ordinamenti moderni, per definizione rappresentativi, di creare nuove forme di rappresentanza politica, più adatte di quelle del passato ad esprimere la nuova realtà sociale»⁴⁷.

In questo senso aveva avuto ragione il Persico a ricondurre «l'origine delle forme rappresentative moderne non tanto all'impossibilità materiale della partecipazione diretta dei cittadini all'esercizio del potere pubblico, in conseguenza dell'ingrandirsi degli Stati, quanto alla specificazione avvenuta nelle classi sociali, per il moltiplicarsi delle forme di attività produttiva e per la rilevanza politica da esse acquistata, ed al conseguente bisogno di dare espressione agli interessi comuni alle classi medesime, espressione non desumibile dalle volontà dei singoli appartenenti, come tali». Tuttavia la proposta ricostruzione (da parte del Persico) della rappresentanza politica come rappresentanza degli interessi basata sulla scelta dei gruppi professionali, risultava fallace per l'assoluta inidoneità del congegno rappresentativo da lui ideato a costituire «un organo statale destinato a compiere valutazioni di politica generale», non essendo possibile riconoscere «ai singoli gruppi professionali, che stanno alla base del procedimento rappresentativo proposto [...] l'idoneità di scegliere i migliori, i più capaci non tanto a far valere gli interessi particolari di cui i gruppi stessi sono portatori, quanto soprattutto ad attuare i mezzi di conciliazione degli interessi medesimi con quelli della Nazione nel suo insieme: conciliazione possibile solo sulla base di un'idea politica cioè di una concezione generale delle complessive esigenze dello Stato»⁴⁸.

Con l'introduzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni era viceversa nato, osserva Mortati, un sistema di rappresentanza organica, sulla base della rilevanza attribuita ai gruppi professionali, diretto anche al fine della formazione degli organi legislativi dello Stato, la cui specificità stava, però, nel fatto che

⁴⁷ Cfr. Mortati, *Recensione di F. Persico*, cit., p. 207.

⁴⁸ Ivi, pp. 209 e 211.

i gruppi stessi erano stati «utilizzati a quella funzione solo in quanto permeati di una concezione politica generale, cioè dello spirito politico informatore del Regime, così come era richiesto dal carattere totalitario di questo. Il partito, da un punto di vista di logica politica», avrebbe infatti costituito «il *prius* di questo sistema, in quanto *avrebbe offerto* il criterio primo per l'attribuzione del valore rappresentativo da conferire ai gruppi, e *avrebbe posto* i limiti più generali alla loro azione, la cui osservanza *avrebbe condizionato* la coincidenza dell'azione stessa con gli interessi collettivi»⁴⁹. Questa la ragione ultima della rappresentatività della nuova Camera.

Nella "Recensione" al volume di Origone Mortati ribadisce questa impostazione, muovendo, però, dalla necessità della costruzione di un concetto unitario di rappresentanza politica, capace di «ricondurre ad unità, quali specie di uno stesso genere, il nuovo ordinamento e quelli che lo hanno preceduto»⁵⁰. Omogeneità che avrebbe dovuto rintracciarsi nella «capacità del popolo di esprimere una concezione politica unitaria», visto che «una siffatta capacità può del resto ritenersi propria di ogni ordinamento rappresentativo, com'è messo in rilievo, in modo spiccato, da quelle recenti teorie, che collegano gli istituti di rappresentanza politica alla sussistenza di complessi nazionali omogenei. Pertanto neanche nel sistema dello Statuto il popolo poteva essere preso in considerazione come massa amorfa, bensì doveva apparire ordinato in un'organizzazione selezionata, che è poi quella costituita dal corpo elettorale», individuato su base censitaria. D'altronde «la realtà per conto suo si incaricò di porre, in modo più o meno adeguato secondo il grado di sviluppo politico raggiunto da ogni Stato, gli elementi necessari all'espressione di una volontà unitaria del corpo elettorale. Ciò avvenne attraverso la formazione dei partiti, i quali si inserirono nello Stato come mezzi necessari per la formazione di determinati organi statali, e per garantire il mantenimento dell'attività dei medesimi nell'ambito delle direttive politiche poste dal par-

⁴⁹ Ivi, p. 212.

⁵⁰ In proposito Mortati, *Recensione di A. Origone*, cit., 118.

tito più efficiente»⁵¹. Pertanto «come la limitazione del corpo elettorale a ceti ristretti della popolazione non *faceva* venir meno (se si prescinde, come è giusto fare in sede teorica, da presupposti democratici) il carattere rappresentativo degli istituti che da esso *derivavano*, ugualmente deve ritenersi «quando, come nel sistema vigente da noi, si conferisce una posizione politicamente efficiente solo a date organizzazioni, le quali potrebbero, almeno in ipotesi, raccogliere nel loro seno gruppi limitati della popolazione»⁵².

Viene così ribadito da Mortati che la rappresentatività è «da attribuire a determinati organi dello Stato in confronto ad altri per il nesso diretto in cui essi, per il modo della loro formazione, si trovano rispetto alle forze sociali: politicamente efficienti». La qual cosa rende possibile per il chiaro autore una differenziazione fra gli organi elettivi in ragione «del grado di potere rappresentativo», in dipendenza della «diversa capacità di esprimere il sentimento della collettività organizzata». E poiché «in Italia la capacità massima in questo senso è da assegnare al Capo del governo», è del tutto legittimo che sia questo organo quello «più idoneo alla scelta nel seno dei vari consigli degli individui capaci di adeguare l'indirizzo politico, esplicantesi nella funzione legislativa, alle esigenze della collettività organizzata, della quale egli è capo»⁵³.

Per Mortati quindi un sistema sarebbe rappresentativo quando appare capace di «esprimere una concezione politica unitaria», a prescindere dall'esistenza della libera elezione dell'organo legislativo, purché gli organi definibili come rappresentativi affondino le proprie «radici nel vivo tessuto della vita sociale» e a patto che a questa vita sociale sia data «pienezza di sviluppo e di espressione, affinché i bisogni, che in essa si manifestano, si definiscano, ed attraverso l'opera degli elementi veramente e direttamente rappresentativi, si precisino in aspirazioni e movimenti determinati»⁵⁴, vale a dire una nozione di rappresentanza politica plasmata per uno Stato a partito unico, fortemente mo-

⁵¹ Ivi, p. 119.

⁵² Ivi, pp. 118-119.

⁵³ Ivi, pp. 119-120.

⁵⁴ Così Mortati, *Recensione di F. Persico*, cit., p. 212.

bilitato e capace di promuovere la partecipazione politica delle masse. Al punto di ritenere, seguendo questa impostazione, che sarebbe rappresentativo lo Stato liberale ottocentesco solo perché essendo monoclasse, con il corpo elettorale selezionato su base censitaria, sarebbe stato in grado di esprimere una concezione politica unitaria, con partiti le cui differenze non andavano ad intaccare la complessiva ideologia della classe di cui erano espressione, mentre non sarebbe rappresentativo uno Stato democratico, pluripartitico, quando risulti incapace di realizzare un effettivo *idem sentire de re publica* fra governati e governanti, anche se il corpo rappresentativo scaturisse da libere elezioni.

Quel che può imputarsi a Mortati è l'assoluta confusione fra rappresentanza (la cui fonte è la libera scelta da parte dei singoli cittadini di coloro che dovranno governarli ed in specie dell'organo legislativo) e rappresentatività (che nasce dal comune sentire fra governati e governanti e prescinde dalle elezioni) su cui peraltro gioca abilmente per costruire un concetto di rappresentanza-rappresentativa (si passi l'espressione che però ben si attaglia alla concezione mortatiana) che sarebbe tale solo in un assetto monopartitico (o perlomeno monoclasse), visto che si realizzerebbe solo quando i governati, attraverso il partito mostratosi più efficiente nella competizione sociale, sono in grado di esprimere una concezione politica unitaria che diviene la ragione della formazione degli organi dello Stato, che per questo possiedono carattere rappresentativo⁵⁵.

Il che peraltro in un regime totalitario avviene per definizione, non essendoci canali alternativi alla formazione degli organi dello Stato.

⁵⁵ In senso conforme M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006, p. 199, per il quale l'obiezione che «la teoria di Mortati sarebbe sviluppata con riferimento allo Stato mono-classe, e rifiuterebbe come un non senso l'ipotesi di uno Stato pluralista [...] è sicuramente fondata con riferimento allo stato di elaborazione delle categorie mortatiane nel 1940, ma già insoddisfacente cinque anni dopo, e ancora di più a fronte della successiva trentennale elaborazione. Essa diventa però fondata se per pluralismo si dovesse intendere non uno Stato pluri-classe, ma uno Stato "frammentato" in diversi settori, ognuno dei quali registra il dominio di forze politiche diverse. Questa ipotesi è, effettivamente, estranea alla prospettiva mortatiana».

Lo Stato moderno rappresentativo, nella concezione di Mortati, è dunque un Ente per sua natura politico (non nel senso che si ritrova abitualmente nella manualistica contemporanea cioè capace di perseguire tutti gli interessi della collettività in esso organizzata), ma nel senso di essere necessariamente permeato da una concezione politica unitaria, da una ideologia che sarebbe parte integrante della sua essenza, della sua stessa struttura giuridica, i cui principii tutti i poteri dello Stato sarebbero chiamati ad attuare, perciò stesso risultando rappresentativi.

Mortati infatti è uno strenuo avversario della dottrina, prevalentemente seguita dalla «parte dominante della dottrina tedesca», caratterizzata «dalla concezione c.d. tripartita, o a tre membra, dell'ordinamento giuridico», secondo la quale entrebbero a comporlo: «lo Stato, inteso come pura organizzazione tecnica, e quindi in sé apolitica, di comando, di amministrazione e di giustizia, mero strumento per la realizzazione di fini che lo trascendono; la collettività sociale, puro organismo, fine in sé, fondamento su cui posano le altre parti costitutive dell'ordinamento, ed al cui bene l'azione di queste è rivolta; infine il partito, che unifica Stato e popolo, conferendo all'uno ed all'altro la comune impronta della sua ideologia politica»⁵⁶.

Per vero era stato Lorenz von Stein, sull'impronta di Hegel, a concepire lo Stato come un'idea astratta o, meglio, una pura forma, oggetto di conquista delle classi che sono dominanti all'interno della società, teoria poi continuamente ripresa nell'elaborazione politico-giuridica successiva. Dottrina, quella di von Stein, il cui maggior merito era stato ed è quello di non assorbire la società nello Stato, né supporre la dissoluzione dello Stato nella società, ma di mantenere società e Stato in un costante rapporto dialettico, osservando che lo Stato, quale pura forma, non può né volere, né agire se non attraverso la società ed in special modo attraverso quella classe che, essendo dominante all'interno della compagine societaria, se ne impadronisce. La pura forma dello Stato è impotente di fronte all'ordine sociale concretamente dato, cosicché lo Stato reale altro non è se non

⁵⁶ Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., p. 498.

ciò che la classe dominante cerca di farlo essere, agendo per impadronirsi del potere che ad esso appartiene⁵⁷.

Dottrina che peraltro si attaglia perfettamente a spiegare le vicende della conquista del potere da parte del fascismo, ma a cui Mortati si oppone, per parte sua, dissolvendo l'antagonismo Stato-società con l'assorbire l'elemento politico dominante all'interno dello Stato persona giuridica, tanto da far divenire l'azione di tale elemento azione dello Stato.

Ciò emerge ancor meglio dallo scritto intitolato *Sulla posizione del partito nello Stato* diretto a sostenere la tesi, peraltro all'epoca minoritaria, del partito come organo dello Stato.

Scritto che riprende e approfondisce un tema che era già stato oggetto di specifica attenzione nella recensione al fondamentale libro del suo maestro Sergio Panunzio *Teoria generale dello Stato fascista*⁵⁸ per il quale il partito fascista, partito di massa rivoluzionario, si configurava come un soggetto esterno allo Stato, per sua natura originario che precedeva lo Stato stesso e dal quale questo derivava. Posizione respinta da Mortati che invece rifiutava l'idea di una dualità originaria fra partito e Stato⁵⁹.

Infatti, secondo Mortati, quando con «la creazione degli ordinamenti rappresentativi, si organizzò la parte del popolo ritenuta capace di volontà politica», fu allora che divenne giu-

⁵⁷ L. von Stein, *Storia del movimento sociale in Francia dal 1789 ai nostri giorni* (*Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig, 1850), in *Opere scelte*, antologia a cura di F. Bascone Remiddi, Milano, 1986, pp. 129 ss.

⁵⁸ S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1937, pref. pp. XII-XIII, il quale non escludeva che «per certi e svariati rapporti» il partito potesse farsi organo dello Stato, ma questo senza che ne riuscisse alterato il suo essere partito-istituzione (p. 442).

⁵⁹ C. Mortati, *Per una teoria dello Stato fascista* (recensione a S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*), in «Archivio di Studi corporativi», 10, 1939, pp. 346 ss. Sembra sfuocare la reale posizione di Mortati rispetto al rapporto fra partito fascista e Stato, G. Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, in «Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche Politiche ed Economiche», 52, 4, 2001, p. 408, per il quale Mortati, «in aperto contrasto con coloro che cercavano di incorporare il partito fascista nello Stato, [...] lo relega dapprima tra le condizioni pregiudiziali per il funzionamento del regime, quale istituzione pubblica, per poi riconoscerne (al pari di Oreste Ranalletti) la rilevanza giuridica all'interno della costituzione, senza – però – indulgere all'opinione che lo Stato non sia altro che uno strumento del partito unico».

ridicemente rilevante nel processo di formazione della volontà dello Stato, «il fenomeno, veramente caratteristico della organizzazione statale moderna, consistente nell'inclusione in essa e nella regolamentazione [...] degli elementi che precedono e condizionano nel loro contenuto l'emissione dei comandi veri e propri». E poiché «il partito è precisamente l'organismo sociale, che spontaneamente nasce nel seno dell'amorfo ed indifferenziato corpo elettorale allo scopo di dare ad esso una coscienza politica, nonché la capacità di formare ed esprimere una volontà unitaria, che esso, di per sé, non ha», è del tutto logico doverlo considerare inerente all'organizzazione dello Stato, «in quanto mezzo di esplicazione del compito ad esso attribuito di imprimere all'azione di questo un determinato contenuto politico»⁶⁰.

Se pertanto, osserva Mortati, già il corpo elettorale aveva storicamente assunto, «secondo l'opinione che è da preferire», il «carattere di vero organo dello Stato, mentre i singoli cittadini erano parti costitutive di quest'organo, che perciò veniva ad acquistare carattere collegiale» e se è vero che «nel seno di quest'organo i singoli partiti, che lottano per affermare il loro predominio, corrispondono alle particolari correnti di opinioni, che possono formarsi in ogni organo collegiale», così come è ulteriormente vero che «nel corpo elettorale è il partito che ha ottenuto la maggioranza dei voti che acquista il diritto di introdurre la propria concezione nella vita dello Stato, attraverso quei congegni, esistenti ed operanti [...] che tendono a mantenere, in misura più o meno rigida secondo il grado di organizzazione delle forze politiche, la conformità fra le direttive poste dagli elettori ed i provvedimenti decisi dagli eletti», è allora innegabile che al partito debba riconoscersi quel «carattere di organo dello Stato, che era [...] attribuibile precedentemente al corpo elettorale»⁶¹.

In ogni caso, a suo avviso, il carattere di organo, proprio del partito, apparirebbe «discendere senza dubbio dalla sua funzione, dalla impossibilità di dissociare comunque gli interessi a

⁶⁰ Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., in *Raccolta di scritti di C. Mortati*, cit., pp. 506-507.

⁶¹ Ivi, pp. 507-509.

questa connessi dagli interessi dello Stato», così come avviene tipicamente nello Stato fascista in cui, a tenore dell'art. 3 dello Statuto del P.N.F., la difesa ed il potenziamento della rivoluzione fascista e l'educazione politica degli Italiani, «devono considerarsi non solo fini propri di esso, ma anzi fini supremi»⁶².

Infatti «il motivo di attuare la ideologia» del partito dominante «è, si potrebbe dire, utilizzando una terminologia tecnica, causa giuridica, che condiziona la validità della volizione statale [...] e quindi parte costitutiva di questa»⁶³.

In conclusione, afferma Mortati, «il partito è vero organo dello Stato», e se ciò vale in generale, tale assunto è ancor più rispondente al diritto quando, «in un determinato momento, la legge», come avviene nello Stato fascista, «dia ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di» far valere e veder «realizzata nell'azione statale» la propria concezione politica, senza che a ciò osti il fatto che il partito fascista possa avere un ordinamento autonomo che infatti «è uno dei tanti possibili a presentarsi nella gamma infinita, che l'organizzazione diretta dello Stato può offrire»⁶⁴.

È così posto un altro tassello alla ricostruzione mortatiana dello Stato moderno rappresentativo come Stato il cui tratto giuridicamente caratterizzante è quello di essere strutturalmente ideologico, poiché tanto la concezione politica dominante, quanto il partito che la esprime devono considerarsi suoi elementi giuridici costitutivi, improntandone la volontà e l'azione.

Fatto che, tuttavia, secondo Mortati non è, nello Stato fascista, tale da eliminare il principio della separazione dei poteri che anzi verrebbe conservato nel suo senso più profondo.

Emerge qui un tratto assolutamente singolare della riflessione mortatiana sullo Stato fascista che per lui continuerebbe ad essere riconducibile al tipo dello Stato moderno, inteso come Stato di diritto rappresentativo, basato sul principio della divisione dei poteri.

⁶² Ivi, pp. 510 e 513.

⁶³ Ivi, p. 512.

⁶⁴ Ivi, pp. 509 e 515.

Così conclude Mortati il suo saggio intitolato *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*: «Dei regimi moderni a partito unico quello italiano è il solo che abbia conservato nella sua organizzazione gli elementi essenziali del tipo proprio dello Stato moderno, il solo che abbia saputo conciliare il bisogno di rapidità e di organicità dell'azione statale con la molteplicità e varietà dei congegni attraverso cui essa si svolge, ed abbia così realizzato una forma di rinnovamento, che è stata detta di rivoluzione conservatrice, nella quale si riflette l'equilibrio del genio politico, ben può dirsi romano, del suo artefice»⁶⁵.

Infatti contro il rilievo «che l'unicità del partito» avrebbe condotto «in definitiva a privare di ogni effettiva importanza la divisione dei poteri», veniva osservato che la conseguenza temuta non solo non si sarebbe verificata necessariamente, ma anzi avrebbe dovuto essere «esclusa, quando [...] si presupponga: 1. una data composizione del partito, differenziato nella struttura in modo da assicurare la garanzia dei vari interessi corrispondenti a quelli dei diversi ceti sociali, in esso rappresentati - 2. una tale posizione degli appartenenti al partito, che consenta di considerare questi non come puri soggetti passivi di ordini, ma anche quali portatori e custodi di una fede politica, ed interessati pertanto a farne valere l'osservanza»⁶⁶.

Affermazioni che hanno al fondo una sostanziale ridefinizione del principio di divisione dei poteri (astrattamente inteso «nel senso della persistenza di una pluralità di organi costituzionali, che esercitano il loro potere senza vincoli di dipendenza diretta, in modo che sia possibile il reciproco controllo degli uni sugli altri»⁶⁷), motivata dall'«esistenza di gravi divergenze, a tutti note, nel considerare la separazione dei poteri», verificando «se i motivi e le esigenze storiche che promossero l'affermarsi del principio della separazione dei poteri, al primo costituirsi dei regimi liberi, e ne attuarono una determinata forma di funzionamento, siano così collegati con esso da determinarne, col loro

⁶⁵ Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, cit., p. 93.

⁶⁶ Ivi, p. 92, nota 62.

⁶⁷ Ivi, p. 53, nota 1.

venir meno, la caduta, e se invece non sia possibile enucleare da quelle forme, in parte necessariamente contingenti e caduche, un complesso di elementi, tuttora vitali, suscettibili di essere utilizzati per strutture organizzative statali, provocate da esigenze e ispirate a fini politici parzialmente differenti da quelli che originariamente ne promossero il sorgere»⁶⁸.

Secondo Mortati, dall'esame storico di come si è evoluto il principio di separazione sembrerebbero emergere «due esigenze, che sembrano entrambe necessarie a comporre il sistema» delle relazioni: fra i supremi poteri dello Stato, «quelle della separazione e della coordinazione»⁶⁹.

Per Mortati, quindi, il principio della separazione implicherebbe da un lato che «l'attività dei vari organi si esplichi in modo armonico ed esprima un pensiero politico unitario», essendo pertanto «necessario attuare dei congegni, i quali non si limitino ad assicurare l'esplicarsi di una semplice influenza di fatto di un organo su altri organi, o di una preminenza solamente formale o procedurale, poiché, così limitati, essi mancherebbero di quella continuità ed efficacia, senza delle quali l'unità sarebbe solo provvisoria o apparente», dall'altro che «l'azione dei congegni capaci di attuare tale unità non possa estendersi fino ad un punto, nel quale riesca compromessa la separazione fra i vari organi costituzionali, anch'essa necessaria ove si voglia attuare in modo efficace la sottoposizione dello Stato al diritto»⁷⁰.

Sono così poste da Mortati le basi per ritenere ancora vigenti nello Stato fascista il principio della separazione dei poteri. Conclusione a cui Mortati perviene utilizzando, però, una serie di argomentazioni altamente controvertibili. In primo luogo, negando «il mutamento, che sarebbe stato apportato dal fascismo nel fine dello Stato», fine che secondo alcuni commentatori non avrebbe più ricompreso, «come avveniva in quello liberale, la tutela dei diritti dei cittadini», laddove, a suo avviso, uno degli elementi fondamentali dell'ideologia fascista, che ne «forma il principale suo carattere differenziale rispetto a quello proprio

⁶⁸ Ivi, pp. 54-55.

⁶⁹ Ivi, p. 59.

⁷⁰ *Ibidem*.

dello Stato sovietico», sarebbe consistito proprio «nel riconoscimento, anche di fronte allo Stato, di una sfera di autonomia dei soggetti, sfera di autonomia suscettibile (com'era del resto anche nello stesso Stato liberale) di venire limitata nell'interesse collettivo, con la forma della legge, ma non di essere annullata», dovendo pertanto «ritenersi che lo Stato fascista appartenga, e debba appartenere, per la migliore soddisfazione delle finalità che si son viste ad esso essenziali», a quel tipo di Stato che «conforma la sua azione alla legge»⁷¹.

Di contro a questa tesi dovendosi tuttavia rimarcare come la limitazione dei diritti dei cittadini nello Stato fascista avesse un'intensità e un'ampiezza assai diversa rispetto a quella dello Stato liberale (si pensi solo alle leggi razziali), sicché il parallelo con quest'ultima forma di Stato non appare granché convincente, sebbene sia da apprezzare lo sforzo di voler escludere per il fascismo gli esiti totalitari dello Stato sovietico (e tedesco).

Secondariamente, negando che la riforma costituzionale di cui alla legge n. 129 del 1939 (soppressiva della Camera dei deputati, sostituita con la Camera dei Fasci e delle Corporazioni) avesse apportato un ampliamento della potestà legislativa del Governo, sebbene l'articolo 2 di detta legge stabilisse che «il Senato e la Camera collaborano con il Governo nella formazione della legge». Disposizione di per sé, a suo avviso, non decisiva perché, ad esaminare nel complesso tale legge, non sarebbero comparsi «elementi dai quali potesse riuscire comprovata» la tesi di un accrescimento delle competenze legislative del Governo⁷². Anzi la detta legge non solo non avrebbe accresciuto le competenze di normazione primaria del Governo previste dalla legge 31 gennaio 1926, n. 100, ma le avrebbe ristrette, in particolare avendo ridotto le ipotesi di utilizzo della decretazione d'urgenza, dovendosi ritenere che l'art. 18 della medesima legge avesse tacitamente abrogato la prima parte del n. 2 dell'articolo 3 della legge n. 100, che veniva «richiamato solo per la parte

⁷¹ Ivi, pp. 65-67.

⁷² Ivi, pp. 68-69.

relativa alla procedura di conversione» (in realtà ratifica nel termine massimo di due anni)⁷³.

Solo che la proposta interpretazione mortatiana non solo non era di immediata evidenza (disputandosi se vi fosse o meno abrogazione tacita), ma anche si presentava come una delle possibili interpretazioni dell'art. 18, tanto che nella dottrina dell'epoca veniva ritenuto che tale norma avesse ampliato e non ridotto l'ambito di esercizio della potestà di decretazione d'urgenza⁷⁴.

In terzo luogo negando che la facoltà del Capo del Governo in ordine alla composizione della Camera dei Fasci avrebbe vulnerato il principio della separazione dei poteri. La richiamata legge n. 129/1939 aveva infatti stabilito che la composizione della Camera stessa avvenisse, «anziché per scelta dei partecipanti al Partito, per opera del Capo del Governo, attraverso l'assunzione, direttamente, o indirettamente da lui fatta, alle cariche che *davano* luogo al riconoscimento della qualifica di consigliere nazionale»⁷⁵.

Per Mortati infatti «tanto la nomina quanto la revoca dei membri della Camera (anche se da esse si *fosse voluto* far derivare una responsabilità politica di costoro di fronte all'organo che compie tali atti) non *avrebbero creato* un rapporto di subordinazione, non *avrebbero determinato* un vincolo nella volontà dei medesimi e quindi non *avrebbero soppresso* l'autonomia costituzionale della Camera, così come non l'*avrebbero tolta* al Senato quei poteri, pur essi di competenza del potere esecutivo, diretti a modificare la sua composizione, per adeguarla alla situazione politica del momento»⁷⁶.

Ugualmente, ad avviso di Mortati, non avrebbe alterato il principio di separazione dei poteri il potere attribuito al Capo del Governo di porre direttive politiche dell'azione statale. Secondo lui infatti tali direttive non avrebbero potuto «esplicitarsi

⁷³ Ivi, p. 71.

⁷⁴ Si veda in proposito la dottrina citata in ivi, p. 71, nota 33 e p. 72, nota 36.

⁷⁵ Ivi, p. 78. Apparteneva infatti al Capo del Governo, da solo o insieme con il Re, la nomina a tutte le cariche, le quali davano luogo all'esercizio della funzione di consigliere nazionale, meno che a quella di ispettore del Partito Nazionale Fascista.

⁷⁶ Ivi, p. 79.

con effetti vincolanti, quando titolari dell'attività stessa *fossero stati* organi costituzionali», visto che dalla normativa vigente non sarebbe stato previsto «un potere di vincolare in modo diretto le volontà» degli stessi, sicché ove «un atto contrario alle direttive *fosse riuscito* ad acquistare la perfezione formale, esso non *avrebbe potuto essere* invalidato o revocato se non per opera dello stesso organo da cui *era stato* emesso»⁷⁷.

Affermazioni che riposano tutte sul presupposto, fatto proprio da Mortati, che vi sarebbe una netta distinzione «fra i casi nei quali l'esercizio di una facoltà sia attribuito a più soggetti e a più organi, sicché l'atto che lo concreta risulti dalla partecipazione di tutti questi soggetti, cooperanti alla formazione di una volontà unica e diretti alla soddisfazione di uno stesso interesse, dai casi nei quali la facoltà stessa, attribuita in proprio esclusivamente ad un soggetto o ad un organo, sia condizionata, in uno o più momenti della sua esplicazione, dall'attività di altri soggetti o organi», essendo di tutta evidenza che i poteri del Capo del Governo sopra ricordati atterrebbero «tutti, nessuno escluso alla seconda categoria di atti ora ricordati, diretti come sono a condizionare l'attività legislativa, senza appartenere dal punto di vista sostanziale ad essa»⁷⁸.

Nonostante quest'acuta ricostruzione il punto di vista di Mortati non appare tuttavia per nulla condivisibile. Se infatti al potere di preposizione all'ufficio dei membri della Camera dei Fasci (e del Senato) e al potere di direttiva politica si aggiunge la richiesta autorizzazione del Capo del Governo alla formazione dell'ordine del giorno delle Camere, nonché la prevista necessità del consenso del medesimo alla sottoposizione alla sanzione regia dei progetti votati dalle Camere, la cui principale ragion d'essere era da individuare nell'impedire la trasformazione in legge di progetti modificati dalle Camere in modo non gradito al Governo, la richiamata distinzione fra partecipazione alla formazione dell'atto e condizionamento esterno perde di qualsiasi validità ai fini del sostenere la permanenza del principio della separazione dei poteri, ben potendo tale principio essere annichili-

⁷⁷ Ivi, pp. 79-80.

⁷⁸ Ivi, pp. 76-77.

to tanto in via diretta, quanto in via indiretta con un complesso di poteri, quale quello riconosciuto al Capo del Governo e sopra ricordato, tale da prevenire o comunque impedire manifestazioni di volontà dell'organo legislativo in contrasto con i *desiderata* del potere esecutivo.

Ma al di là di queste critiche quel che appare emergere dall'esame di questi scritti è che lo Stato moderno mortatiano, per definizione rappresentativo⁷⁹, si connota, a suo avviso, per la «capacità del popolo di esprimere una concezione politica unitaria»⁸⁰, potendo dunque avere un «contenuto ideologico esclusivo non suscettibile di essere modificato, almeno in forma legale, a costituire ed a svolgere il quale non possono contribuire se non coloro che ad esso aderiscono, cioè gli appartenenti al Partito»⁸¹ e che, per tale ragione, la presenza di un partito unico di per se stessa non avrebbe determinato una estraneazione dal tipo dello Stato di diritto con separazione dei poteri e riconoscimento dei diritti dell'individuo, che infatti avrebbero potuto essere conservati anche in uno Stato a partito unico, come appunto sarebbe dimostrato dal caso dello Stato fascista, a differenza di quanto sarebbe viceversa avvenuto nello Stato tedesco e in quello sovietico.

Vero è, in virtù di quanto appena detto, che per Mortati lo Stato fascista non rappresenta «solo uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno nella sua fase post-liberale»⁸², ma, più precisamente, il miglior modo di organizzazione dello Stato moderno nella fase post-liberale, non avendo cancellato, a suo modo di vedere, come quello tedesco e sovietico, né il riconoscimento dei diritti individuali, né la separazione fra i poteri dello Stato⁸³.

⁷⁹ Cfr. Mortati, *Recensione di F. Persico*, cit., p. 207.

⁸⁰ Ivi, p. 119.

⁸¹ Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, cit., p. 93.

⁸² M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 115.

⁸³ Coglie l'intima adesione di Mortati al regime fascista M. D'Amico, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, a cura di M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi, Milano, 2019, pp. 226-229.

Quel che sembra trasparire da questi scritti maceratesi è dunque lo sforzo di Mortati, per vero convintamente portato avanti, di tracciare una linea di continuità tra lo Stato fascista e lo Stato rappresentativo di diritto di cui avrebbe mantenuto taluni tratti essenziali.

Invero chi scrive non è del tutto persuaso che Mortati, così facendo, rispetto alla ricostruzione dello Stato fascista, si sia posto lungi dai “giuristi fascistissimi”, vale a dire in una posizione intermedia fra questi e quelli più legati alla tradizione liberale⁸⁴, perché questa sua posizione non pare davvero esprimere una più temperata adesione al fascismo, quanto piuttosto essere il riflesso del suo personalissimo modo di intendere la “costituzione materiale” dello Stato fascista.

Ragione per la quale particolare rilievo assume infine nella riflessione mortatiana tesa a determinare i lineamenti dello Stato moderno in generale e di quello fascista in particolare, uno scritto che, seppur pubblicato agli inizi del 1943, è da ricondurre al periodo maceratese preso in esame, intitolato *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto*.

Ad onta del titolo questo lavoro si pone il problema della codificazione della costituzione materiale o, più specificamente, della fissazione dei principii di regime dello Stato fascista in una Carta scritta, atto giuridico fondamentale dello Stato.

Argomento la cui retrodatazione al periodo maceratese, rispetto alla data di pubblicazione, si spiega con la considerazione che, mentre lo stesso aveva un indubbio rilievo negli anni 1941-1942, quando fu probabilmente affrontato, aveva perso quasi del tutto interesse al momento della pubblicazione, ossia quando ormai il regime era in crisi per le infelici vicende militari che ne stavano decretando un imminente collasso.

Si tratta di un breve saggio che può probabilmente considerarsi il compimento della riflessione mortatiana sulla costituzione materiale, dando anche un apporto per chiarire il rapporto

⁸⁴ Avendosi peraltro cura di osservare che questa posizione intermedia assegnata a Mortati all'interno della giuspublicistica degli anni Trenta, prevalentemente viene riferita, nella dottrina attuale, alla scelta del metodo giuridico e non alla concezione dello Stato fascista.

che il chiaro autore pensava esistesse fra la costituzione materiale e lo Statuto albertino.

Ammissa in ogni Stato l'esistenza di sommi principii informativi dell'ordinamento – osserva Mortati – «visto che la loro formulazione per iscritto, e nella forma stabilita per le manifestazioni di volontà costituzionali dello Stato è possibile, e può essere opportuna, ove si presentino determinate contingenze storiche, si dovrebbe affrontare il problema della loro effettiva predisposizione in uno schema che li contenga», sebbene detta formulazione per iscritto si presenti esclusivamente come «una questione di opportunità contingente, non ragione del conferimento ai medesimi di una particolare efficacia, poiché [...] una tale efficacia essi la posseggono di per sé, per il fatto di essere incorporati nella stessa struttura politica di una data società organizzata a Stato, di costituirne il modo di essere, la ragione del suo operare in un modo anziché in un altro, il contrassegno per l'identificazione della società stessa di fronte ad altre forme da essa assunte nel tempo, o di fronte ad altre società nello spazio: in altri termini esprimono la coscienza storica di un movimento politico che abbia informato di sé uno Stato, penetrando necessariamente, perché tale, nel sistema giuridico».

Quella che Mortati designa come codificazione dei principii generali di diritto altro non è pertanto che la trasfusione della da lui ipotizzata costituzione materiale in un atto giuridico scritto, la cui forza non è – come si vedrà – quella dell'atto che li formalizza, ma quella propria dei predetti “sommi principii”.

Occasione di questa ulteriore chiarificatrice riflessione mortatiana fu la promulgazione della Legge 30 gennaio 1941, n. 14, pubblicata nella G. U. del Regno d'Italia del 5 febbraio 1941, rubricata “Valore giuridico della Carta del Lavoro” che, per quel che qui interessa, all'art. 1 disponeva: «Le Dichiarazioni della Carta del Lavoro costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge».

Non è dubbio che la Carta del Lavoro fin dalla sua emanazione da parte del Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927 avesse rivestito un carattere eminente per il regime fascista, tanto da essere proclamata “Atto fondamentale del Regime”, di-

chiarando, come recita la relazione del ministro Guardasigilli Dino Grandi di accompagnamento alla surrichiamata legge, «i principi del nuovo ordine dato dal Fascismo alla società italiana, di un ordine che, secondo le parole del Duce, avrebbe portato il lavoro al centro dello Stato e fatto di tutto il complesso della produzione uno strumento unitario di potenza nazionale», costituendo per tale ragione «l'essenza stessa del Regime, e [...] la sorgente inesauribile da cui» sarebbero derivati «lo sviluppo futuro dei nostri Istituti giuridici e politici, e il cammino della Nazione»⁸⁵.

Ed è certo che Mortati l'abbia sempre tenuta presente nel corso di tutta la sua riflessione sui principii di regime costituenti il contenuto della costituzione materiale, come anche il lavoro qui esaminato concorre a dimostrare, se è vero che è la Carta del Lavoro l'atto da cui il chiaro autore ricava quello che riteneva il principio fondamentale del regime fascista, ossia il principio corporativo, espresso chiaramente attraverso «l'imperativo della solidarietà nazionale, in cui esso si sostanzia»⁸⁶.

Senonché proprio l'aver attribuito con legge alla Carta del Lavoro da un lato la funzione, con evidente riferimento all'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile sull'applicazione delle leggi, di completare le eventuali lacune dell'ordinamento, nei casi in cui manchi una esplicita norma giuridica, dall'altro quella di fornire «il criterio direttivo nell'interpretazione e nell'applicazione della legge» (art. 1 l. n. 14/1941), era evento capace di mettere in crisi la teorizzazione mortatiana sulla costituzione materiale, facendo sorgere la fondamentale esigenza di distinguere la dimensione della Carta, quale contenitore dei principii generali dell'ordinamento giuridico, da quella della Carta, quale sorgente «dei sommi principii informatori di ogni Stato»⁸⁷.

⁸⁵ Si fa riferimento alla *Relazione del Ministro Guardasigilli al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro"*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del Regno D'Italia del 5 febbraio 1941, n. 81, parte prima, pp. 571 e 574.

⁸⁶ Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto*, cit., p. 681.

⁸⁷ Ivi, p. 669.

Si spiega così la riflessione di Mortati sviluppata nel lavoro qui in esame, diretta da un lato ad identificare i «sommi principi informatori» dell'ordinamento, anche definiti talvolta «principi generalissimi» o anche «supremi»⁸⁸, rispetto «a quelli designati dall'art. 3 delle preleggi come fonte di diritto invocabile al fine dell'integrazione degli espressi precetti della legge»⁸⁹, dall'altro a definirne l'efficacia e la posizione nel sistema giuridico statale.

Quanto al primo aspetto il punto di partenza è il consolidato orientamento mortatiano secondo cui, «una volta considerato l'ordinamento giuridico statale come un sistema armonico e chiuso (e non sembra si possa altrimenti pensarlo), entro il quale ogni azione rilevante trovi una qualificazione che si adegui alle esigenze di essa e sintonizzi con l'insieme delle altre, appare conseguenzialmente necessario postulare un ordine che lo informi di sé fin dall'origine, cioè presupporre un principio, intesa questa parola nel suo più preciso senso etimologico come causa prima, cominciamento di una realtà e fondamento del suo modo di essere»⁹⁰.

Sicché non sarebbe possibile negare che questi principii sostanziali esistano e «formino come la legge di vita» di ogni singolo ordinamento, così come «attestato dal più semplice esame storico, e dallo stesso frequente richiamarsi, da parte del legislatore, del giudice, del pratico allo spirito del sistema», il quale altro non è se non il complesso dei principii «basilari, informatori di esso»⁹¹, ponendosi piuttosto la necessità di distinguerli da quelli designati dall'art. 3 delle preleggi, visto che la determinazione di ciò che questi secondi precisamente sono «non altrimenti avviene se non attraverso il ricorso ai primi, i quali pertanto devono avere una portata ed un'efficacia più ampia»⁹².

Distinzione che dipenderebbe perciò essenzialmente dal «diverso grado di astrazione, e correlativamente (dal) differente grado di variabilità» e che perciò si risolverebbe in una differenza puramente «quantitativa, nel grado di esplicazione del pre-

⁸⁸ Ivi, p. 671.

⁸⁹ Ivi, p. 669.

⁹⁰ Ivi, pp. 665-666.

⁹¹ Ivi, p. 667.

⁹² Ivi, pp. 669-670.

petto»⁹³. Infatti mentre i primi «sono connaturati con il sistema nel suo complesso, sorgono con il sorgere di questo e rimangono immutati nel tempo pur con il variare dei suoi singoli aspetti o delle particolari sue estrinsecazioni, i secondi invece sono collegati a particolari settori della legislazione, sono ricavabili a posteriori dall'esame, dalla comparazione, dalla generalizzazione delle singole norme aventi attinenza con il caso da regolare, e quindi sono legati alla sorte, contingente e transeunte, di queste»⁹⁴.

Il secondo aspetto è quello più interessante ai fini del presente lavoro essendo rivelatore della definitiva posizione di Mortati in ordine sia all'efficacia dei principii di regime rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento sia al rapporto fra costituzione materiale e costituzione intesa secondo «quella veduta positivista» per la quale l'ordine costituzionale sarebbe «dato solo dalla disposizione che lega fra loro gli organi statali e che li fa dipendere tutti da uno supremo, il quale li coordina in modo puramente formale, predeterminando i requisiti estrinseci che la loro attività deve rivestire per essere inserita nel sistema»⁹⁵.

Posizione che emerge con ogni evidenza laddove Mortati osserva che «poiché i principi supremi [...] non solo si distinguono, almeno parzialmente, nella loro struttura, dalle norme, ma soprattutto se ne distinguono in quanto formano l'antecedente logico ed il presupposto di esse, sia da differenziarli, anche materialmente nella redazione scritta che se ne faccia, da quelle disposizioni che pongono gli organi supremi, o regolano le funzioni fondamentali dello Stato. Di fronte a queste, che formano la costituzione dello Stato, i primi si presentano come una super costituzione, nel senso che ne costituiscono lo spirito informativo»⁹⁶.

Affermazione di cui costituisce un mero corollario la ritenuta superiorità dal lato attivo e rigidità/immodificabilità dal lato passivo di tali principii, «in quanto essi si pongono quale fonte suprema, cioè quale criterio primo di riconoscimento (*Erkennt-*

⁹³ Ivi, p. 674.

⁹⁴ Ivi, p. 671.

⁹⁵ Ivi, p. 666.

⁹⁶ Ivi, p. 679.

nissgrund), per potere giudicare in ultima istanza dell'inserzione nel sistema delle altre norme»⁹⁷.

Pertanto agli stessi deve essere riconosciuta la capacità non solo di «vincolare il legislatore (comprendendo sotto tale denominazione tutti quegli organi i quali, pur non avendo come funzione specifica la formazione delle norme giuridiche, siano abilitati in determinati casi a comportarsi [...] come legislatori, ad emettere cioè comandi costitutivi in grado primario dell'ordinamento), ma anzi (di) vincolarlo in modo più immediato e diretto che non gli altri organi»⁹⁸.

Vincolo, come tale, capace di conformare l'intero ordinamento le cui norme pertanto non potrebbero mai contrastare con i sommi principi, dovendo se del caso venire disapplicate. E questo a prescindere dall'esistenza di «un sindacato della costituzionalità materiale delle leggi da parte del giudice», perché, «se è giusto ritenere che la sanzione sia elemento essenziale della statuizione giuridica non sembra altrettanto necessario che essa sia intesa come attuantesi con forme precise ed attraverso un procedimento predeterminato, potendo concepirsi invece (anzi tale essendo di norma quella che accompagna i sommi precetti dell'ordinamento) come incorporata nella struttura sociale, posta a base dello Stato e trovante quindi in questa la sua immediata e più rilevante espressione»⁹⁹.

Per Mortati dunque l'approdo della codificazione dei principi della costituzione materiale è una Carta fundamentalissima con talune specifiche caratteristiche: è suprema perché contiene la *Grundnorm* dello Stato, visto che «se i principi sono fra loro coordinati e formano pertanto una unità, potrebbe pensarsi alla possibilità di riassumerli in un precetto fondamentale, in una norma assolutamente primaria, da porsi come fonte suprema, e tale da potere offrire il principio di chiusura dell'ordinamento»¹⁰⁰; è imm modificabile (a prescindere dall'esistenza di un principio formale di irriedibilità); è garantita (a prescindere da un giudice costituzionale delle leggi, dovendosi disapplicare le leggi

⁹⁷ Ivi, p. 669.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Ivi, p. 680.

con essa contrastanti) ed è breve, perché non deve contenere le norme sull'organizzazione dello Stato che si situano ad un livello normativo inferiore (seppur costituzionale) e possono essere oggetto di modifica.

Il che spiega – sia detto per inciso – quale rapporto Mortati riteneva esistere fra la costituzione materiale e lo Statuto, considerata una Carta priva di una qualunque efficacia vincolante, salvo che per i principii supremi dalla stessa desumibili, vale a dire «l'enunciazione del principio monarchico» (di cui peraltro si sarebbe dovuta determinare la posizione «rispetto agli altri principii organizzativi, contrassegnanti il regime»), mentre non avrebbero potuto «trovar posto in un corpo di principii le disposizioni relative al modo di formazione dell'organo Corona, alle prerogative di esso, ecc.»¹⁰¹.

Molte sono le suggestioni che possono trarsi da questa dottrina enunciata da Mortati da quelle sull'ipotizzabile adesione ad una concezione piramidale ed unitaria del fenomeno giuridico, recependo un'idea cardine del normativismo kelseniano, laddove Mortati sembra fare propria l'idea dell'esistenza di una norma fondamentale, rifiutando però di concepirla come una norma sulla produzione, intendendola invece in senso sostanziale. In proposito si noti l'insistenza sul «carattere normativo, in senso strettamente giuridico», ascrivibile ai principii di regime, potendo «anzi dirsi che tale carattere è posseduto dai principii stessi in grado eminente rispetto alle altre norme»¹⁰²; a quelle su una concezione della rigidità/superiorità della Costituzione (riconducibile, a prescindere dall'essere una fonte sovraordinata alla legge, in via immediata ed esclusiva alla volontà delle forze politiche dominanti di immettere e stabilizzare nell'ordinamento dello Stato la propria ideologia) che è davvero molto diversa da quella ormai affermatasi; a quelle ancora sulla singolare affinità fra questa elaborazione mortatiana ruotante attorno all'esistenza di un nucleo di «supremi principii» irriducibili che costituiscono il *quid proprium* di ogni Stato e l'odierno indirizzo sostenuto da gran parte della dottrina e fatto proprio dalla

¹⁰¹ Ivi, pp. 680-681.

¹⁰² Ivi, p. 669.

Corte costituzionale secondo cui «la Costituzione italiana contiene alcuni principii supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principii che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principii che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»¹⁰³.

Non è questa la sede per un approfondimento di queste tematiche né per una disamina critica degli aspetti meno convincenti dell'elaborazione mortatiana, che pure ci sono, tuttavia su due ultimi punti si può fermare l'attenzione.

Il primo concerne la possibile riconducibilità della rigidità di una eventuale codificazione dei supremi principii di regime alla necessità del parere del Gran Consiglio del fascismo, previsto dalla legge n. 2683/1928 per la formazione delle leggi in materia costituzionale.

Questa legge infatti aveva trasformato il Gran Consiglio da organo di partito in organo costituzionale dello Stato, qualificandolo all'art. 1 quale «organo supremo che coordina e integra tutte le attività del regime», stabilendo per tutti i disegni di legge in materia costituzionale l'obbligatorietà del parere di detto organo.

In merito non è difficile trovare nelle trattazioni di diritto costituzionale l'opinione che in virtù di questa previsione «la costituzione italiana da flessibile che era divenne rigida»¹⁰⁴.

Tesi tuttavia che, sebbene sostenuta dallo stesso Mortati¹⁰⁵, non solo non era affatto pacifica in dottrina, quanto soprattutto era continuamente contraddetta dalla realtà.

¹⁰³ Si veda Corte cost., sent. 15/12/1988, n. 1146, 2.1 del «Considerato in diritto».

¹⁰⁴ Così, tanto per fare un esempio, M. Mazzotti di Celso, G. M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2007, 4^a ed., p. 54.

¹⁰⁵ In proposito si veda un altro scritto del periodo maceratese: Mortati, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio del fascismo alla determinazione dell'indirizzo politico*, cit., pp. 75 ss., in particolare p. 78.

Infatti era opinione diffusa che la valutazione della natura costituzionale delle leggi, al fine di richiedere sulle stesse il parere del Gran Consiglio, fosse rimessa al mero apprezzamento discrezionale del Capo del governo, essendo conseguentemente impossibile un qualsiasi controllo di tale valutazione sia da parte delle Camere, sia da parte dell'autorità giudiziaria¹⁰⁶.

Opinione largamente aderente alla realtà. Valga per tutti proprio l'esempio dell'approvazione e promulgazione della richiamata Legge 30 gennaio 1941, n. 14 sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro", avvenuta senza il prescritto parere del Gran Consiglio perché, come recita la *Relazione del Ministro Guardasigilli*, sebbene «ad un Atto il quale formula i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» avrebbe dovuto riconoscersi quel carattere costituzionale che avrebbe imposto «il parere del Gran Consiglio del Fascismo, che la legge 9 dicembre 1928-VIII, n. 2693, prescrive in generale per le questioni di carattere costituzionale», tuttavia sarebbe stato superfluo richiedere «un parere su di un Atto che proviene dal Gran Consiglio medesimo», avendo avuto la Carta del Lavoro «la sua solenne consacrazione nella storica adunanza del Gran Consiglio del XXI aprile dell'anno V»¹⁰⁷.

Giustificazione dell'assenza del prescritto parere la cui risibilità è di tutta evidenza perché l'imputabilità della Carta del Lavoro all'azione politica e non giuridica del Gran Consiglio, in

¹⁰⁶ Così ampiamente Biscaretti di Ruffia, *Le attribuzioni del Gran Consiglio secondo la dottrina e la prassi più recente*, cit., pp. 50 ss. Tesi che Mortati contestava perché avrebbe condotto alla conseguenza di sopprimere nei riguardi del Gran Consiglio «quel carattere di organo costituzionale, che unanimemente si attribuisce ad esso. Sembra infatti che per l'attribuzione di tale carattere si debba fare riferimento non solo e non tanto alla derivazione degli organi direttamente dalla legge costituzionale, o alle speciali prerogative che li circondano, ma soprattutto alla essenzialità dei medesimi per la configurazione del tipo di Stato di cui fanno parte. È necessario cioè che tali organi appaiano così connessi ad un ordinamento da costituirne un contrassegno distintivo; il che importa che non solo la loro esistenza, ma anche il loro funzionamento siano indipendenti dalla volontà discrezionale di altri organi. È ovvio che, se ciò non avvenisse, gli organi stessi verrebbero a dipendere da questa volontà, che potrebbe giungere fino ad eliminarne ogni pratica efficienza». Ancora Mortati, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio del fascismo alla determinazione dell'indirizzo politico*, cit., p. 77.

¹⁰⁷ Così la *Relazione del Ministro Guardasigilli al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro"*, cit., p. 574.

alcun modo può considerarsi un succedaneo del parere necessario ai fini del rispetto del procedimento stabilito per la formazione delle leggi in materia costituzionale. Mentre è sintomatica della concezione che vedeva nel Capo del governo l'arbitro del funzionamento del Gran Consiglio, perlomeno in ordine alle funzioni consultive, non riconducendo all'assenza del richiamato parere alcuna apprezzabile conseguenza giuridica.

Situazione di cui Mortati era perfettamente conscio, visto che, in via generale, lo stesso non appoggia mai la sua concezione circa la rigidità/immodificabilità dei principii supremi di regime sul carattere aggravato del procedimento di formazione delle leggi in materia costituzionale, quanto piuttosto sul «bisogno particolarmente sentito dalle forze sociali, che, riuscite dopo lunghe lotte ad immettere nel contenuto dell'attività dello Stato la loro ideologia, vedono, nell'affermazione solenne di questa, soddisfatta l'esigenza di porre un netto distacco dall'ordinamento precedentemente vigente, di rendere esplicito il programma in nome del quale assumono il potere, di offrire una garanzia anche esteriore della loro fedeltà ad esso»¹⁰⁸.

Un secondo aspetto degno di nota è infine da individuare nello sforzo effettuato da Mortati per abbozzare i tratti generali dello schema della costituzione dello Stato fascista, esemplificando così la sua concezione in senso materiale dello Stato italiano in quel periodo.

Per Mortati base dell'edificio statale sarebbe stata «l'unità dell'organismo della Nazione». Meritando qui di essere segnalata l'ulteriore precisazione che «per la qualificazione di quell'unità» non avrebbe dovuto attribuirsi «particolare rilevanza al fattore razziale, in senso biologico», fattore che sembrerebbe piuttosto «rientrare in quella seconda categoria [...] di principi derivati, legati a particolari contingenze, e che quindi sia suscettibile di venir meno (così come mancò nel primo decennio di legislazione fascista) senza che ne riesca alterata la struttura fondamentale del regime»¹⁰⁹. La qual cosa consente di

¹⁰⁸ Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto*, cit., p. 668.

¹⁰⁹ Ivi, pp. 681-682.

ascrivere Mortati al numero di quei molti fascisti che ritenevano la deriva razziale un corpo estraneo alla vera e originaria ideologia fascista, potendo qui ricordarsi in proposito, a sostegno di questa valutazione, il dato della partecipazione di cittadini ebrei alla marcia su Roma.

Su questa base, per il chiaro autore, si sarebbe innestato il principio corporativo, chiaramente espresso dalla Carta del Lavoro nell'imperativo della solidarietà nazionale, capace di «assurgere a qualificazione riassuntiva dell'attuale forma dello Stato italiano, atta a discriminarne l'essenza intima, sia rispetto alle altre forme contemporanee, in antitesi con essa (la liberale e la bolscevica), sia rispetto a quelle (come la germanica odierna) che si presentano con notevoli caratteri di analogia»¹¹⁰.

Principio il cui mezzo esclusivo di realizzazione nel campo giuridico sarebbe stato lo Stato, da concepire «come l'organismo più idoneo a interpretare i bisogni dei consociati, non solo dei fugaci e temporanei, bensì di quelli della stirpe, intesa come continuità di generazioni». Concezione da cui sarebbe derivato «il postulato del totalitarismo statale, nella duplice manifestazione essenziale di esso, consistente, da una parte, nell'unicità del Partito (mezzo ritenuto necessario per assicurare l'unità politica dello Stato), dall'altra, nella necessità dell'intervento diretto o indiretto dello Stato stesso nel campo economico e in quello morale onde determinare le condizioni di pace sociale e di spontanea solidarietà, senza delle quali l'unità politica sarebbe apparente»¹¹¹.

Totalitarismo che per Mortati avrebbe dovuto esplicitarsi attraverso quell'idea «di “democrazia autoritaria” formulata dal fondatore del movimento (n.b. Benito Mussolini) per raffigurare la struttura specifica del regime». Definizione in cui se il primo «termine “autoritario” vuole esprimere il rigetto di ogni forma di pluralismo, nonché l'accentramento del comando supremo, con esclusione di un sistema esclusivamente maggioritario nella forma di questo», il secondo «termine “democrazia” esige il riconoscimento di limiti, da ritenere invalicabili, nei riguardi

¹¹⁰ Ivi, p. 681.

¹¹¹ Ivi, p. 682.

dell'azione dello Stato, di fronte ai cittadini. Pertanto in una dichiarazione di principi dovrebbe trovare riaffermazione solenne la necessità assoluta del rispetto della dignità della persona umana, all'infuori di ogni considerazione di classe, di titoli, di gradi, di religione, nonché del rispetto degli attributi, che appaiono necessariamente connessi a questa, e cioè il diritto soggettivo alla vita, all'onore, all'autonomia nello svolgimento delle varie sue manifestazioni, alla proprietà dei prodotti ottenuti direttamente o indirettamente dalla propria attività lecita, all'uguaglianza, a parità di capacità, nei riguardi delle altre persone»¹¹².

Posti in tal modo «i principi basilari dell'autorità da una parte e della libertà dall'altra», per Mortati sarebbero rimasti da enunciare quegli altri principii «destinati ad attuare la sintesi dei due predetti» e che avrebbero trovato il loro fulcro nella «responsabilità del cittadino, in quanto partecipe alla produzione, verso gli enti di tutela degli interessi collettivi (Stato, Partito, Sindacati)»¹¹³.

Responsabilità che avrebbe implicato da un lato l'iniziativa «del singolo come garanzia dello stesso maggiore incremento della produttività dei beni», nonché «la conservazione di un margine di autonomia (non solo nella disponibilità, intesa come trasferibilità, ma anche nell'uso, cioè nel modo di godimento dei beni) [...] affinché il diritto soggettivo sui beni economici stessi possa continuare ad avere effettiva consistenza», dall'altro la necessità «di predisporre dei mezzi di controllo, diretti a accertare la rispondenza di essa ai fini generali, che fossero posti all'uso dei mezzi di produzione, per opera degli organi competenti. Rispondenza da accertare attraverso un esame di merito, data la necessità in cui si trova chi lo compie di ricorrere a criteri diversi da quelli di stretta legalità», attribuendo, a garanzia dei cittadini, «tale esame ad un corpo giudiziario, diverso però da quello formato dalla magistratura ordinaria»¹¹⁴.

Questo insistito richiamo ai fondamentali diritti soggettivi, all'uguaglianza, all'iniziativa economica privata, con la sola

¹¹² Ivi, pp. 682-683.

¹¹³ Ivi, pp. 683-684.

¹¹⁴ Ivi, pp. 685-686.

evidente eccezione della libertà politica, concorre a dare conto (senza peraltro costituirne l'unica ragione) di quel peculiare tratto del pensiero mortatiano di cui si è già detto e cioè la costante qualificazione dello Stato fascista come «Stato di diritto», ribadita anche nel lavoro qui esaminato¹¹⁵.

Non è qui possibile approfondire oltre quest'aspetto della dottrina mortatiana, quel che qui conclusivamente interessa rilevare è l'approccio al problema dell'enucleazione dei principii supremi dell'ordinamento, che mira a cogliere il carattere proprio di ogni singolo Stato nel suo aspetto materiale (principii-valori), che per il chiaro autore non è politico, ma è giuridico, poiché ci si trova in «un'epoca, caratterizzata dall'emergere in misura sempre maggiore del popolo alla consapevolezza della vita politica», in cui «la redazione di Carte solenni» esprime ormai «l'esigenza di dare fermezza e costanza» alle forze politiche capaci di «immettere nel contenuto dell'attività dello Stato la propria ideologia», all'epoca l'ideologia fascista¹¹⁶.

Da ultimo rimanendo solo da sottolineare quanto questo scritto dia corpo all'idea in precedenza accennata che taluni dei tratti più originali della ricostruzione mortatiana dei lineamenti dello Stato fascista siano come una proiezione di quella che il giurista calabrese, in tutta buona fede, riteneva essere la costituzione materiale del regime.

¹¹⁵ Ivi, p. 685.

¹¹⁶ Ivi, p. 668.

Silvia Illari

Sulla figura del partito politico nel pensiero di Mortati negli anni Trenta

ABSTRACT

Nell'ambito di quella fervida diatriba scientifica che si sviluppò negli anni Trenta tra i giuristi maturi e giovani esordienti, testimoni di un particolare periodo di crisi e di profondo cambiamento del diritto costituzionale (e della sua dogmatica), Costantino Mortati elaborò le sue scelte fondamentali sul piano teorico-concettuale nel tentativo di spiegare e sistemare organicamente le novità introdotte nell'assetto istituzionale degli anni Venti e Trenta, oltre il modello dello Stato fascista. Certamente quest'ultimo influenzò la sua speculazione scientifica e per alcuni aspetti Mortati contribuì a fornire un sostrato teorico a quello stesso modello. Tuttavia, egli prese le mosse dal riconoscimento delle masse e del ruolo dei partiti come indispensabile collegamento tra società e istituzioni, all'interno di un quadro di valori costituzionalmente determinato. Questa impostazione verrà ripresa nel secondo dopoguerra, specie nella fase costituente.

In the context of that lively scientific discussion that developed in the 1930s between mature jurists and young scholars, witnesses of a particular period of crisis and profound change in constitutional law (and its dogmatics), Costantino Mortati elaborated his fundamental choices, on theory and scientific method, in attempting to explain and organically arrange the innovations introduced in the institutional structure of the twenties and thirties, beyond the model of the fascist State. The latter certainly influenced his scientific speculation and, in some respects, Costantino Mortati contributed to provide a theoretical substrate to that same model. However, he recognized the masses and the role of the political parties in constitutional law as an indispensable link between society and institutions, within a framework of constitutionally determined values. This approach will be resumed after the Second World War, especially in the drafting phase of the Italian Constitution entered into force in 1948.

PAROLE CHIAVE: Costantino Mortati, giuspubblicistica anni Trenta, partito e società, partito e Stato, partito fascista.

KEYWORDS: Costantino Mortati, public law scholars of the Thirties, party and society, party and State, fascist party.

SOMMARIO: 1. La congiuntura politico-costituzionale e scientifica degli anni Trenta – 2. Cenni alla bibliografia di Mortati sul partito – 3. Lo svolgimento di tre linee di pensiero, oltre lo Stato a partito unico – 3.1 Partito come «formazione volontaria, a base sociale» e «organo dello Stato» – 3.2 Partito come «mezzo organizzativo» proprio dello Stato moderno – 3.3 Partito come «elemento strumentale» della costituzione in senso materiale – 4. In tema di continuità, oltre quegli anni.

1. *La congiuntura politico-costituzionale e scientifica degli anni Trenta*

È indubbio che porre l'attenzione sul pensiero di Mortati degli anni Trenta corrisponda all'intento di ricordare la sua opera giuridica presso l'Università di Macerata¹. Lì si trasferì nel 1939, prendendo il posto di Esposito, dopo aver vinto nel 1936 il concorso alla cattedra di diritto costituzionale bandito dall'Ateneo di Messina e lì fu anche Preside della Facoltà di Giurisprudenza e Magnifico Rettore fino al 1941². Però, tale riferimento temporale è vivificato, più in generale, dal fervore della riflessione teorica che caratterizzò la scienza giuspubblicistica di quel periodo, nel quale «la definitiva messa a nudo di un notevole invecchiamento di molte delle precedenti costruzioni teoriche s'intreccia con affannosi tentativi di rinnovamento, più o meno consapevoli sul piano teorico, più o meno formalizzati, più o meno legati alla contingenza storica del regime fascista»³. Non

¹ Per vero, le primissime speculazioni di Mortati maturarono negli anni di quello stesso decennio trascorsi tra Roma, Messina e Macerata.

² Ai fini di una «bibliografia giuridica» di Mortati, considerato uno dei maestri del costituzionalismo del Novecento, anche di coloro che non sono cultori del suo pensiero ma che con il suo lascito devono confrontarsi, *ex multis*, F. Lanchester, *Il periodo formativo di Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 187; Id., *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, 1998, pp. 187 ss.

³ M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione*.

un inizio ma «il punto culminante di una linea (di speculazione scientifica) che si era snodata lentamente ma incessantemente» dalla fine del XIX⁴, secondo distinti percorsi di ricerca ricostruiti da un abbondante letteratura giuridica⁵.

Come è noto, oggetto di osservazione dei giuspubblicisti dell'epoca fu quel periodo di crisi e di profondo cambiamento del diritto costituzionale italiano (e della sua dogmatica), che si trovava compenetrato e animato dai nuovi principi del regime fascista⁶. Per vero, già a partire dai decenni precedenti si erano avute numerose e significative trasformazioni (politiche, sociali e istituzionali, non sempre agevolmente decifrabili), maturate soprattutto per effetto dell'estensione del suffragio (1912-1918)⁷ e

Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre), in Galizia, Grossi (a cura di), *op. cit.*, pp. 45 ss.: p. 51.

⁴ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pp. 215 ss., volume al quale si rimanda anche per una esauriente disamina sulla scienza giuridica degli anni Trenta.

⁵ In riferimento all'evoluzione della dottrina pubblicistica di quegli anni, oltre alle trattazioni citate alle note 3 e 4, anche M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», 1-2, 1963, pp. 85 ss.; Id., voce *Diritto costituzionale: profili storici*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, pp. 962 ss.; F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni Trenta*, in Id. (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, pp. 89 ss.; Id., *La dottrina giuspubblicistica e la costruzione dello Stato democratico: una comparazione con il caso tedesco*, in Id. (a cura di), *Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo e il nazionalismo*, Milano, 1999, pp. 302 s.; M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2013, pp. 217 ss. Si ricorda anche il seminario AIC dedicato al tema «Quale costituzionalismo durante il fascismo?» (Firenze, 2017), i cui atti sono stati pubblicati sulla «Rivista AIC», 1, 2018. Da ultimo F. Biondi, *Il ruolo dei giuristi*, in M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, Milano, 2019, pp. 103 ss.; G. Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, in «Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche», 4, 2021, pp. 397 ss. Per i numerosi scritti di esponenti della dottrina di diritto costituzionale negli anni Trenta si rimanda a P. Biscaretti di Ruffia, *Rassegna di diritto costituzionale. II L'esposizione dommatica del diritto costituzionale nella recente letteratura italiana (1930-1940)*, in «Jus», 1, 1941, p. 106.

⁶ Per l'andamento dei concorsi a cattedra per il settore delle cd. «materie politiche», in cui erano ricompresi anche il diritto costituzionale e diritto corporativo, si veda Lanchester, *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., *passim*.

⁷ Notoriamente, la nuova legge elettorale (30 giugno 1912, n. 666) estendeva il suffragio universale a tutti i cittadini maschi che avessero compiuto 30 anni, a prescindere da qualsiasi requisito di censo o di istruzione, restando ferme per i maggiorenni di età inferiore ai trent'anni le condizioni di censo o di prestazione del

della successiva adozione del sistema proporzionale con scrutinio di lista (1919)⁸, che avevano portato all'ampliamento della rappresentanza politica, oltre la designazione per capacità (tra cittadini eminenti) tipica del parlamento borghese ottocentesco. Si ricordano, in particolare, la trasformazione della base sociale dello Stato unitario e l'avvento dei partiti politici di massa, socialisti e popolari, proiettati verso la configurazione di un nuovo Stato pluriclasse⁹. Ma nel decennio di crisi derivante dal primo conflitto mondiale, a partire dalle vicende del 1922-23, seguì la progressiva transizione verso lo Stato autoritario a tendenza totalitaria, per effetto di un processo incrementale di modifiche al quadro istituzionale, il quale pareva non raggiungere mai un assetto definitivo¹⁰. Specie con il portato della legislazione del periodo 1925-1928¹¹ e ancora negli anni Trenta, soprattutto tra

servizio militare o il possesso di titoli di studio già richiesti. Solo per inciso, si ricorda che nel corso di quell'*iter* parlamentare la Camera rifiutò, quasi all'unanimità, di concedere il diritto di voto alle donne. Al termine del primo conflitto mondiale, con la L. 16 dicembre 1918, n. 1985 fu introdotto il suffragio universale maschile per tutti i cittadini che avessero raggiunto la maggiore età di 21 anni o che avessero prestato servizio militare (nell'esercito o nella marina) in tempo di guerra.

⁸ L. 15 agosto 1919, n. 1401, che abolì così il sistema maggioritario uninominale in vigore dal 1892. Con la L. 18 novembre 1923, n. 2444, il sistema proporzionale fu integrato da un premio di maggioranza pari ai 2/3 dei seggi nel caso in cui la lista più votata a livello nazionale avesse superato il 25% dei voti validi.

⁹ Con l'avvento dei partiti di massa si ebbe anche la formazione dei gruppi parlamentari. Per la riforma del diritto parlamentare del 1920 si rimanda a G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*, Firenze, 1921; più di recente A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, pp. 27 ss.

¹⁰ In tal senso L. Paladin, voce *Fascismo* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 887 ss.: 892. È anche da ricordare che rimase senza seguito l'ordine del giorno, approvato nell'aprile del 1938, secondo il quale il Gran Consiglio del fascismo, dopo aver deciso la fusione del Consiglio nazionale del partito e del Consiglio nazionale delle corporazioni, deliberava di «procedere al completamento della riforma costituzionale con l'aggiornamento dello Statuto del Regno». Sul punto G. Volpe, *Storia costituzionale degli Italiani, II – Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, 2015, p. 139.

¹¹ L. 24 dicembre 1925, n. 2263 per le attribuzioni e le prerogative del Capo del Governo; L. 31 gennaio 1926, n. 100 sulla facoltà del potere esecutivo di emanare la decretazione d'urgenza; L. 9 dicembre 1928 n. 2693 sulla c.d. "costituzionalizzazione" del Gran Consiglio del fascismo, modificata dalla L. 14 dicembre 1929, n. 2099 che disciplinava anche l'ordinamento del Partito Nazionale Fascista; L. 17 maggio 1928, n. 1019, che riformava le Camere introducendo il collegio nazionale, la lista unica e la scelta dei candidati da parte del Gran Consiglio del Fascismo. Per

il 1938 e il 1939, con la legge sul primo maresciallato dell'Impero¹², le leggi razziali e la riforma della rappresentanza politica¹³.

Tutto ciò comportò la trasformazione interna della giuspubblistica italiana. Come è noto, ad eccezione di alcuni che, come Orlando, si estraniarono deliberatamente, si sviluppò una fervida diatriba tra i giuristi maturi e giovani esordienti, con ricostruzioni determinate per metodi differenti. Significativo è l'uso dell'espressione «incontro-scontro»¹⁴ per descrivere il contesto in cui tendenze e orientamenti di scuola si andavano commisurando rispetto alle vaste trasformazioni costituzionali che sempre più producevano una scissione fra due diverse concezioni politico-giuridiche dello Stato, quella totalitaria o autoritaria e quella liberale o democratica.

I cultori del pensiero giuspubblicistico di stampo tradizionale liberale (Raneletti, Romano), seppur diversificati per inflessioni teoriche, inserivano prevalentemente quelle trasformazioni entro le categorie tradizionali della scuola nazionale, rimanendo sostanzialmente fedeli alla concezione di derivazione germanica dello Stato-persona. Indipendentemente dalla loro collocazione fuori o dentro il regime fascista, seguivano il metodo giuridico, riguardato quasi classico, fondato sul modello di Stato di diritto liberale e con il quale Orlando aveva disegnato rigidamente i confini del "giuridico", escludendo esplicitamente l'elemento politico. Questi esponenti della giuspubblicistica tradizionale quasi non riconoscevano il nuovo ordine instaurato dal regime fascista, al quale invece si impegnavano a dare un fondamento teorico i giuristi accademici impegnati come esponenti del regime (Costamagna, Chimienti, Panunzio). Questo gruppo di studiosi si impegnò anche allo scopo di costruire una nuova dogmatica fascista in ossequio alla richiesta dello stesso regime. Ma in quegli anni è soprattutto da riconoscere il tentativo,

approfondimenti sulle trasformazioni giuridico-istituzionali durante il fascismo e la periodizzazione di quel regime si veda, per tutti, Paladin, voce *Fascismo* (dir. cost.), cit.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, pp. 111 ss.

¹² L. 2 aprile 1938, n. 240.

¹³ L. 13 gennaio 1939, n. 129 con la trasformazione della Camera elettiva in Camera dei fasci e delle corporazioni, che eliminava il principio elettivo e lasciava il solo baluardo del Senato regio.

¹⁴ Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione*, cit., p. 51.

espresso dalla giovane generazione di giuspubblicisti formatisi durante lo stesso regime (Mortati, Crisafulli, Chiarelli, Esposito *in primis*), di adattare le tradizionali categorie dello Stato di diritto al portato innovativo della società di massa e dei suoi strumenti istituzionali. Per vero, i giovani giuristi riconoscevano l'insufficienza di quelle categorie a spiegare le istituzioni esistenti e, senza rompere con la tradizione, le aggregarono a nuove nozioni e acquisizioni¹⁵. Ne conseguì lo studio di temi allora ancora poco trattati come il ruolo e le funzioni del governo, tra le quali *in primis* l'indirizzo politico, la posizione del partito politico nell'ordinamento, il rapporto tra partito e Stato. Lo stesso Mortati rivolse la sua attenzione alle «zone grigie» del diritto costituzionale¹⁶, dove la materia si presenta intrisa di politicità, e che la scienza tradizionale lasciava in ombra, allargando i suoi studi ai nuovi rapporti tra diritto e politica, nel tentativo di indagare con strumenti giuridici anche quest'ultima¹⁷. A questo interesse Mortati fu condotto anche dalla sua conoscenza della letteratura giuridica straniera. Come è noto, egli si misurò e si confrontò in rapporto dialettico con la dottrina francese (Carré de Malberg, Hauriou, Duguit) e soprattutto con gli autori weimariani della giuspubblicistica tedesca antiformalistica (Schmitt, Smend, Heller e Kaufmann *in primis*), che tentavano di discostarsi dalla pandettistica giuspubblicistica tedesca¹⁸.

È da aggiungere che lo studio del nuovo contesto giuridico conteneva in sé profondi risvolti metodologici. Anche Mortati

¹⁵ G. Zagrebelsky, *Premessa* a ristampa inalterata C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, p. VII: XV. È di Giannini l'espressione «insofferenza da omissione» per descrivere l'atteggiamento di quella generazione di giuspubblicisti nei confronti della tradizione dogmatica (M.S. Giannini, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in Grossi, Galizia (a cura di), *op. cit.*, p. 8).

¹⁶ C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, per la collana delle "Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale della regia Università di Roma", 1931; ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Milano, 2000, p. 4.

¹⁷ Lanchester, *Costantino Mortati e la dottrina degli anni Trenta*, cit., p. 102.

¹⁸ Per accurati riferimenti bibliografici si rimanda alla voce di P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, nota n. 4, p. 67. Per l'influenza che la dottrina anticonformista weimariana tedesca ebbe sul pensiero realista di Mortati si veda P. Ridola, *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano: gli anni Cinquanta e Sessanta*, in F. Lanchester e F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, pp. 121 ss.

ti contribuì al graduale processo di rinnovamento del metodo scientifico, che caratterizzò la scienza del diritto pubblico del suo tempo, allargando il proprio orizzonte di studi oltre i canoni ristretti del metodo giuridico, tanto da ricomprendersi i profili di fatto compenetrati e financo confusi con gli istituti e le discipline normative, ponendo attenta considerazione ai dati effettivi dell'esperienza giuridica, secondo un orientamento "realista", come egli stesso ebbe a definirlo in seguito, nell'ultima edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico*¹⁹. Nelle sue speculazioni scientifiche è costante il riferimento all'ordine delle vicende storiche, alla ricerca della «concretezza dell'esperienza giuridica [...] reale, dinamica, articolata» insieme ai principi che la sostengono e sono alla base dell'ordinamento²⁰. In particolare, Mortati riconobbe che per intendere appieno il diritto fosse necessario addentrarsi nel legame tra ogni ordinamento e la sua epoca, allo scopo di collocare quest'ultimo in un quadro di eventi storico-politici e storico-spirituali assai più vasto. Egli si contraddistingue per «quell'atteggiamento rivolto all'esperienza giuridica storicamente concreta per quello che è, nella quale il piano dell'efficacia e quello della normatività sono concepiti non in parallelo, ma in convergenza»²¹. A tale fine, la sua proposta di metodo è aperta a integrazioni provenienti da altre scienze e fondato su schemi di analisi appartenenti alla storiografia e alle scienze sociali, tra cui principalmente la scienza politica.

Seppure sia fondata la considerazione che la riflessione dedicata ai profili metodologici e di teoria generale fosse servita, durante il fascismo, da rifugio teorico per la cultura giuridica italiana, e che, grazie a questo «muro protettivo», i costituzionalisti avessero potuto «lavorare con sufficiente distacco dalla realtà politica del momento»²², è in quegli anni che Mortati elaborò le sue scelte fondamentali sul piano teorico-concettuale proprio nel tentativo di spiegare e sistemare organicamente

¹⁹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975, vol. I, p. 27.

²⁰ Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, cit., p. 400.

²¹ Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XIV s.

²² Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., p. 103.

le novità introdotte nell'assetto istituzionale degli anni Venti e Trenta, cioè muovendo dal riconoscimento delle masse e del ruolo dei partiti come indispensabile collegamento tra società e istituzioni, all'interno di un quadro di valori costituzionalmente determinato. Questa impostazione verrà ripresa nel secondo dopoguerra, nella fase costituente, come tratto costante²³.

2. *Cenni alla bibliografia di Mortati sul partito*

A premessa, è da osservare che l'interesse del giovane costituzionalista calabrese per il partito attraversa la sua produzione scientifica tra il 1931 e il 1941, pur senza farne oggetto di una trattazione esclusiva, ad eccezione del saggio *Sulla posizione del partito politico nello Stato*, che, pubblicato nel 1941, chiude idealmente gli studi mortatiani di quel periodo²⁴. I primi profili di quella figura sono già tratteggiati all'esordio nella carriera accademica, quando nel 1925 Mortati diede alle stampe la monografia *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, che rappresenta il frutto della rielaborazione della sua tesi di laurea in Scienze Politiche discussa nel 1929 con Rossi e Panunzio, maestri che, insieme a Romano, ebbero un forte ascendente sul suo pensiero. Come è noto, le forze politiche e il partito sono poi il fulcro della teoria circa *La Costituzione in senso materiale* del 1940, opera edita in occasione dell'ordinariato²⁵. Riferimenti significativi anche nelle due trattazioni *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* del 1935²⁶ ed *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* del 1941²⁷.

²³ Su questo aspetto Lanchester, *Momenti e figure*, cit., *passim*.

²⁴ In «Stato e diritto», II, 4-5, 1941, pp. 279 ss. e ora in *Raccolta di Scritti*, Milano, 1972, vol. IV, pp. 495 ss.

²⁵ C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, per la collana delle «Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale della regia Università di Roma», 1940; ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998.

²⁶ Torino, 1935, ora in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, pp. 471 ss.

²⁷ In «Annali della Regia Università di Macerata», XIV, 1941, ora in *Raccolta di Scritti*, vol. IV, pp. 438 ss.

Si aggiunga che la figura del partito politico è concetto particolarmente elaborato dal Mortati nell'arco del suo intero percorso scientifico che si estende nell'arco di quasi mezzo secolo, dagli anni del regime fascista a quelli della transizione verso la nuova Costituzione repubblicana, fino al lungo periodo che seguì in vigenza della nuova Carta, specie i difficili anni della sua (in)attuazione, fino agli anni Settanta. Si tratta di un interesse costante, testimoniato da saggi e relazioni, nell'ambito della ricchissima produzione scientifica del nostro Autore, secondo la ricostruzione cronologica già elaborata da Lanchester²⁸: *Relazione sulla disciplina legislativa della formazione delle liste dei candidati alle elezioni politiche* del 1945²⁹; *Concetto e funzione del partito politico* del 1949³⁰; *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana* del 1950³¹; *Sindacati e partiti politici del 1952*³²; *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* del 1957³³; *I partiti politici nello Stato democratico* del 1959³⁴. I saggi furono ripubblicati nella *Raccolta di Scritti* del 1972 per la collana dell'Istituto di Studi Giuridici della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma, dove Mortati, che lì nel 1930 aveva preso la sua terza laurea in Scienze Politiche (oltre a quelle antecedenti in Giurisprudenza del 1914 e in Filosofia del 1917), fu assistente agli esordi presso l'allora Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale e in seguito titolare della cattedra Diritto costituzionale italiano e comparato dal 1948 al 1960³⁵. Fa eccezione il saggio

²⁸ F. Lanchester, *Nota introduttiva* a C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in «Quaderni di Ricerca», s. 1, 1949, ora in «Nomos», 2, 2015. Peraltro, al presente Lanchester è presidente della «Fondazione Paolo Galizia. Storia e libertà», che tra l'altro conserva l'Archivio Costantino Mortati, ereditato da Mario Galizia e Vittoriana Carusi nel 1985 insieme alla biblioteca del costituzionalista calabrese. Per approfondimenti R. D'Orazio, *L'archivio Mortati: prime considerazioni*, in «Nomos», 1, 2016, pp. 3 s.

²⁹ In Ministero per la Costituente, *Atti della Commissione per il progetto di legge elettorale*, Roma, 1945, pp. 140. ss.

³⁰ In «Quaderni di ricerca», 1949 e ora in «Nomos», 2, 2015.

³¹ In «Cronache sociali», 2, 1950, pp. 25 ss.

³² In *Atti della XXI settimana sociale dei cattolici italiani*, Roma, 1952.

³³ In *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, 1957.

³⁴ Relazione al Convegno nazionale di Studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani del 6-8 dicembre 1958, pubblicata nei relativi *Atti*, Roma, 1959.

³⁵ Cfr. C. Mortati, *Raccolta di Scritti*, 4 voll., Milano, 1972.

del 1949, considerato «quasi un inedito» e ripubblicato più di recente sulle pagine della Rivista «Nomos. Le attualità del diritto», con una postilla di Lanchester. Completano il quadro le *Istituzioni di diritto pubblico*, la cui prima edizione per Cedam risale al 1949 (con il titolo *Corso di istituzioni di diritto pubblico: 1948-49. Appunti delle lezioni*); il manuale fu sempre aggiornato dall'Autore, con approfonditi ampliamenti distribuiti nel tempo in due distinti volumi, anche nella parte riguardante i partiti, all'atto di dare alle stampe le nove edizioni riviste e aggiornate fino all'ultima del 1975/76.

3. *Lo svolgimento di tre linee di pensiero, oltre lo Stato a partito unico*

Dal primo dopoguerra la figura del partito politico di massa aveva progressivamente assunto un ruolo pubblicistico sconosciuto alla precedente tradizione costituzionalistica³⁶. Anche il Partito Nazionale Fascista (PNF), fondato nel 1921 da Mussolini (per effetto della trasformazione del Movimento dei fasci italiani di combattimento che era stato costituito nel 1919), era partito di massa³⁷; per fasi incrementali (eliminando il pluralismo, il diritto di opposizione e tutte le libertà che ne derivano), divenne partito unico avente personalità giuridica (per espressa dizione del legislatore dal 1938)³⁸, qualificato come elemento essenziale dell'organizzazione costituzionale dello Stato³⁹. L'ordinamento del partito era determinato dallo statuto e dai regolamenti an-

³⁶ Sull'evoluzione del ruolo del partito politico nel passaggio dal modello partitico proprio della tradizione liberale ottocentesca al partito di massa si veda P. Ridola, *Partiti politici*, cit., pp. 69 ss. Per l'esperienza italiana si rimanda a P. Pombeni, *Storia dei partiti italiani dal 1848 ad oggi*, Bologna, 2016, pp. 83 ss.

³⁷ Con un seguito elettorale di massa e una struttura organizzativa e associativa capillare, radicata ed estesa in tutto il territorio nazionale. Per vero, nell'*incipit* del primo statuto del 1921 definito «una milizia volontaria posta al servizio della Nazione». Tale indicazione resterà, pur con modifiche, negli statuti successivi. Il testo è reperibile in Aquarone, *op. cit.*, pp. 315 ss.

³⁸ Art. 11, R.D. 28 aprile 1938, n. 513.

³⁹ Per approfondimenti sulla figura del partito fascista si veda O. Ranalletti, G. Bortolotto, voce *Fascismo*, in *Enc. It. I Appendice*, XIV, 1938, p. 847; Aquarone, *op. cit.*, diffusamente.

nessi. È però da ricordare che dal 1929 lo statuto era approvato con regio decreto, su proposta del Capo del Governo, (al quale dal 1926 si univa il titolo di) Primo Ministro Segretario di Stato, dietro il parere consultivo del Gran Consiglio del fascismo e del Consiglio dei Ministri⁴⁰. In tal modo il Capo del Governo ne fissava di fatto le direttive politiche. Inoltre, quest'ultimo, in forza degli statuti che si succedettero nel tempo, intervenne anche nell'organizzazione mediante la nomina delle più alte gerarchie. Così, alla previsione di un organismo gerarchico che comunque era costituito da cariche elettive e controllato da un Comitato centrale espresso dal Congresso nazionale, si andò gradatamente sostituendo un organismo più complesso, strettamente sottoposto alla volontà del Duce e articolato in tutti i gangli della società civile, della Pubblica Amministrazione e del Governo. Il Segretario del partito, nominato con regio decreto su proposta del Capo del Governo⁴¹, aveva rango di Ministro e partecipava al Consiglio dei Ministri⁴². Si aggiunga che il Gran Consiglio, il maggiore degli organi collegiali del partito, aveva avuto un ruolo importante fin dall'avvento del regime fascista per il suo tipico carattere di commistione fra Stato e partito. Presieduto dal Capo del Governo (che aveva il potere di convocarlo e di stabilirne l'ordine del giorno) e formato dai notabili del partito e da Ministri nonché da altre autorità politiche, dal 1928 diventò nuovo organo costituzionale dello Stato, accanto alle Camere e al Re, con la funzione di coordinare e integrare le attività del re-

⁴⁰ Art. 6, L. n. 2099/1929. In esecuzione di questa disposizione fu adottato il nuovo statuto, approvato con R.D. 20 dicembre 1929, n. 2137. Ne seguirono altri con R.D. 17 nov. 1932, n. 1456; R.D. n. 513/1938, composto del preambolo "Dottrina politica e sociale del fascismo" (già voce "Fascismo", scritta dal Duce per l'"Enciclopedia Italiana") e di trentasette articoli; R.D. 23 gennaio 1940, n. 33; R.D. 17 feb. 1941, n. 69.

⁴¹ Art. 7, L. 9 dicembre 1928, n. 2693.

⁴² Art. 14, R.D. n. 513/1938. Secondo l'art. 7, L. n. 1929/2099, il Segretario del partito poteva già far parte del Consiglio dei Ministri ma per disposizione speciale; era anche segretario del Gran Consiglio del fascismo, faceva parte della Commissione suprema di difesa, del Consiglio nazionale delle corporazioni, del Comitato corporativo centrale, del Comitato permanente del grano, del Consiglio superiore dell'educazione nazionale.

gime fascista senza cessare di essere organo di partito e di averne competenze tipiche⁴³.

3.1 *Partito come «formazione volontaria, a base sociale» e «organo dello Stato»*

La disputa scientifica sul PNF interessò pressoché tutti i giuristi pubblicisti italiani dell'epoca. Molti erano le questioni ritenute rilevanti dalla dottrina: il fenomeno del partito unico anche in chiave comparata, la personalità giuridica del partito, i suoi compiti, i rapporti con Capo del Governo, la figura del Gran Consiglio del Fascismo e la materia dei collegamenti sussistenti tra il partito e lo Stato⁴⁴. Nel tentativo di conferire un'organica sistemazione scientifica al nuovo ordinamento fascista, la posizione di Mortati sul PNF fu fissata fin dalla prima opera del 1931: fedele al concetto fondamentale dell'antico diritto pubblico circa il funzionamento dello Stato per mezzo di organi, il giovane costituzionalista ricomprese fra questi anche il partito, che pur conservava la sua forma associativa attraverso «i caratteri particolari della sua composizione, di origine volontaria e fornita di autonomia»⁴⁵.

⁴³ Questo riconoscimento avvenne prima per un compito determinato, secondo la L. n. 1019/1928 sulla riforma della rappresentanza politica, che assegnò al Gran Consiglio del Fascismo la funzione di determinare la lista dei candidati, denominati deputati designati, da sottoporre all'approvazione del corpo elettorale. Seguì la L. n. 2693/1928, sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo, modificata dalla L. n. 2099/1929, spec. art. 1. È da notare che dal dicembre 1922, dopo la marcia su Roma il Gran Consiglio era già esistente di fatto come organo supremo del partito e peraltro già investito di competenze che riguardavano la conduzione dello Stato. Una disamina di tale organo fu condotta, tra i molti, da P. Biscaretti di Ruffia, *Le funzioni del Gran Consiglio del Fascismo*, Milano, 1940. Peraltro, il volume fu recensito dallo stesso Mortati in polemica con l'Autore (*Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*, ora in *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1974), laddove il Mortati sottolineava l'autonomia dell'organo rispetto al Capo del Governo.

⁴⁴ Il dibattito nella dottrina fu intenso. Per una disamina delle molteplici e diverse posizioni espresse nella letteratura giuspubblicistica, non solo italiana, coeva al regime fascista circa la natura giuridica da riconoscere al PNF si rimanda a Biscaretti di Ruffia, *Rassegna di diritto costituzionale*, cit., pp. 147 s., spec. note n. 1 e 2; C.E. Traverso, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, Milano, 1983, pp. 109 ss., specie nota n. 72 p. 116.

⁴⁵ Mortati, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 192 s.

La posizione di Mortati trovò conferma nel saggio del 1941 dedicato proprio al partito unico nello Stato fascista in occasione della disputa con il giurista dell'epoca Ubaldo Prosperetti, allievo di Giuseppe Chiarelli presso l'Università di Perugia⁴⁶. Nell'occasione Mortati estese il confronto anche alla dottrina tedesca nel periodo nazista, assegnando al partito il compito di unificare Stato e popolo, conferiva altresì al partito il primato sulle strutture statali, e pure alla tesi sul partito di Esposito⁴⁷, respingendo anche la teoria maggioritaria del partito come ente ausiliario autonomo dello Stato. Quest'ultima pareva a Mortati insufficiente a dar conto di quel profondo processo storico che, attraverso la creazione di ordinamenti rappresentativi, aveva portato all'organizzazione del partito politico che, in quanto volontà organizzata, si poneva di fatto come elemento giuridicamente rilevante nella formazione della volontà dello Stato.

Mortati in rapporto allo Stato fascista costruì la figura del partito come organo dello Stato, in stretta connessione con la funzione che aveva assunto il PNF. Riprendendo le parole del nostro Autore: «il corpo elettorale assume il carattere di vero organo dello Stato, mentre i singoli cittadini sono parti costitutive di quest'organo che perciò viene ad acquisire carattere collegiale. Nel seno di quest'organo i singoli partiti, che lottano per affermare il loro predominio, corrispondono alle particolari correnti di opinioni, che possono formarsi in ogni organo collegiale, e come in questo la volontà esterna dell'organo si identifica con quella della maggioranza, così nel corpo elettorale è il partito che ha ottenuto la maggioranza dei voti che acquista il diritto di introdurre la propria concezione nella vita dello Stato, attraverso quei congegni, esistenti ed operanti, che tendono a mantenere, in misura più o meno rigida secondo il grado di organizzazione delle forze politiche, la conformità tra le direttive poste dagli elettori ed i provvedimenti decisi dagli eletti. Ora la funzione, che si è vista propria del partito, non muta per il fatto che, in un determinato momento, la legge dia ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di farla valere e ve-

⁴⁶ Cfr. nota 24.

⁴⁷ C. Esposito, *Lo Stato fascista*, in «Jus», 1940, pp. 1 ss.

derla realizzata nell'azione statale. Il partito, in tale situazione, non solo conserva, ma vede accentuato quel carattere di organo dello Stato, che era, come si è visto, attribuibile precedentemente al corpo elettorale»⁴⁸.

Per Mortati, nello Stato fascista il partito era concepito rigorosamente ed esclusivamente nella veste giuridica di organo dello Stato, secondo il principio dell'indissolubile compenetrazione degli interessi del partito con quelli dello Stato. Era questa per il nostro Autore la trasformazione più evidente che caratterizza il partito degli anni Trenta, come anche Gaspare Ambrosini metteva in luce in quegli stessi anni⁴⁹. In particolare, l'azione del partito unico si sostanziava «in una fase di preparazione, di impulso, di controllo dell'attività dello Stato, per rendere questa concordante con le aspirazioni del popolo, dall'altra del costume politico dei cittadini, per elevare la volontà di questi alle esigenze trascendenti, incorporate nello Stato»⁵⁰. Tuttavia, alla base del sistema rimaneva ciò che il partito rappresentava nel sociale. «Partito organo» «non può significare burocratizzarlo, assimilarlo ad una delle comuni branche dello Stato, ma anzi esige il mantenimento del suo carattere di formazione volontaria», cui spetta «la difesa e il potenziamento della rivoluzione antifascista e l'educazione politica degli Italiani»⁵¹.

È da osservare che il giurista calabrese esplorava il nuovo ma restando nel solco della tradizione giuspubblicistica, poiché tutto rimaneva inquadrabile nella figura dell'organo, a sua volta necessariamente da riferire al permanente dominio esclusivo dello Stato sovrano⁵². In tal modo, Mortati si poneva nell'ottica di espansione della tradizione giuspubblicistica ma, nel contempo, andava formando la nuova dottrina giuridica della costituzione, tesa a inglobare le nuove problematiche costituzionali e non a espungerle.

⁴⁸ Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., pp. 507-509.

⁴⁹ G. Ambrosini, *Il partito fascista e lo Stato*, in «Civiltà fascista», 8, 1934, pp. 39 ss., ma anche Id., *Partito e Stato*, in O. Fantini (a cura di), *Il partito nella dottrina e nella realtà politica*, Rassegna Universitaria Fascista, Roma 1931, pp. 100 ss.

⁵⁰ *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p. 511.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione.*, cit., p. 134.

3.2 Partito come «mezzo organizzativo» proprio dello Stato moderno

Il modello del PNF era quello che Mortati osservava nella realtà storico-giuridica degli anni Trenta e che certamente influenzò la sua speculazione scientifica, per alcuni aspetti anche contribuendo a fornire un sostrato teorico a quello stesso modello⁵³. Tuttavia, è dato di osservare che il nostro Autore impostava la sua indagine scientifica in una prospettiva di teoria generale, inserendo a pieno titolo il partito politico all'interno dello Stato moderno e dello Stato di diritto, oltre le vicende contingenti dello Stato fascista⁵⁴. Specie in apertura e chiusura della sua opera di esordio del 1931, dedicata al nuovo assetto del potere governativo, egli era animato dal proposito di inquadrare le potestà governative (non solo del nuovo ordinamento italiano), proprio allo scopo di delinearne le fondamenta nell'ambito dell'evoluzione dello Stato moderno. In particolare, per Mortati

⁵³ Delicata e per alcuni studiosi ancora oggi controversa la questione della posizione di Mortati rispetto al regime fascista. Aderì al PNF nel 1927 (peraltro lo stesso anno in cui si iscrisse alla neo-istituita Facoltà romana di Scienze Politiche). Tuttavia, è da notare un atteggiamento pressoché unanime tra i cultori del diritto pubblico e costituzionale nel considerare che Mortati non si schierò apertamente a favore del regime e che, semmai, egli volse lo sguardo alle forze politiche del suo tempo e dunque anche al regime fascista. La sua opera scientifica, in ogni modo, va letta nei limiti della temperie politica di quegli anni. Peraltro, Zagrebelsky osserva pure che la dottrina della costituzione materiale non assurse mai a teoria ufficiale del fascismo, esercitando una maggiore influenza sulla genesi dello Stato repubblicano italiano (Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XII). Decisamente più critico appare l'orientamento (peraltro motivato dal giudizio espresso su Mortati da diversi cultori della storia moderna) espresso dalla costituzionalista D'Amico che, in riferimento al tema della continuità fra il regime fascista e la Costituzione repubblicana, definisce Mortati «ideologo del partito fascista» (D'Amico, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione Repubblicana*, cit., pp. 219 ss.). In argomento M. Di Gregorio, *La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica*, in P. Barucci, P. Bini, L. Conigliello (a cura di), *I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre*, Firenze, 2020, pp. 23 ss.

⁵⁴ Mortati, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 4 e *passim*; Id., *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in «Annali della Regia Università di Macerata», XIV, 1941, ora in *Raccolta di scritti*, cit., IV, pp. 444 ss.; Id., *La Costituzione in senso materiale*, cit., spec. p. 84. Si precisa che sia in questa nota sia in quelle successive il rimando alla pagina fa riferimento all'edizione del 1940.

ti quest'ultimo si distingueva per l'«attributo di rappresentanza», con «la partecipazione alla vita dello Stato, in forma più o meno intensa ed immediata, di gruppi sempre più vasti della popolazione»⁵⁵. E, per effetto di questo carattere, il partito si presentava quale suo strumento organizzativo indefettibile, quasi «espressione specifica delle trasformazioni più generali dello Stato, indotte dal suffragio universale, dall'accesso di una pluralità di classi alla politica ufficiale»⁵⁶. In proposito Zagrebelsky afferma che «in questo consiste la "modernità": essa è data dalla rappresentatività dello Stato, cioè il riconoscimento, entrato nella coscienza comune moderna, del diritto di ogni cittadino alla partecipazione alla cosa pubblica»⁵⁷.

Anche l'interesse di Mortati per lo Stato fascista si inserisce in questa linea di evoluzione. Per il suo specifico carattere storico, questa forma di Stato rappresenta uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno, secondo il principio della separazione dei poteri, nella fase post liberale. Si aggiunga che, poiché il fascismo sviluppa la rappresentatività su un piano più alto dello Stato oligarchico liberale, caratterizzato dalla presenza dei partiti di origine parlamentare, «ne realizza una fase di ulteriore perfezionamento»⁵⁸. Secondo l'interpretazione mortatiana del nuovo ordinamento costituzionale fascista, se la figura del partito rappresenta il superamento dello Stato liberale, il suo riconoscimento all'interno dello Stato di massa richiede pertanto una profonda revisione delle istituzioni liberali. In particolare, nella nuova forma di Governo l'elaborazione dell'indirizzo politico unificante si compie con strumenti diversi da quelli borghesi-parlamentari, e, per vero, si svolge al di fuori dal Parlamento. Il partito, in ragione della natura di «aggregato sociale» in grado di operare una sintesi politica che come tale entra a far parte dell'indirizzo politico dello Stato, viene giuridicizzato («il partito si fa Stato») lungo il circuito che parte dal corpo elettorale e, attraverso il partito di massa, giunge al Capo del

⁵⁵ Mortati, *L'ordinamento del Governo*, cit., pp. 187 e 224. In tal senso anche Id., *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 84.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XXI s.

⁵⁸ Mortati, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 223 s.

Governo. Nel nuovo ordinamento il Governo si sgancia dal Parlamento, per collegare direttamente il primo, tramite il nuovo strumento del partito di massa, al corpo elettorale secondo una «costante e completa connessione fra lo Stato e la società»⁵⁹.

Anche nel saggio *Sulla posizione del partito politico nello Stato* Mortati si propone di cogliere la figura del partito politico nella sua interezza, riconoscendone il suo ruolo nel diritto pubblico: «sinché il momento della scelta dei vari interessi da imporre all'azione statale si svolgeva nell'interno della coscienza del sovrano assoluto, o nell'ambito di un consiglio segreto [...] era giusto ritenerlo irrilevante per il diritto. Allorché invece, attraverso la creazione degli ordinamenti rappresentativi, si organizzò la parte del popolo ritenuta capace di volontà politica, il momento, di cui si è parlato, divenne, in forza appunto di quella organizzazione, elemento giuridicamente rilevante del processo di formazione della volontà dello Stato. Il partito è precisamente l'organismo sociale, che spontaneamente nasce nel seno dell'amorfo ed indifferenziato corpo elettorale allo scopo di dare ad esso una coscienza politica, nonché la capacità di formare ed esprimere una volontà unitaria, che esso, di per sé, non ha. Il partito appare perciò un portato non solo utile, ma necessario della partecipazione dei ceti popolari alla vita dello Stato, in quanto mezzo di esplicazione del compito ad essi attribuito di imprimere all'azione di questo un determinato contenuto politico»⁶⁰.

Con le sue osservazioni sulla funzione del partito nello Stato moderno (democratico o non democratico) legata alla vita e alla funzione del sistema rappresentativo, Mortati richiama le problematiche già proposte da Gaspare Ambrosini, inserendosi in una linea di riflessione più ampia che ha origini precedenti al regime fascista. Come è noto, è di quest'ultimo Autore la primigenia speculazione nella dottrina italiana sulla nascita del sistema dei partiti di massa dopo l'introduzione del suffragio universale (maschile) nel primo dopoguerra⁶¹. Negli anni Trenta

⁵⁹ Ivi, p. 63.

⁶⁰ Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p. 507.

⁶¹ Ambrosini, *op. cit.*, *passim*. Si veda F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004, pp. 83-96.

quel filone di studi fu poi alimentato anche da altri studiosi, tra i quali Esposito⁶², Zangara⁶³ e Gueli⁶⁴.

3.3 Partito come «elemento strumentale» della costituzione in senso materiale

A completamento del percorso scientifico intrapreso negli anni Trenta, Mortati, pregno di una lettura critica della dottrina giuspubblicistica tedesca (specie della *Über Verfassungswesen* lassaliana del 1862 e della *Verfassungslehre* schmittiana del 1928), fissò la rilevanza dei partiti e il loro ruolo condizionante gli ordinamenti nella teoria della costituzione in senso materiale e dunque prima ancora del riconoscimento formale operato nelle costituzioni scritte del secondo dopoguerra. Arrivò a questo approdo del suo percorso scientifico alla ricerca di una teoria che fosse al tempo stesso concreta e giuridica, con il fine di «considerare le norme in connessione (necessaria) con l'ordinamento, posto come giuridico, in quanto collegato [...] con un'organizzazione di forza sociale, capace di conferire ad esso effettività»⁶⁵.

Come è noto, per il nostro Autore, «indipendentemente dalla particolarità delle singole figure di Stato», prima e al di sopra della «costituzione formale», è da ricercare la c.d. «costituzione (originaria o) materiale». Questo concetto consiste in quel nucleo essenziale «(d)i fini e (d)i valori su cui convergono le forze politiche dominanti» (o la forza dominante, com'era al tempo in cui l'Autore scriveva), il quale regge ogni ordinamento e determina l'assetto istituzionale vigente. I due concetti giuridici sono

⁶² C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino, 1938.

⁶³ Si veda la prolusione, tenuta il 27 gennaio 1938 a La Sapienza da V. Zangara, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Bologna, 1938; Id., *La rappresentanza istituzionale*, Bologna, 1939. Da ultimo su questo Autore F. Lanchester, *La rappresentanza nello Stato di massa tra partiti e plebiscito: il percorso di Vincenzo Zangara*, in Id. (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*, Milano, 2019, pp. 1 ss.

⁶⁴ V. Gueli, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di Governo*, in «Riv. It. Per le scienze giuridiche», XVII, 1942.

⁶⁵ Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 91. Per approfondimenti Zagrebelsky, *Premessa*, cit., pp. XV s.

in rapporto dinamico (e non in contrapposizione), proprio secondo l'azione delle forze politiche dominanti⁶⁶.

Dell'insegnamento mortatiano sulla costituzione materiale va qui soprattutto considerato il ruolo fondamentale assegnato al partito politico. A tale fine sia consentito riportare un passo nel quale, forse meglio e più compiutamente che in altri, è espresso il pensiero del nostro Autore: «È pertanto nello Stato moderno il partito il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come uno degli elementi, quello strumentale, necessari a comporre il suo contenuto, la sua materia tipica. L'altro elemento, il materiale, è dato [...] dall'idea, cioè da uno scopo, comprensivo tanto da consentire di apprezzare in modo unitario i vari interessi che si raccolgono intorno allo Stato; così rigido da porsi come punto fermo anche attraverso le oscillazioni dei rapporti di forza possibili a verificarsi nel tempo, ma, anche, così elastico da poter presiedere allo svolgimento della vita associata, consentendo gli adattamenti da questo richiesti»⁶⁷.

È da osservare l'origine storica della ricerca mortatiana, nella quale molti hanno ritenuto di intravedere i segni dell'esperienza storica contestuale al suo avvio («la preminenza del partito fascista e della sua ideologia sull'apparato normativo e istituzionale imperniato sullo Statuto albertino») ⁶⁸. Ma il riferimento ad un partito, ed eventualmente ad un partito unico, non è da intendersi alla lettera, quasi che la dottrina di Mortati sia stata elaborata con riguardo esclusivo ai regimi totalitari monopartitici. Egli, nel tentativo di dare una spiegazione al fenomeno dell'origine delle costituzioni, si richiama ai partiti quali «associazioni» che nei sistemi costituzionali moderni, siano essi più o meno democratici, assumono sia «una propria concezione generale [...] e tendono a tradurla nell'azione concreta statale, con

⁶⁶ Concetto intrinsecamente giuridico come spiegato in Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 80 ss. Sul punto alcuni spunti già in Id., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., pp. 150 ss.

⁶⁷ Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 87-88.

⁶⁸ Nella sua introduzione alla ristampa del volume *La Costituzione in senso materiale*, Gustavo Zagrebelsky afferma che la concezione mortatiana è pensata in riferimento al partito unico, conformemente alla volontà del regime. La sua è una lettura antipluralista, poiché il partito unico è la conseguenza inevitabile dell'impostazione mortatiana. Si veda Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XIII.

l'esclusione delle concezioni ad essa contrastanti» sia «un'organizzazione [...] in grado di costituire un centro di attrazione per nuovi aderenti e per la conquista del potere»⁶⁹. Come già espresso autorevolmente, la costituzione in senso materiale non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista⁷⁰.

4. *In tema di continuità, oltre quegli anni*

Nel periodo transitorio e provvisorio verso l'approvazione della Costituzione repubblicana (1944-1947) e anche negli anni che seguirono in vigenza della Carta, di fronte a ulteriori e nuovi mutamenti, Mortati continuò a prestare viva attenzione allo Stato moderno, specie ora alla sua crisi e ai nuovi rapporti tra diritto e politica, come disegnati nelle costituzioni del Novecento dai nuovi partiti politici dominanti. Per la dottrina costituzionalistica egli rimase fedele ai suoi orientamenti di fondo: dal ragionamento condotto sulla base di una metodologia realista e orientata su principi prevalenti all'interno dell'ordinamento, egli riadattò il suo pensiero in rapporto allo sviluppo dei principi e dei valori costituzionali democratici propri dei nuovi partiti politici⁷¹. A questo proposito, lo stesso Mortati difese le proprie posizioni dottrinali, adducendo di aver sempre evidenziato che l'evoluzione dello Stato moderno si era caratterizzata per la riduzione dei poteri del Parlamento, l'aumento dei poteri in capo all'Esecutivo e l'ampliamento degli istituti di democrazia diretta⁷². E che dunque alcune riforme del regime fascista erano rispondenti a quelle esigenze reali.

⁶⁹ Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 84 s.

⁷⁰ Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XIII.

⁷¹ Nel senso della continuità, *ex multis*, Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, cit., pp. 8 ss.; S. Prisco, *Il partito politico nel pensiero politico di Costantino Mortati*, in Lanchester, *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., p. 381.

⁷² Mortati si esprime in questi termini nella lettera di replica a Scelba quando, nel novembre del 1944, egli decise di iscriversi alla Democrazia Cristiana e in quel frangente gli vennero contestate alcune sue prese di posizione contenute negli scritti pubblicati negli anni del regime, che parevano esprimere una «sconveniente benevolenza» verso il fascismo (così era scritto nella lettera di Scelba, che poneva *sub*

Nei numerosi saggi dedicati al nuovo ordinamento che stava per delinearsi, in particolare ne *La Costituente* e in altri saggi⁷³, il nostro Autore riaffermò l'impostazione che verteva sulla funzione e la struttura delle forze politiche e sociali nello Stato di massa, articolandola nell'ambito di quello che ormai era divenuto lo Stato pluralistico, così sostituendo al "partito unico" il "sistema dei partiti"⁷⁴.

Peraltro, in quegli anni Mortati fece parte del gruppo dei costituzionalisti che operavano nella Democrazia cristiana (insieme a Ambrosini, Amorth, Tosato) e svolse, a varie riprese, rilevanti compiti pubblici, oltre l'insegnamento universitario e la ricerca scientifica: nel 1945 venne designato per quel partito membro della Commissione per la riorganizzazione dello Stato presso il Ministero per la Costituente, lavorando nella Sottocommissione per i problemi costituzionali, e fu anche componente della Commissione per la predisposizione della legislazione elettorale per la Costituente; candidato nella lista nazionale del partito, nel 1946 venne eletto all'Assemblea costituente, dove partecipò attivamente sia ai lavori assembleari sia ai lavori della Commissione ristretta dei settantacinque (componente della Seconda Sottocommissione impegnata per l'organizzazione costituzionale dello Stato) e della Commissione per la redazione finale del testo; dal 1960 al 1972 fu componente della Corte costituzionale

iudice la domanda). Per approfondimenti sull'intera vicenda si veda F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, in «Rivista AIC», 2, 2018, in particolare pp. 10 ss e D'Orazio, *L'archivio Mortati: prime considerazioni*, cit., in «Nomos», 1, 2016, pp. 3 s.

⁷³ C. Mortati, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945. È da notare che in quella fase il concetto di costituzione in senso materiale assunse per Mortati una funzione quasi unificante tale da poter generare un accordo tra le forze costituenti. Tale funzione ritornerà anche nel 1962 (voce Costituzione per Enciclopedia del diritto, in *Raccolta di scritti*, cit., II, p. 81 e ora riedita, con introduzione di A. Barbera, *Una e indivisibile*, Milano, 2007).

⁷⁴ C. Pinelli, voce *Costituzione formale-costituzione materiale*, in *Dizionario di storia*. Treccani online, 2010 <[https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzione-formale-costituzione-materiale_\(Dizionario-di-Storia\)/>](https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzione-formale-costituzione-materiale_(Dizionario-di-Storia)/>) (consultato il 23/02/2024). Peraltro, quest'ultimo ha evidenziato che quel trasferimento riuscì anche per ragioni storiche, in quanto i partiti democratici parteciparono alla stesura del testo della Costituzione e corrisposero così ben più fedelmente di quello fascista alla funzione che Mortati aveva ascripto alla costituzione materiale.

le (per nomina del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi), divenendone vicepresidente nel 1962.

È da osservare che per Mortati il sistema dei partiti rimaneva fuori dall'organizzazione dello Stato, affidato alla spontanea volontà dei cittadini che lo formano e lo fanno funzionare. Quasi un «ponte di passaggio fra la società politicamente colorata e l'apparato autoritario dello Stato»⁷⁵. In particolare, pare significativo ricordare che, all'interno di una concezione organicistica molto articolata, il partito esprimeva una funzione determinante per l'esplicazione dei diritti politici e caratterizzava la forma di Stato di democrazia pluralista. In un passo delle *Istituzioni di diritto pubblico*, a partire dalla quarta edizione del 1958, Mortati evidenziava come «l'articolo 49 fosse collocato sotto la parte prima della Costituzione dedicata ai diritti fondamentali dei cittadini e fosse formulato in modo da mettere in risalto come spettati ad essi il diritto di concorrere a formare la politica nazionale sia pure servendosi dello strumento del partito. [...] Ciò perché deve ritenersi esistente una connessione istituzionale del sistema dei partiti non già solo con la forma di governo, ma con la complessiva forma dello Stato, costituendo elemento essenziale a caratterizzare la posizione fondamentale del cittadino e mezzo necessario di svolgimento della personalità di questi»⁷⁶.

Pare questo uno dei più significativi lasciti del costituzionalista Mortati per il tempo presente, nel quale sempre meno elettori e cittadini partecipano a determinare la politica nazionale, come dimostrano i dati sugli iscritti a partiti e movimenti, quelli sul crescente astensionismo elettorale e pure quelli sul debolissimo finanziamento volontario. Certamente la causa è anche da ricercare nel modello dei partiti politici, che oggi si presenta con caratteri assai diversi da quelli mortatiani: partiti leggeri, senza organizzazione, senza insediamento territoriale, senza sviluppo di una cultura politica di sostegno⁷⁷. Si aggiunga la presenza, oltre i partiti di massa (se non in sostituzione) dei c.d. "partiti

⁷⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, V ed., 1958, p. 621.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ G. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2018, Saggi e articoli – Parte II.

personali”, per manifesto rafforzamento, più o meno marcato, della *leadership interna* (da ultimo anche per mezzo delle nuove tecnologie)⁷⁸.

Per rimettere in moto la partecipazione, si potrebbe intervenire sulla formazione, specie nell’ambito della materia di natura trasversale “educazione civica”, reintrodotta nei programmi scolastici del primo e del secondo ciclo di istruzione dalla legge n. 92 del 2019, secondo apposite linee guida predisposte dal Ministro dell’istruzione. Per la materia, che pur si disperde in mille rivoli, è fissato l’obiettivo di contribuire a «a formare cittadini responsabili e attivi e a promuovere la partecipazione piena e consapevole alla vita civica, culturale e sociale delle comunità, nel rispetto delle regole, dei diritti e dei doveri»⁷⁹. Peraltro, questa indicazione normativa appare in sintonia con l’osservazione di Mortati, fissata nella premessa alla VII e ultima edizione delle Istituzioni di diritto pubblico: «sarebbe diseducativo un insegnamento degli studi giuridici che si limitasse a dare ai giovani che ad essi si iniziano un’arida conoscenza di schemi astratti; se non li si abituasse a rivolgere la loro attenzione ai valori e agli interessi di cui istituti e norme giuridiche sono espressione, quali elementi di una inesaurita “lotta per il diritto”; se non si instilasse loro il sentimento del dovere di non separare conoscenza giuridica e conoscenza civica»⁸⁰.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Art. 1, c. 1, L. 20 agosto 2019, n. 92, “Introduzione all’insegnamento scolastico dell’educazione civica”. Per osservazioni critiche si veda A. Poggi, *Non cognitive skills, cittadinanza ed educazione civica*, in G. Chiosso, A. Poggi, G. Vittadini (a cura di), *Viaggio nelle character skills. Persone, relazioni, valori*, Bologna, 2021, pp. 185 ss.; S. Panizza, *La reintroduzione dell’insegnamento scolastico dell’educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze*, in «Diritti fondamentali», 2, 2019.

⁸⁰ Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. IX.

Giovanna Montella

Il rapporto tra Popolo e Potere nelle riflessioni di Costantino Mortati durante il periodo maceratese

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di ricostruire il percorso teorico del Mortati, attraverso la lettura di alcune pagine essenziali delle Sue opere negli anni in cui fu professore e rettore dell'Università di Macerata. Si vogliono ripercorrere alcune pagine significative dell'opera di Costantino Mortati di quel periodo per evidenziare il suo contributo essenziale alla scienza e alla metodologia del diritto pubblico. Il tema del rapporto tra popolo e potere rappresenta sotto molti aspetti, il fulcro della sua teoria giuridica.

The aim of this work is the reconstruction of Mortati's theoretical path through the study of some essential pages of his works during the period in which he was professor and rector at the University of Macerata.

We will revisit some significant sections of Costantino Mortati's work from that period to highlight his essential contribution to the science and methodology of public law. In many ways, the cornerstone of his legal theory is the theme of the relationship between the people and power.

PAROLE CHIAVE: Mortati, Teoria, Popolo, Potere, Fulcro.

KEYWORDS: Mortati, Theory, People, Power, Cornerstone.

SOMMARIO: 1. Le radici culturali per la definizione dei concetti di popolo e nazione – 2. Sulla separazione dei poteri e sul governo.

1. *Le radici culturali per la definizione dei concetti di popolo e nazione*

Gli anni di ricerca, studio e insegnamento presso l'Università di Macerata, rappresentano per Mortati il passaggio costruttivo forse più importante per la carriera accademica dell'insigne giurista.

Sono gli anni in cui vengono approfondite ulteriormente le riflessioni sul rapporto tra Politica e Diritto, gli anni dell'analisi puntuale del Governo Mussolini e dello studio degli elementi fondamentali della struttura formale della legge e dell'atto amministrativo¹.

Un periodo ricco di spunti culturali che diedero ancor maggiore sviluppo ad una impostazione metodologica dalla quale prenderanno avvio le due grandi tematiche caratterizzanti del suo pensiero: la teoria della Costituzione in senso materiale e la critica alla separazione dei poteri.

Sono questi i muri portanti e confinanti della sua dialettica giuridica dai quali a mio avviso occorre partire.

Per quanto concerne la costituzione materiale, il Mortati procede da un assunto: la costituzione in senso formale rileva esclusivamente in quanto derivazione da quella materiale che si configura a sua volta come attuazione e conservazione di valori assoluti di cui è portatore il gruppo di potere dominante.

Attuazione e conservazione che debbono essere rinvenute altrove e non all'interno del mero funzionamento degli ingranaggi, dei congegni tecnici previsti dalla Costituzione formale.

Più semplicemente, egli reputa illusorio restare sulla strada già percorsa e attribuire a espedienti quali separazioni o equilibri di poteri, il valore di una garanzia di sicura efficacia «atta ad assicurare il mantenimento dell'attività di direzione dello Stato nell'ambito dei fini superiori dell'ordinamento»².

¹ C. Mortati, *L'Ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931; C. Mortati *Volontà e causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935.

² «Deve piuttosto ritenersi che la costituzione originaria pemanga, come una costituzione che si potrebbe chiamare alla seconda potenza, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della stessa sua natura [...] tendente a compenetrarsi con essa secondo un processo [...] di razionalizzazione del potere». Così C. Mortati in *La Costituzione in senso materiale*, Milano,

La Costituzione, per il Mortati della fine degli anni 30 del novecento, viene identificata come egemonia della classe dominante in grado di avere efficacia sulle volontà dei singoli individui riuniti nel gruppo dei consociati legati dal comune senso di appartenenza. Il ch  pone peraltro in evidenza una connotazione metodologica che va ricercata al di fuori delle linee epistemologiche acquisite dal costituzionalismo moderno.

Il Mortati, studioso e grande giurista, ha nutrito un notevole interesse per le teorie di Carl Schmitt, uno dei massimi rappresentanti della scuola della *Verfassungslehre*, come dimostrano i numerosissimi riferimenti al giurista di Plettemberg nelle sue opere. Tuttavia, nell'edizione della Costituzione in senso materiale del 1940, formula una severa critica concettuale alla teoria dell'unit  politica del popolo schmittiana che giudica carente dal punto di vista della determinatezza ed allo stesso tempo gli fa esprimere il timore per l'incertezza e la pericolosit  degli sviluppi successivi della stessa, ben consapevole della possibile strumentalizzazione in atto e futura che port  alla negazione della dignit  umana dalla *Kristallnacht* in poi.

Scorrendo le sue pagine si percepisce come l'affermazione della superiorit  degli amici sul gruppo di nemici appaia coerente con il proposito di Mortati di collocare il senso ontologico dello Stato proprio in quell'appartenenza spirituale quale elemento fondante della sua unit ³.

Una visione questa che appare decisamente legata alla teoria delle successive neutralizzazioni di Carl Schmitt in cui nelle diverse epoche storiche il popolo confluisce verso un tema portante che sia religioso, morale o economico, attorno al quale si sviluppa il moto temporale frutto della dialettica amico/nemico⁴.

1940, p. 134. A proposito di razionalizzazione del potere, in questo passaggio appare chiaro il suo tentativo di ragionare sul rapporto tra lo Statuto Albertino ed il regime che in Italia si era in quegli anni oramai consolidato come rappresentazione egemonica del partito nazionale fascista quale costituzione alla seconda potenza posta accanto a quella del 1848, quasi in un tentativo di giustificare teorizzandolo il nuovo potere e cercando di coglierne gli elementi di stampo liberale.

³ C. Magnani, *Teorie novecentesche della Costituzione. Tra Stato, sovranit  e soggetto costituente*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 1, giugno 2002, p. 135.

⁴ C. Roehrsen, *Governo, legge, politica*, Milano, 1969, pp. 173 ss.; C. Roehrsen,

Il popolo dunque è legato da un comune sentimento di somiglianza spirituale che ritroveremo nello scritto del 1943 noto come *La Prolusione napoletana* pubblicato quasi 30 anni dopo, nel 1972, con il titolo: *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*.

A mio avviso non è da trascurare la percezione di una certa influenza, da parte del giurista calabrese, derivante dal pensiero e dalla forte personalità di Romolo Murri (dal Mortati quasi mai citato), animatore del primo circolo universitario cattolico e, fondatore nel 1896, assieme alla rivista *Vita nuova* della Federazione cattolica universitaria (FUCI) alla quale Mortati aderì ed alla quale aderirono nel dopoguerra anche La Pira e Moro, con i quali condivise l'esperienza dell'Assemblea Costituente.

D'altronde mi sembra difficile non immaginare che all'età di 30 anni egli non avesse già piena contezza di quanto Murri nel 1921 pubblicò sul primo numero della rivista *Rinascimento*: un lavoro dal titolo *Storia e coscienza nazionale*, in cui poneva l'accento sul valore terminologico dei lemmi «coscienza» e «nazionale» affermando la sussistenza di quei valori solamente rispetto ad un popolo organizzato in Stato, vale a dire una Nazione quale «complesso di abitudini, di pensieri e volizioni attuali comuni a tutti gli appartenenti a un popolo e al suo Stato (che può spesso non coincidere con lo Stato giuridico e politico, ma stare anzi fuori di esso, in parte contro di esso)»⁵.

Peraltro nel 1923 Murri ritornerà su quei temi e sul concetto della solidità di una organizzazione statale che sia fondata sulla volontà del popolo; un popolo intento ad agire in modo pronto e sicuro al fine di evitare la dispersione dell'attività dello Stato in una molteplicità di organi, ma, alle cui fondamenta vi sia una «superiore e unitaria espressione della coscienza dei cittadini»⁶.

Volendo individuare ulteriori elementi ai fini di una più ampia ricognizione circa le suggestioni culturali presenti nell'opera di Costantino Mortati, ci porta a ritenere altrettanto importante il suo interesse per le teorizzazioni di Heinrich Triepel.

G. Montella, *Itinerari tra diritto e politica*, Torino, 2000, pp. 106 ss.

⁵ R. Murri, *Storia e coscienza nazionale*, in «*Rinascimento*», 1, 1, 1 marzo 1921, p. 5.

⁶ R. Murri, *La conquista ideale dello Stato*, Milano, 1923, p. 13.

Ne *L'Egemonia* Triepel sostenne, infatti in maniera molto incisiva, che solo la volontà del popolo può conferire a sé stessa la sua potenza esterna dominante e ciò per costruzione di una volontà unica in grado di avere efficacia su altre volontà, nonché attraverso la creazione di un gruppo di dirigenti e diretti in grado di perseguire, solo se appartenenti alla stessa specie, una finalità comune, cioè il *piano spirituale*⁷.

Quanto evidenziato in precedenza è utile per tracciare un filo conduttore attraverso le esperienze culturali del Nostro.

La vicinanza con la regressione ontologica che interrompe il cammino verso la progressione epistemologica dello studio della teoria generale del diritto e dello Stato, va valutata con attenzione: il concetto di persona che successivamente illustrò le pagine del Mortati parrebbe condurre piuttosto verso elementi teorici vicini alla solidarietà sociale di derivazione cattolica; sono numerosi, infatti, gli elementi di armonizzazione che appaiono derivati dalla lettura di Maritain e Mounier⁸.

Inoltre, le osservazioni presentate attraverso la Prolusione al Corso di Istituzioni di diritto pubblico, tenutasi presso il Regio Istituto universitario navale di Napoli il 23 marzo 1943, mostrano, relativamente al concetto di Nazione, la consapevolezza dello studioso della difficoltà di riconoscere come l'impedimento alla costruzione effettiva dell'unità spirituale sia collegata all'impossibilità, di raggiungere una condizione di dignità sostanziale tra i componenti del gruppo al fine di consentirne l'omogeneità, elemento giudicato indispensabile per giungere alla consapevolezza dei caratteri specifici dei consociati⁹.

Si tratta di un livello di consapevolezza altissimo in grado di costruire l'essenza spirituale del popolo che si sarebbe definitivamente consolidata solamente in seguito alla contrapposizione con altri popoli tenuti insieme da una analoga forza spirituale,

⁷ H. Triepel, *L'egemonia*, Firenze, 1949, pp. 88 ss.; 93 ss.

⁸ Cfr. J. Maritain, *Primauté du spirituel*, Paris, 1927; Id., *Le crépuscule de la civilisation*, Paris, 1939; *Christianisme et démocratie*, New York, 1943; Id., *Principes d'une politique humaniste*, New York, 1944; E. Mounier, *Manifeste au service du personnalisme* (1936), Paris, 1961.

⁹ C. Mortati, *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, pp. 553 ss.

solo così si sarebbe creato un rapporto di pari dignità tra due Stati nazionali¹⁰.

La connessione tra popolo e nazione avviene, per il Mortati, attraverso l'acquisizione, negli appartenenti al gruppo, della coscienza della somiglianza, nonché del sentimento di solidarietà derivante da caratteri comuni. È evidente la vicinanza di queste opinioni con le suggestioni culturali sopra evidenziate, ma non è tutto: da pagine come queste si può apprezzare altresì la grande attenzione del Mortati verso i giuristi francesi che hanno operato sotto la Terza Repubblica, tra i quali in particolare Léon Duguit che già nel 1901 pubblicava *L'État, le droit objectif et la loi positive*, il cui primo capitolo era dedicato alla definizione del concetto di *solidarité sociale* come similitudine di individui.

La solidarietà per Duguit non deve essere confusa con la carità né con la fraternità in quanto queste ultime sono da considerare come doveri morali dell'uomo; la solidarietà è per Duguit un fatto da cui scaturisce una regola di condotta, la constatazione dell'esistenza di una coincidenza di scopi ed effetti per il perseguimento del bene comune¹¹.

Il concetto di unità che prende vita dalla *solidarité sociale* intesa nel senso di omogeneità di tensione verso un comune sentire sociale, porta ad una nazionalità che diviene il fondamento della nascita dello Stato; è un'unità che si realizza in quanto viva nella coscienza dei partecipi al gruppo, un'unità – come sosterrà il Mortati – «che si alimenta continuamente in seguito alla adesione di ciascuno dei membri» creando un ordine all'interno

¹⁰ C. Mortati, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini», 2, 1973; C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pp. 18 ss.; C. Schmitt, *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972; R. Smend, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1955, pp. 119 ss., H. Tripel, *Die Hegemonie. Ein Buch von Führenden Staaten*, Stuttgart, 1938, pp. 125 ss.; R. Murri, *La conquista ideale dello Stato*, Milano, 1923, pp. 15 ss.

¹¹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, pp. 23 ss. Dove tra l'altro si sottolinea come, a differenza di quanto affermato dal cristianesimo (ama il tuo prossimo) e dall'etica repubblicana (agisci come fratello con gli altri uomini, uguali a te e liberi come te), la dottrina della solidarietà non impone, ma, consiste solamente nel fatto che gli uomini, solidali l'un l'altro, agiscono per la soddisfazione del bene comune. cfr. R. Bonnard, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales*, in «Archives de philosophie du droit», 1-2, 1932, pp. 7 ss.

della struttura statale¹². Questo è un dato reale, molto più di una semplice suggestione, da cui traspare un fondamento teorico di tipo ontologico comune a tutti quei giuristi che vogliono ritrovare in alcune sfere di interesse, la genesi dell'aggregazione del gruppo, primo fra tutti il Carl Schmitt della teoria delle successive neutralizzazioni¹³. Dall'unità politica del popolo discende che l'ordinamento giuridico riconosce ad ogni individuo la qualità di soggetto di diritto ed attribuisce ad ognuno una sfera di autonomia all'interno della quale esplicitare la sua personalità.

Tuttavia, la difesa della personalità del singolo, così cara al Mortati non sembra coincidente, anche se vicina, alla tutela della garanzia della personalità degli individui che rappresenta, come si è sottolineato all'inizio, un punto fermo fondamentale del costituzionalismo moderno.

Il Mortati studioso, fine giurista con una moderata sfiducia nella teorizzazione di tipo positivistico *à la Kelsen*, nell'era in cui la tendenza dello Stato nazionale era quella di allargare al maggior numero possibile di appartenenti alla comunità, lo *status activae civitatis*, sembra più interessato al pieno perseguimento, da parte del fascismo, della riaffermazione e del potenziamento del carattere nazionale dello Stato, peraltro già proclamato dallo Statuto Albertino.

Attraverso questa giustificazione-razionalizzazione del potere, che sembra essere la finalità prima della sua teoria della costituzione in senso materiale, egli avrebbe voluto creare il legame tra popolo e partito unico, quest'ultimo con il compito, di rappresentare la forza di coesione all'interno dello Stato e di garantire il funzionamento del sistema nel tempo.

Il partito unico è dunque la forza sociale la cui egemonia è la costituzione in senso materiale.

In seguito all'entrata in vigore della Costituzione, il popolo per Mortati diverrà corpo elettorale la cui principale caratteristica sarà la possibilità di partecipare attraverso il voto alle supreme decisioni dello Stato con la conseguente presa di coscienza

¹² C. Mortati, *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, pp. 565 ss.

¹³ C. Roehrsen, G. Montella, *Itinerari tra diritto e politica*, Torino, 2000, pp. 106 ss.

za di sé stesso in quanto popolo (corpo elettorale) e della sua volontà che, attraverso la mediazione dei partiti politici diviene oggetto di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico, in quanto capacità politica.

Una razionalizzazione del potere, dunque, attraverso il ricorso a un meccanismo polivalente di interpretazione dello Stato – ordinamento giuridico che, in seguito al mutamento dell'ordine politico, coincide con il carattere egemonico, non più del partito unico, ma, del pluripartitismo.

Dallo *status activae civitatis* dei primi anni del 1940 il senso della Costituzione materiale diviene lo *ius activae civitatis* del 1948, da un lato il raggiungimento dei diritti politici e dall'altro la constatazione di un popolo formato di individui non più connessi spiritualmente dal comune sentire l'appartenenza allo Stato, bensì, in maniera artificiale, trasformati dall'ordinamento in un corpo elettorale costretto a muoversi all'interno della normativa.

Ciò che traspare dall'esame di queste opinioni del Mortati è un fondamento culturale che, soprattutto nella prima fase, ha assorbito le suggestioni politiche in auge alla fine della prima guerra mondiale, soprattutto per ciò che concerne l'essenza spirituale del popolo, un popolo che per la prima volta, in occasione dell'evento bellico del 15-18, sentiva di combattere per una Patria, ancora sotto l'influsso della stagione risorgimentale, unita da nemmeno un cinquantennio.

2. Sulla separazione dei poteri e sul governo

Nel 1931 Mortati pubblica la sua prima opera dal titolo: *L'ordinamento del governo*, argomento oggetto della sua tesi di laurea, in cui si intuiscono già le linee teoriche che intende percorrere, sulla scorta della dottrina tedesca in particolare¹⁴.

I temi a lui più cari sono certamente quelli legati alla gestione organizzativa del potere, al concetto di nazione, alla forma di governo e al rapporto governo – popolo secondo una visione

¹⁴ V. *supra*.

sicuramente lontana dal formalismo giuridico di stampo kelseniano¹⁵.

Successivamente, nel 1935 appare *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, un'opera importante che ci restituisce la lezione dello studioso attento non solo alla teoria generale del diritto e dello Stato, ma anche e soprattutto alla struttura delle due tipologie di atto, declinate sicuramente alla luce della lettura di Paul Laband e della trasposizione della metodologia propria del diritto privato nel diritto pubblico.

Quella di Laband fu un'operazione culturale di enorme importanza per la scienza giuridica successiva, in quanto rappresenta la misura dell'entità di un apporto storicamente molto significativo, una fonte di cognizione teorica dalla quale Mortati ricavò grandi intuizioni¹⁶.

Nel 1941 sugli Annali dell'università di Macerata viene pubblicato lo scritto relativo al rapporto tra esecutivo e legislativo all'interno del quale Costantino Mortati propone una analisi dei dati essenziali dell'ordinamento costituzionale del regime fascista.

Si tratta di uno studio caratterizzato da una tecnica giuridica di assoluta precisione teorica che aveva la finalità di individuare le linee direttrici dei rapporti tra poteri supremi, dal momento che, come egli stesso sottolinea «è intorno ad essi che gravitano tutti i problemi fondamentali dell'organizzazione dello Stato moderno».

Dalla lettura del testo si possono trarre moltissimi spunti interessanti: si va dall'organizzazione delle fonti normative, alla posizione dei cittadini rispetto al potere, alle garanzie dei diritti e, soprattutto, alla ripartizione delle competenze all'interno della forma di Governo.

¹⁵ C. Mortati, *L'Ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931.

¹⁶ P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. I, Tübingen, 1876, pp. VI, 14; P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, vol. II, p. 361; O. von Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft*, vol. VII, 1883, pp. 1097 ss.; C. Roehrssen, G. Montella, *Itinerari tra diritto e politica*, Torino, 2000, p. 40; G. Montella, *Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica* di Paul Laband, in «Rivista italiana per le Scienze giuridiche», 10, 2019, pp. 257 ss.

Nel ragionare sulla legge 19 gennaio 1939, n. 129 che, modificando lo statuto Albertino (norma costituzionale flessibile dunque modificabile con legge ordinaria), istituiva la camera dei fasci e delle corporazioni (che sostituì dal 1939 al 1943 la camera dei deputati), sottolineava come attraverso quella normativa si fosse definitivamente affermata l'originalità di un sistema costituzionale, quello allora in vigore, diverso da altri sistemi contemporanei.

Un regime che ben si adattava a quanto in quegli anni scriveva sulla separazione dei poteri che egli giudicava insufficiente alla gestione dei rapporti tra governanti e governati, una posizione risoluta che lo condusse verso la ricerca di una strada da percorrere che procedesse attraverso la volontà politica del partito unico, divenuto oramai il mediatore tra popolo e decisione politica, o addirittura, il luogo ideale per l'espressione della volontà popolare¹⁷.

Un'idea questa che anche dopo la nascita della Repubblica e della Costituzione del 1948, rappresenterà il viatico per i suoi successivi lavori nei quali, a più riprese, mostra la sua sfiducia nella posizione di centralità normativa del parlamento in favore della democrazia diretta e di un Governo forte e più vicino ai cittadini: «è da chiedersi se, mentre si discute sulla migliore organizzazione del Parlamento non si debba constatare che questo ha già perduto di fatto la sua posizione di organo di suprema regolamentazione normativa dello Stato»¹⁸.

Da questa decisa affermazione si potrebbero trarre conclusioni affrettate in relazione alla problematica relativa al rifiuto della separazione dei poteri da parte del giurista calabrese, rifiuto che ha suscitato non poche critiche in passato, soprattutto

¹⁷ C. Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in «Annali dell'Università di Macerata», XIV, 1941, pp. 1-46.

¹⁸ C. Mortati, *Sulla funzionalità delle istituzioni rappresentative*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano 1972, pp. 65 ss.; Ulteriori elementi, in tal senso, si possono trarre in C. Mortati, *Società e stato nella nuova costituzione francese*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, p. 393, in cui, dopo aver trattato delle caratteristiche della IV Repubblica, si sofferma su alcune considerazioni circa la presunta inadeguatezza dell'attività legislativa delle Camere nel sistema costituzionale italiano comparandolo con quello francese; C. Mortati, *Società e stato nella nuova costituzione francese*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, pp. 393 ss.

to per chi abbia letto questo passaggio indossando l'abito del giurista positivista puro, nel caso in cui tuttavia, l'avesse letto esclusivamente come presa di posizione netta contro l'eredità del giuramento del 1789 nella sala della Pallacorda (il baluardo del costituzionalismo internazionale) ovvero lo avesse considerato come il frutto del rifiuto della portata dell'articolo 16 della *Déclaration* come risultato della Rivoluzione francese che per Duverger andava catalogato come affermazione di carattere assiomatico¹⁹.

Tuttavia, un tale giudizio, se da un lato terrebbe conto solo di un aspetto, ancorché fondamentale, della dottrina del Mortati, dall'altro non metterebbe luce la profetica capacità di analisi sui destini futuri del nostro ordinamento costituzionale attuale.

Uno sguardo ai temi focali della produzione anche successiva all'entrata in vigore della Costituzione del 1948: Presidenzialismo ed elezione diretta del titolare dell'Esecutivo, Parlamento debole e attività legislativa del Governo, ci riconsegna la figura emblematica del vero scienziato del diritto dal quale ancora oggi possiamo imparare tanto, grazie al Suo metodo e attraverso gli strumenti più consoni alle nostre ricerche: la logica deontica ed il linguaggio del diritto con le sfumature originali e proprie della sintassi normativa di ciascun sistema giuridico.

¹⁹ M. Duverger, *La démocratie sans le peuple*, Paris, 1967, p. 27; è nota inoltre la critica su questi temi di Gianni Ferrara che giudicò la teoria del Mortati sulla costituzione in senso materiale come negatrice del «significato prescrittivo del concetto di costituzione». Vedi sul punto G. Ferrara, *Riflessioni sul diritto costituzionale*, Lezioni del corso progreto, Sapienza Università di Roma, anno accademico 2002-2003.

Parte seconda

L'influenza di Mortati sulla giuspubblicistica del suo tempo e l'attualità del suo pensiero

Felice Ancora

La volontà e la causa nell'atto amministrativo

ABSTRACT

Lo scritto contiene una riflessione sulle opere di Costantino Mortati concernenti la volontà e la causa negli atti amministrativi. Evidenzia come Questi abbia coniugato la propria convinzione sulla desiderabilità di un pronto adeguamento delle istituzioni e degli apparati alla volontà politica con la opportunità di dare una definizione tecnicamente completa alle nozioni giuridiche di volontà, causa ed eccesso di potere, dalla cultura e dalla dottrina giuridica dell'epoca evidenziate nella loro importanza, ma non ancora precisate in modo conclusivo. Lo scritto partitamente illustra la posizione di Costantino Mortati su tali nozioni ed individua la base di esse nella nozione di norme extragiuridiche, identificate nelle direttive governative, la cui inosservanza da parte dell'attività amministrativa è collegata da Lui, prima ancora che a conseguenze sugli atti, a responsabilità in capo ai funzionari.

This paper contains a reflection on the works of Costantino Mortati on will and cause in administrative acts. It highlights how he combined his belief in the desirability of a prompt adaptation of institutions and apparatus to political will with the opportunity to give a technically complete definition to the legal notions of will, cause and excess of power, highlighted in their importance by the culture and legal doctrine of the era, but not yet conclusively specified. The writing particularly illustrates Costantino Mortati's position on these notions and identifies their basis in the notion of extra-juridical rules, identified in government directives, whose non-compliance by administrative activity, even before having consequences on the acts, is linked by Him to the responsibility on the part of officials.

PAROLE CHIAVE: Atto amministrativo, Volontà nell'atto amministrativo, Causa dell'atto amministrativo, Discrezionalità amministrativa, Norme extragiuridiche.

KEYWORDS: Administrative act, Intention in the administrative act, Cause of the administrative act, Administrative discretion, Extra-legal rules.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La biografia – 3. L'ambiente culturale, sociale, istituzionale e politico con cui si è incontrato – 4. I problemi teorici con cui si è misurato – 5. Il contenuto delle opere considerate. In generale – 6. Il contenuto delle opere considerate. La volontà – 7. Il contenuto delle opere considerate. La causa – 8. Il contenuto delle opere considerate. Le regole extragiuridiche – 9. Conclusioni – 10. Qualche considerazione.

1. Premessa

È del tutto naturale ed appropriato ringraziare chi ha organizzato il Convegno svoltosi qualche settimana fa, su Costantino Mortati a Macerata ed ha consentito a chi ora scrive di ascoltare dal vivo le esposizioni orali dei numerosi, autorevoli ed interessanti contributi raccolti nel presente volume, nonché di partecipare attivamente con una relazione sul tema della “La volontà e la causa nell’atto amministrativo in Mortati”, riproposta in forma scritta nelle righe seguenti.

È sufficiente leggere le prime righe introduttive dello scritto del 1935 dell’insigne Studioso dedicate espressamente a *La volontà e alla causa nell’atto amministrativo e nella legge* per avere l’idea di quanto profondamente Questi abbia connesso la causa alla discrezionalità. Tale idea è confermata apprendendo i contenuti di tale scritto e di quelli successivi dedicati espressamente al merito dell’atto amministrativo e alla discrezionalità, estesi fino al 1960, e tutti apportanti importanti elementi di correzione e di ripensamento sul primo. È per questo che sono stati tenuti presenti, partendo da *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*¹; anche *Note sul potere discrezionale*²; *Potere discrezionale*³; *Norme non giuridiche e merito amministrativo*⁴;

¹ In *Studi dell’Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della R. Università di Roma*, 1935, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione. Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, pp. 472 ss. (da cui si citerà).

² Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano 1972, pp. 999 ss. (da cui si citerà).

³ In *Nuovo digesto it.*, Vol. X, Torino, 1939, pp. 76 ss.

⁴ In *Stato e diritto*, Roma, 1941, ora in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, pp. 1023 ss. (da cui si citerà).

*Ancora sul merito amministrativo*⁵; ed infine *Discrezionalità*⁶.

Tali scritti sono quasi tutti ricaduti nel periodo di servizio dell'insigne giurista nell'Ateneo di Macerata. Fanno eccezione: il primo, anteriore di un anno (ma è stato affinato e completato nella successiva, più sintetica, voce del *Nuovo Digesto italiano*) e l'ultimo, pubblicato sul *Nuovissimo digesto italiano*, del 1960 (che è una sintesi riepilogativa degli altri). Tutti gli altri scritti sono ricaduti nel periodo di Macerata.

L'ampiezza che potrebbe assumere la presente riflessione sarebbe notevolissima. La causa, la volontà negli atti di diritto pubblico, la discrezionalità, sono temi per ciascuno dei quali – foss'altro per tenere presente una amplissima bibliografia – sembrerebbe adeguata una larga monografia. Ciò, però, non può essere perché contrasterebbe con la impostazione del Convegno, che è di una interpretazione e di una riflessione sugli scritti dell'insigne Studioso da parte di studiosi che non sono stati allievi diretti dello Stesso, collocata a notevole distanza di tempo da altri convegni a Questi dedicati⁷.

Per queste ragioni e per la esigenza di andare all'essenziale dei contenuti propositivi dell'opera dell'insigne Studioso, si tralascerà di dare rilievo al modo di rapportarsi di questo con la dottrina anteriore e dell'epoca, anche perché per come Questi ne aveva rappresentato le diverse posizioni e poi aveva dettagliato le sue critiche, sorgerebbero dubbi, infondati, sul buonsenso e la capacità di sintesi degli autori⁸. Sempre per le ragioni anzidette si tralasceranno in larga parte le prese di posizioni sulle diverse opere dell'insigne Studioso assunte dalla dottrina.

⁵ In *Stato e diritto*, Roma, 1941, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, pp. 1034 ss. (da cui si citerà).

⁶ In *Nuovissimo digesto italiano*, vol. V, Torino, 1960, pp. 1097 ss.

⁷ Animati per lo più da Suoi allievi diretti, che con delicatezza e sensibilità ne hanno spiegato e valorizzato efficacemente le opinioni e prese di posizione.

⁸ A parte quello che può dirsi su ciò che è stato per M.S. Giannini e su G. Codacci Pisanelli, fatti destinatari di puntuali rilievi si nota, per esempio, al contrario che la monografia di G. Vedel, *Essay sur la notion de cause en droit administratif français*, Parigi, 1934, interamente e coerentemente dedicata alla causa dell'atto amministrativo, presenta un interesse certo più esteso rispetto a quello cui fanno pensare i due o tre passaggi considerati dall'insigne Studioso.

Anticipando quello che si svolgerà in seguito, si avverte che, nelle opere dell'insigne Studioso che – con vivo interesse – si sono approfondite, si cercheranno di lumeggiare i temi della volontà, della causa (e della discrezionalità) e delle regole extragiuridiche.

Assumendo che ogni opera dell'uomo è il risultato non solo dell'ingegno di questi, ma anche dei casi e delle circostanze della sua vita⁹, si presenterà preliminarmente qualche elemento su ciò che si reputa abbia fatto da consapevole o meno base, o causa che dir si voglia – giacché è questo il tema della presente relazione – per le opere dell'insigne Studioso e segnatamente di quelle sulla volontà e la causa, nonché sulla discrezionalità (omettendo di tenere conto, però, della voce relativa alla discrezionalità sul Nuovissimo digesto, atteso il carattere riepilogativo della stessa) e, cioè, su alcuni elementi sia della sua biografia (ciò nel seguente paragrafo 2), sia dell'ambiente culturale, sociale, istituzionale e politico con cui si è incontrato (ciò nel paragrafo 4), sia dei problemi teorici con cui si è misurato (ciò nel paragrafo 5). Nei paragrafi successivi si esporranno le Sue teorie, partitamente sulla volontà, la causa e le regole extragiuridiche.

2. *La biografia*

Si presentano alcuni elementi salienti di essa, prima in ordine cronologico, poi operando una combinazione degli stessi.

Si ricorda il periodo cui risalgono le opere di cui ci si interessa: 1935-1941 (salvo il 1960 per la riepilogazione sulla discrezionalità pubblicata sul Nuovissimo digesto).

L'insigne Studioso era nato nel 1891, in Calabria, da un padre magistrato del pubblico ministero.

Nel 1908 subì il precoce lutto della morte della sorella nel terremoto di Messina del 1908.

Si laureò in Giurisprudenza nel 1914.

⁹ Che sarebbe stato dell'opera di G. Parini – del quale si è sopra parafrasato un passo – se questi non avesse vestito l'abito talare e avvertito insieme la sensibilità verso la bellezza femminile o non si fosse incontrato con i tumultuosi eventi di fine '700 - inizio '800?

Partecipò alla I Guerra mondiale come ufficiale dei servizi automobilistici.

Nel 1917 si laureò in Filosofia.

Dopo la fine della Guerra subì un periodo di forte disagio familiare dovuto a una grave infermità contratta dal padre.

Intorno al 1920 si sposò.

Sempre intorno al 1920 entrò nei ruoli della Corte dei conti come impiegato, ivi restando fino alla vincita dei concorsi universitari e, cioè, fino al 1935.

Nel 1927 (a 36 anni) si iscrisse al Partito nazionale fascista. Nello stesso anno si iscrisse alla Facoltà di Scienze politiche¹⁰, per laurearsi nel 1929.

Nel 1935 vinse sia il concorso per la libera docenza, sia il concorso per l'ordinariato.

Combinando questi elementi si osserva quello che segue.

La data di nascita è significativa. Era ormai un giovane e non più un adolescente nel periodo giolittiano. Era ormai trentenne all'avvento del Fascismo; a 36 anni si iscrisse al PNF; tra i 40 e i 50 anni (età normalmente considerate della piena o seconda maturità) scrisse le opere di cui ci si occupa (nonché la sua prima opera scientifica). Pochissimo o, meglio, nulla delle sue scelte scientifiche e civili a partire dagli anni '20, perciò è ascrivibile a fervore giovanile o a post esaltazione bellica di reduce (il suo impegno in guerra era stato piuttosto defilato, come si desume dal suo inquadramento e dall'agio di conseguire la seconda laurea in filosofia).

Il lutto familiare ed il successivo il disagio per la infermità del padre molto probabilmente fecero da schermo alla percezione delle promesse del periodo liberal democratico giolittiano, come delle possibilità di vita democratica, comunque, presenti dopo la fine della I Guerra mondiale, nonostante le evidenti violenze fasciste, per altro poco derubricabili a goliardate. Nelle opere dell'insigne Studioso non si coglie, infatti, per tali periodi accenti di quella nostalgia che qualsiasi uomo maturo o anziano prova per ciò che si collega al periodo della sua giovinezza.

¹⁰ Non si sa se prima o dopo la Sua iscrizione al Partito fascista, dato che può essere, invece, significativo per ricostruire il Suo rapporto con Sergio Panunzio.

A fronte di una vita studentesca molto fervida, testimoniato dalle tre lauree, ebbe una vita lavorativa nell'apparato istituzionale nettamente statica, giacché, entrato nei ruoli della Corte dei conti come impiegato intorno al 1920, ne uscì nella stessa posizione, senza avanzamenti di carriera, nel 1935, il che testimonia che l'insigne Studioso e le istituzioni avevano trovato tra loro un rapporto non fecondo. Questo secondo dato, della mancanza di un fecondo rapporto lavorativo con le istituzioni, evidentemente si cumulò con la anzidetta negativa percezione dei periodi di vita democratica del Paese, dando come risultato, nell'insigne Studioso, un fondo di scetticismo, se non fastidio per le istituzioni e le concezioni liberaldemocratiche e anche – si aggiunge – un atteggiamento verso la dottrina giuridica dell'epoca liberale italiana e straniera sempre di puntuale rigore scientifico, mai temperato da quelle nostalgie e tenerezze che di solito si provano per gli autori incontrati nella giovinezza o nei primi studi.

Su ciò in modo evidente si innestò la Sua adesione al Fascismo in epoca in cui la stessa non era necessaria per occupare posti nella Pubblica amministrazione (la stessa divenne necessaria solo nel 1932 e limitatamente all'accesso ai nuovi impieghi)¹¹, ascrivibile evidentemente ad un desiderio di cambiamento e di rottura rispetto al precedente assetto democratico, testimoniato, altresì, dalla Sua scelta di iscriversi alla Facoltà di Scienze politiche e poi di indirizzarsi verso l'Accademia in un materia politicamente sensibile come il Diritto costituzionale¹² impegnandosi a spiegare e a dare qualificazione giuridica affermativa alle novità del Regime, sottraendole alla qualificazione come estempora-

¹¹ Lo stesso insigne Studioso (in *Sui regolamenti ministeriali*, in *Studi economici e giuridici della Università di Cagliari*, 1934, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione. Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, pp. 465-468) riconobbe tale circostanza, soffermandosi sul decreto 17 dicembre 1932, relativo al PNF. Comunque, al riguardo, cfr. I. Birocchi, *Il giurista intellettuale ed il regime*, in I. Birocchi e L. Lo Schiavo (a cura di), *I giuristi ed il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 44-45.

¹² Come testimoniato da quello che è accaduto dopo nella Università italiana, i cui percorsi sono stati spesso scelti ed intrapresi sulla spinta di una sensibilità politica, allora una scelta di questo genere poteva essere in astratto ascritta alla volontà di contestare l'assetto politico esistente (ciò che non è stato certo per l'insigne Studioso), oppure di spiegarlo e giustificarlo dando una collocazione alle sue creazioni (ciò che è stato probabile).

neo esercizio di poteri di fatto (come al prudente confinamento nella area della non qualificazione e del giuridicamente indifferente da parecchi praticata nella speranza della consegna di tali novità all'oblio).

3. L'ambiente culturale, sociale, istituzionale e politico con cui si è incontrato

Sono diversi gli elementi che sembrano rilevanti.

In primo luogo, si presenta all'attenzione l'ambiente politico ed istituzionale.

Si nota che nel periodo in cui l'insigne Studioso aveva scritto le opere di cui ci occupiamo il Fascismo aveva raggiunto il suo apogeo di forza, ma non aveva ancora permeato del tutto le istituzioni pubbliche e civili. Con il risultato di una maggiore efficacia la affermazione può essere rovesciata nel senso che il Fascismo non aveva ancora permeato del tutto le istituzioni pubbliche e civili, pur se aveva raggiunto il suo apogeo di forza. Comunque, più o meno appariscente, l'ossimoro è aderente alla realtà e perfettamente spiegabile.

È indubbio che intorno alla prima metà degli anni '30 il Fascismo nell'ambito del Parlamento, come delle istituzioni di vertice governative ed amministrative, aveva una forza non contrastata e non condizionata. Di fronte a sé non aveva, infatti, alcuna opposizione in grado di insidiarlo, come anche di condizionarlo: quella liberale era dispersa e ristretta a poche individualità; quella cattolica era condizionata dalla Chiesa, desiderosa di pace con lo Stato italiano e sospettosa, invece, nei confronti del liberalismo; quella socialista era dispersa e frastornata dalla Rivoluzione russa, nonché oggetto di operazioni di discredito da sinistra e da destra; quella comunista – a parte quello che può dirsi per qualche esponente più lungimirante, come Gramsci e Terracini, tuttavia entrambi nella impotenza politica – era attardata in del tutto sterili miraggi insurrezionali prodotti dalle menti dei dirigenti se non artificialmente dal Partito di Mosca. Quanto alle istituzioni e forze economiche importanti e, cioè, a quelle industriali ed agrarie, il Fascismo poteva contare sul fatto che esse erano state beneficate da vantaggi troppo significativi in

termini di compressione, o meglio azzeramento, della autotutela dei lavoratori – fosse stata partitica, sindacale od anche individuale – per non sopportare di buon grado le sue teatralità e non blandirlo con qualche lode.

Ma è anche vero che quelle centinaia di biglietti di solidarietà depositati a casa di Giolitti nel maggio del 1915 all'indomani delle esternazioni di questi contrarie alla entrata in guerra, venivano da persone che come allora erano significanti socialmente per radicamento e contatti nelle istituzioni e nella società, lo erano anche dopo 20 anni, cioè negli anni '30, e che ben difficilmente erano sedotte o seducibili dalle semplificazioni e dalle volgarità del Fascismo, proprie della sua derivazione sociale da ceti dispersi e subalterni. Andando agli apparati pubblici, è poco probabile che chi si trovava nelle posizioni sommitali, a fronte del vantaggio molto occasionale derivante dalla messa in riga dei ferrovieri e della cessazione dei loro scioperi, si trovava nella normalità della vita lavorativa a doversi preoccupare seriamente ogni volta che si fosse lasciato sfuggire una espressione, non si dice altezzosa e autoritaria, ma anche semplicemente ferma nei confronti di un subordinato collocato nelle gerarchie del PNF (ad esempio come Fiduciario di rione o come Fascista del '22) in posizione superiore rispetto a lui, magari privo di tessera o con tessera posticcia, anche perché a partire dal 1925 era vigente una disposizione di legge per la quale la inosservanza una condizione di incompatibilità con le direttive politiche del Governo era causa di dispensa dal servizio¹³. Ancora, considerando il carattere ancora agrario e poco progredito dell'Italia del primo '900, difficilmente può pensarsi che chi a prezzo di studi severi ed impervi era sfuggito alla rurale ed impregnata di sudore camicia colorata, conquistando la camicia bianca e la cravatta, poteva essere sedotto dalla camicia nera, egualitaria e legata alla fisicità di trincea degli Arditi. Andando all'Accademia giuridica è molto probabile che l'auto confinarsi a temi di dettaglio e di esasperato tecnicismo da parte della maggioranza dei suoi membri, ivi compresi i più brillanti ed intelligenti, non fosse dovuto a reale interesse per tali temi – in realtà revulsivi per chi avesse avuto

¹³ Legge n. 2300 del 1925, sulla quale ci si soffermerà in seguito.

un intelletto vivace – ma ad un voluto intento di coniugare il necessario mantenimento in attività del pensiero con la sottrazione a temi più stimolanti, in ordine ai quali molte ragioni pratiche e molti condizionamenti li avrebbero spinti a non congeniali espressioni di lode al regime e alle sue creazioni (una sorta di Va pensiero e della sua alternativa all'inno verso il potente). Più in generale, vuol dirsi che il Fascismo, ferme restando tutte le sue benemeritenze presso gli industriali e gli agrari, nonché qualche reduce della Guerra, realizzò entro la compagine statale e le istituzioni l'inserimento di un potere alternativo a quello ufficiale e alle sue gerarchie, spesso ad esso in contestazione ed in insidia. Di ciò è riprova la insistenza del Fascismo nell'appellarsi alla gioventù – tra l'altro nel suo inno Giovinezza – in opposizione ai componenti del vecchio e quieto ordine liberale e la preoccupazione, non solo di irreggimentare le nuovissime generazioni con le organizzazioni giovanili, ma anche, più istituzionalmente, di introdurre con slancio la nuova laurea in Scienze politiche per formare la nuova classe dirigente amministrativa, reputando a ciò non idonea la laurea in Giurisprudenza (considerata troppo legata al garantismo e al conservatorismo liberale a ragione del suo freddo ritrarsi nel tecnicismo su cui ci si è prima soffermati) e nell'immediato per stimolare una nuova corrente accademica pronta a valorizzarlo, più di quelle già esistenti, sia pure – lo si riconosce – senza arrivare alle esaltazioni esaltate di C. Schmitt a favore del regime nazista.

Passando dai particolari e dagli esempi a ragionamenti più generali e di sintesi, si osserva che, tra la conquista della maggioranza parlamentare pressoché totale come della titolarità del Governo – in altre parole della organizzazione di comando di un ordinamento statale – e la acquisizione del controllo pervasivo della totalità di quest'ultimo e delle sue articolazioni interne, quali istituzioni sociali, economiche e culturali intercorre sempre del tempo, più o meno lungo. Ciò, del resto, è il reciproco della acquisizione per cui ogni ordinamento ha una sua esclusività, o impermeabilità che dir si voglia, delle sue determinazioni rispetto a quelle di altri più potenti, operante in un tempo più o meno lungo, ma sempre percepibile ed apprezzabile.

La circostanza che nella progettazione della nostra Costituzione si sia perseguito questo risultato in modo evidente ed insistito, attraverso una serie di misure di bilanciamento tra i vari organi e di diversificazione di durata delle titolarità non fa escludere che tale risultato si realizzi allorché non sia stato cercato; tutt'al più ciò può realizzarsi in modo meno accentuato che non nel primo caso. Si precisa, con un ottimismo, forse da non manifestare perché indebitamente tranquillizzante nelle circostanze presenti, che ciò si realizzerebbe anche quando si ponesse mano alla Costituzione in nome della coerenza della azione di Governo (confondendo i criteri validi per la organizzazione costituzionale con quelli validi per la formazione di una squadra di calcio in vista dello scudetto annuale), fosse altro per la prevalenza del corso della storia e del caso sulle modeste e pretenziose previsioni dei progettisti e realizzatori. La pervasione dell'orientamento politico ha bisogno di tempo per realizzarsi, allo stesso modo di una inondazione che non subito raggiunge i luoghi ad essa condannati per ragioni di planimetria e di ricettività fisica.

Si torna al tema. All'epoca in cui l'insigne Studioso ha scritto le opere di cui si tratta il Regime aveva bisogno di permeare tutte le istituzioni, vincendone le resistenze a rendersi coerenti con il suo indirizzo, o, meglio con i suoi indirizzi, che solo gli ingenui potevano ritenere coerenti e suscettibili di una proiezione geometrica, giacché incoerenti e lacunosi come tutti quelli dei regimi autoritari, in cui pochi e sempre gli stessi decidono, evidentemente guidati solo che dalla loro mente, incostante come tutte le menti umane (ciò era particolarmente valido nel caso del Fascismo, la cui dottrina a detta di un pur valido filosofo, come G. Gentile, era una mistica, ma era anche valido nel caso del regime comunista russo, nel quale solo un ingenuo poteva essere tranquillo solo per aver obbedito alle direttive del Partito e alla ricostruzione vigente al momento della pur pretesamente scientifica dottrina marxista).

4. I problemi teorici con cui si è misurato

Continuando a tratteggiare quello che si reputa abbia fatto da base di partenza o almeno di stimolo più o meno consapevole

alle costruzioni dell'insigne studioso, dopo essersi soffermati nel paragrafo precedente sul generale ambiente politico ed istituzionale, si passa all'ambiente culturale diffuso (in posizione intermedia tra le istanze politiche e la dottrina tecnica dei giuristi positivi) evidenziando alcuni grandi temi che, suscitanti nell'ambito dello stesso interesse e vivace desiderio di sistemazione, sono stati intercettati dall'analisi e dalle specificazioni dell'illustre Studioso.

Ci si riferisce ai temi della volontà, della causa e delle regole extragiuridiche.

a. *La volontà*. Nel periodo cui per ideazione e stesura risalgono le opere riguardate dalla presente relazione la volontà era tema sul quale la cultura italiana poneva grande enfasi persino privilegiandone il suo valore prevalente rispetto a quello dell'intelletto (sebbene sia questo in definitiva a produrre il punto di partenza dal quale si proietta poi la volontà).

Ciò era piuttosto comune ai diversi sistemi di idee, o ideologie che dir si voglia, fatti valere nell'epoca, ora in atipica composizione, ora in reazione rispetto alla esaltazione della scienza e della tecnica propria del positivismo (e manifestatasi nelle scienze umane nella sociologia descrittiva dei rapporti sociali, come nella economia).

Rapidamente viene alla mente il titolo ed il contenuto dell'articolo, emblematico del periodo con cui Gramsci nel 1927 aveva salutato la Rivoluzione d'ottobre, esaltando il suo inizio e la sua affermazione, al di là, se non contro le previsioni di Marx nella sua veste scientifica di autore di *Il Capitale*¹⁴.

Andando ad un'area all'epoca più ortodossa ed ufficiale meno remota per l'insigne Studioso, vengono alla mente le espressioni di G. Gentile nel suo discorso al Primo convegno degli istituti fascisti di cultura tenutosi a Bologna il 29 ed il 30 marzo 1925¹⁵, secondo le quali «lo spirito fascista è volontà, non è intelletto» e «Gli intellettuali fascisti non devono essere intellettuali. Il fascismo combatte e deve combattere, senza tregua e

¹⁴ *Rivoluzione contro il Capitale*, in «Avanti», novembre 1917, ora in G. Gramsci, *Scritti* (1910-1926), vol. II: 1917, a cura di L. Rapone, Roma, 2015, pp. 617 ss.

¹⁵ Da tale Convegno scaturì come conclusione il Manifesto degli intellettuali fascisti.

senza pietà, non l'intelligenza, ma l'intellettualismo, che è, l'ho detto, la malattia dell'intelligenza»¹⁶.

A parte tali espressioni, forse inficiate da esigenze oratorie, andando alla voce *Fascismo* della *Enciclopedia Treccani*, edita nel 1932¹⁷, redatta formalmente da Mussolini e sostanzialmente almeno nella prima parte da G. Gentile, si trova una considerazione (ed una esaltazione) della volontà in molti passaggi. Sembra di interesse per quello che si esporrà in seguito sul modo in cui l'insigne Studioso ha tradotto l'elemento della volontà, che il corso di tale considerazione ed esaltazione della volontà è realizzato seguendo una direzione che ricorda il movimento laterale del cavallo nel gioco degli scacchi e cioè, presenta qualche passaggio iniziale che concerne la volontà del singolo in quanto tale – e quindi facendo per qualche attimo pensare ad un suo carattere di libertà e di possibilità di scelta – ma successivamente, come una pianta di vite condotta a filare, che dopo un breve per un breve tratto in verticale, è poi allungata in orizzontale, cambia direzione e senso, insistendo sull'assorbimento della volontà individuale in quella dello Stato e sulla desiderabilità dello stesso, quale valorizzazione e potenziamento della volontà della volontà individuale (trascurando di ammettere che in tal modo la stessa diventa solo adesione). Usando parole più semplici, la voce parte con la volontà soggettiva dell'uomo e poi perde quest'ultima per strada esaltando entità concettuali ben diverse quale la volontà dello Stato o al più la oggettivazione della prima in quest'ultima. A titolo di esempio valgono, da un lato, la affermazione iniziale per cui «l'uomo con la sua volontà può e deve crearsi il suo mondo», dall'altro quelle successive – tra le tante simili – per cui «lo stato [...] non solo è autorità che governa e dà forza e valore di vita spirituale alla volontà individuale, ma è anche potenza che fa valere la sua volontà all'estero» e «il fascismo è la forma più schietta di democrazia [...], come l'idea più potente perché più morale, più coerente, più vera che nel popolo si attua quale coscienza e volontà di pochi, anzi di Uno,

¹⁶ Espressioni riportate da G. Turi, in *Fascismo e cultura ieri ed oggi*, in «Belfagor», 49, 5, 1994, pp. 551-569.

¹⁷ Reperibile agevolmente on line.

e quale ideale tende ad attuarsi nella coscienza di tutti» ed infine «l'uomo è veduto nel suo rapporto con una legge superiore, con una volontà obiettiva, che trascende l'individuo particolare e lo eleva a membro consapevole di una società spirituale»¹⁸.

Il tema delle direttive governative nell'epoca degli scritti cui ci si riferisce era fortemente sentito nell'ambiente culturale. In tale epoca, infatti, il regime fascista era, per un verso nella necessità di veicolare in direttive informali ciò che di volta in volta era deciso dai suoi vertici e, cioè, in definitiva, da Mussolini, per l'altro di trovare garantita una osservanza delle stesse.

Di queste affermazioni si sono dati cenni anticipatori nelle pagine precedenti. In questa sede li si spiega e li si collega rappresentando quello che segue.

Di come una generale e radicale conquista della maggioranza parlamentare e della titolarità dei vertici di governo non possa essere accompagnata da una rapida permeazione di tutti gli istituti e di tutte le istituzioni si è detto. Più nello specifico si osserva che i procedimenti di produzione di vere e proprie norme giuridiche (come tali dotate di un certo grado di stabilità e ripetibilità di applicazione) anche in un regime totalitario subiscono la necessità dello svolgimento in un tempo almeno di mesi¹⁹, sia a causa della necessità di un certo numero di passaggi tra un organo e l'altro, sia, per la parte di essi affidata alla decisione di un organo collegiale parlamentare, a causa della sottoposizione della decisione ad una molteplicità di persone che, quand'anche non scelte attraverso una competizione elettorale di confronto tra idee e organizzazioni consolidate, presentano comunque sempre diverse sensibilità nei confronti di questo o quel gruppo di interessi, per non dire che la stessa sottoposizione delle scelte dei titolari del potere normativo alla decisione del vertice politico rende queste mutevoli ed imprevedibili per la soggettività dei criteri da questi adottati nelle diverse occasioni (basti pensa-

¹⁸ Il tutto con un collegamento alla volontà individuale principalmente nel senso di collaudare e sollecitare all'esercizio quella del lettore.

¹⁹ È emblematica la vicenda della legge urbanistica del 1942 che ebbe una gestazione di anni, come, del resto del codice civile del 1942, i cui lavori preparatori iniziarono negli anni '20.

re alla alternativa tra il seguire il criterio della fedeltà o invece quello del merito)²⁰.

Si aveva così una condizione per la quale il flusso di produzione di atti normativi era inadeguato per difetto rispetto alle aspettative del regime, che evidentemente erano di radicale – o almeno apparentemente radicale – modificazione dei precedenti assetti dell'ordinamento.

A tale condizione si aggiungeva un'altra, specifica del regime fascista, che si può cogliere già dagli stralci riportati della voce *Fascismo* della *Enciclopedia Treccani* e che più diffusamente si coglie dalla lettura completa della voce, pur se redatta da una mente di valore come quella di G. Gentile, e, cioè, di una evidente mancanza nel regime fascista di principi ispiratori coerenti e suscettibili di essere stabili²¹. Ciò condannava la eventuale cristallizzazione di questa o quella volontà politica in vere e proprie norme giuridiche ad essere superata da una successiva manifestazione di diverso segno.

Il regime così, per forza di cose, per far sentire la sua voce, in via suppletiva rispetto agli atti normativi, aveva bisogno di fare ricorso a strumenti di carattere informale, compendiabili con il nome di direttive, aventi il vantaggio della estemporaneità di contenuti e della superabilità nel tempo.

Lo stesso regime, ulteriormente, voleva tuttavia la obbedienza a tali sue manifestazioni di volontà, magari esternate solo oratoriamente, così come voleva decidere sulla obbedienza alle stesse (e, cioè, su quando ed in quali modalità pretenderla).

A quest'ultimo riguardo si reputa di dover essere ben circostanziati e precisi ricordando come ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 2300 del 2015 era in facoltà del Governo di dispensare dal servizio i dipendenti pubblici che per ragioni di manifesta-

²⁰ Sulla almeno latente inconciliabilità tra i regimi assoluti e la certezza del diritto e quindi sul valore di contestazione avverso i regimi assoluti che possiede la rivendicazione della certezza del diritto si rinvia alle pagine, meritevoli di lettura e rilettura, della bella figura di giurista (tra l'altro professore straordinario nella Università di Macerata fino alla Sua precocissima morte) rappresentata da F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, 1942, ora Milano, 1968.

²¹ Come rilevato da G. Capograssi, in *Convegno nazionale universitario sui principi generali dell'ordinamento fascista*, 1940, ora in *Opere*, Milano, 1990, vol. VII, pp. 241 ss.

zioni compiute in ufficio o fuori dall'ufficio non avessero dato garanzia di un fedele adempimento dei loro doveri o si fossero posti in condizioni di incompatibilità con le direttive politiche del Governo²².

Il contrasto tra la volatilità delle anzidette manifestazioni di volontà e la esigenza di obbedienza era da spiegare ed avrebbe conferito merito a chi lo avrebbe fatto.

Il tema della causa suscitava anch'esso grande interesse negli anni in cui sono intervenute le opere dell'insigne studioso qui riguardate, tanto che allora ad esso fu dedicato un gran numero di opere di dottrina giuridica.

Molti fattori diversi dalla moda e dalla inerte autoreferenzialità della comunità scientifica facevano sì che il tema reclamasse attenzione.

In prima linea ne erano due legati al diritto positivo già esistente ed in fieri.

Il primo di questi era offerto dal codice civile del 1865. Lo stesso dedicava alla causa delle obbligazioni e dei contratti parecchi articoli (forse errando per difetto, si citano i seguenti: 1119, 1120, 1121, 1122; 125, 1343 e 1344)²³, ma era inadeguato a fornire sulla stessa un inquadramento chiaro e completo, pur se il suo riferimento alla causa era tendenzialmente univoco alla causa reale del singolo contratto concluso tra le parti.

Il secondo di questi era offerto da ciò che si ricava dalla Relazione del Ministro guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942, che ai punti 613 e 614 della parte relativa alle obbligazioni, riferendosi all'articolo 1322 del codice civile, per il quale le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei

²² Ma si vuole anche essere precisi rappresentando che l'articolo 2 della stessa legge accordava all'impiegato dispensato una sorta di scivolo pensionistico, nel senso di abbassare a 15 anni il requisito di anzianità contributiva per il diritto a pensione, il che è piuttosto emblematico della episodica tendenza del regime fascista di dare qualche sporadico spazio alla preoccupazione per gli interessi individuali, nel segno di un compromesso sia pure diseguale con le impostazioni liberali, e che si coglie anche nella voce *Fascismo*, più volte ricordata, dove si propugna un atteggiamento di tolleranza nei confronti del vecchio mondo liberale, parallelo alla attesa della auspicata sua progressiva debilitazione.

²³ Il che testimoniava che i redattori di tale codice erano ben consapevoli della importanza della causa.

limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative, recava diverse impegnative e chiarificatrici conclusioni che di seguito si riportano: «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto»; «Bisogna infatti tener fermo [...] che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (ché allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che giustifica la tutela dell'autonomia provata. Funzione pertanto, che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica». Poi, chiarendo un aspetto della teoria della causa che ricorrentemente è oscuro, precisava: «Non ostante l'accoglimento di una concezione obiettiva della causa è rimasto negli articoli 1343 e 1344 il riferimento alla illiceità della stessa. È stato detto da qualcuno che causa illecita deve equivalere a causa mancante, in un sistema che eleva a causa del contratto lo scopo ritenuto degno di tutela dall'ordinamento giuridico. Ciò è vero se si ha riguardo al concetto di causa astratta e tipica di un contratto: ma in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare»: con questo, utilizzando le acquisizioni della teoria della fattispecie, distingueva tra la causa come elemento della fattispecie astratta e la causa come elemento della fattispecie reale. Se si considera che la preparazione del codice civile era iniziata già negli anni '20, è ragionevole pensare che le progredite conclusioni sulla causa recate dalla Relazione siano l'esito di un fervido dibattito già in corso negli anni precedenti, comprendenti quelli in cui l'insigne Studioso concepiva gli scritti di cui ci si occupa e che, quindi, tali scritti siano stati sollecitati da tale dibattito (poi autorevolmente inserendosi nello stesso).

Se tutto questo è valido nell'ambito della dottrina come delle sovrastrutture del diritto positivo e della politica, ad alimentare l'interesse verso la causa degli atti giuridici erano anche fattori sia di carattere strutturale, sia di carattere ordinamentale-istituzionale.

Circa i primi, è da considerare la crescita dell'intervento pubblico nell'economia anche nei paesi non socialisti: la Prima guerra mondiale aveva comportato un forte impegno pubblico a sostegno della produzione, rivelatosi successivamente, in tempo di pace, di impossibile eliminazione, e solo bisognoso di riconversione mentre poi la crisi economica del '29 aveva reso del tutto indispensabili sostegni pubblici nella economia. In tali condizioni, nei paesi occidentali, ivi compresa quindi l'Italia, risultavano del tutto necessari interventi pubblici per governare i fatti economici e, quindi, essendo ripudiata – giustamente – la opzione per gli strumenti dirigistici dei piani o per la statizzazione generale delle strutture produttive, si intrapresero politiche di sostegno e finanziamento nei settori in cui ciò si fosse reso necessario (ivi comprendendo la assunzione di partecipazioni in società di diritto privato da parte degli enti pubblici) nonché di indirizzo funzionale delle attività private in relazione alle loro finalità e in generale alle loro ricadute sulla economia. Si affermò così l'idea di assoggettare anche le attività private a dei vincoli di fine o comunque di funzione²⁴.

Lo stesso era, e a maggior ragione, per le attività pubbliche. Con riguardo agli atti amministrativi, c'era la necessità di dare una spiegazione del modo reale in cui si era assestata la configurazione del vizio di eccesso di potere e, cioè, non più come scostamento tra il fine assegnato all'atto dall'ordinamento ed il fine psicologicamente perseguito dall'autore, ma scostamento del contenuto dell'atto da un insieme di regole probabilisticamente idonee a fargli svolgere la funzione per cui il suo tipo era stato contemplato dall'ordinamento. Riguardo alla legge si sen-

²⁴ Ciò si è tradotto in perspicue disposizioni del codice civile, quali quelle dell'art 832 sulla proprietà, l'art. 838 sulle espropriazioni (ammesse ad aggredire la proprietà inerte), l'art 844 sulle immissioni (consentite se dettate dalle esigenze della produzione nazionale), per non parlare della Carta del lavoro, che al suo articolo IX teorizzava e preconizzava ciò che correntemente è noto come principio di sussidiarietà.

tiva, sia pure seminalmente, la necessità di concepire dei limiti di funzione e di rispetto delle coordinate fondamentali dell'ordinamento (ove esistenti, od evidenti).

5. *Il contenuto delle opere considerate. In generale*

Nei paragrafi precedenti si è esposto quello che si pensa possa aver spinto ed ispirato le opere dell'insigne Studioso relative alla volontà e alla causa.

Indubbiamente Egli ha raccolto queste in modo pensoso, esprimendo le Sue opinioni in scritti ricchi di specificazioni e distinzioni.

Non si riuscirà a seguire tutti i contenuti e forse non è neanche il caso, considerando che la parte degli scritti dedicata alla discrezionalità (e richiamante per ragioni logiche molti passi delle altre) è stata attentamente ricostruita dalla dottrina accademica che negli anni '80 e '90²⁵ si era soffermata sulle opere di M.S. Giannini dedicate al tema e costituenti in buona misura oggetto delle puntualizzazioni su di esso da parte dell'insigne Studioso.

Ci si limiterà per questo ad evidenziare il senso complessivo delle Sue enunciazioni sui temi della volontà, della causa e delle regole extragiuridiche (tra le quali le direttive governativa) avvertendo che il tema della discrezionalità amministrativa e del vincolo imposto dalle forze politiche è immanente in tutta la trattazione. Concentrandosi sulle affermazioni più scolpite e sulle puntualizzazioni più spesso ripetute, sì da far pensare che avessero espresso un convincimento scevro da riserve, si espone quello che segue.

Sebbene tra i temi della volontà e della causa, della discrezionalità e del merito (come delle regole ad esso relative), all'interno delle opere dell'insigne Studioso abbia carattere centrale

²⁵ Cfr. ad esempio G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989, pp. 408 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

quello della discrezionalità (tra l'altro costituente quello più di frequente ripreso), ci si soffermerà partitamente su di essi, rinviando al seguito una considerazione di sintesi estesa alla evidenziazione delle parti più indefinite, come delle problematiche colte in anticipo sui tempi (e a tutt'oggi presenti).

6. *Il contenuto delle opere considerate. La volontà*

È immediato notare che dal punto di vista della volontà, l'insigne Studioso ha colto la comunanza tra il negozio giuridico, l'atto amministrativo e la legge, costituito dal loro essere in ogni caso risultato di manifestazione di volontà e, a Suo avviso, sempre esercizio di potere giuridico²⁶.

Questa considerazione della volontà presenta due aspetti salienti.

Il primo è costituito dall'acume con cui l'insigne Studioso ha colto come nella volontà si unifichino la situazione sottostante alla emanazione di un certo atto e, cioè, il bisogno, o *ratio*, che la determina e lo scopo, o *telos*²⁷, cui esso è diretto e che dovrebbe essere soddisfatto attraverso la sua emanazione. In questo modo si libera dalla contrapposizione tra ciò che comunemente si denomina come causa e ciò che comunemente si designa come scopo, certo valida nel contesto della scolastica analisi logica (nella quale si rigidamente si distingue tra il complemento di causa e quello di fine), come nel contesto dei primi rudimenti di latino (nell'ambito dei quali rigidamente si assegna l'elemento causale all'ablativo e quello finale all'accusativo, trascurando che anche il primo si rende all'accusativo come il secondo, purché preceduto dalla minuscola particella *ob*), in definitiva superficiale perché quasi sempre le azioni umane tendono ad uno scopo in quanto sono mosse da un bisogno, e quindi la causa (o punto di partenza) e scopo, o risultato desiderato di una azione

²⁶ Su questo in particolare, v. il saggio del 1936, *Note sul potere discrezionale*, cit., 1006.

²⁷ Il binomio *ratio* e *telos*, con quasi identico significato è stato ripreso dal bel saggio di M. M. Fracanzani, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2008, p. 173.

umana, si correlano e sia la causa, sia lo scopo possono rendersi con locuzioni in cui si fa uso dell'altro (la causa è ciò che muove ad uno scopo; lo scopo è ciò cui si è indirizzati da una causa che ben può essere di bisogno di conseguire quello scopo).

Il secondo è costituito dai termini in cui è resa la volontà e per la precisione, dallo scorrere da quello attivo a quello recettivo. Nel leggere, infatti, la monografia su *La volontà e la causa*, del 1935, dopo il primo capitolo dedicato tutto alla volontà come se essa fosse la componente principale degli accadimenti giuridici poi, nei diversi passaggi dedicati alla volontà all'interno dei capitoli dedicati agli atti di diritto privato, agli atti amministrativi e alla legge, si nota che l'insigne Studioso non fa differenza tra i casi in cui la volontà esplica una forza creatrice modellando l'effetto dell'atto e quello in cui la stessa è solo l'occasione per il prodursi dell'effetto dell'atto catalizzando le previsioni dell'ordinamento (come tendenzialmente afferma essere per l'atto amministrativo, sia pure con i distinguo e le riserve su cui ci si soffermerà in seguito) e si risolve in pura volontà di accettazione dell'effetto o al più in volontà, qualificabile e censurabile a posteriori come giusta o errata, di ricerca intellettuale di quali siano le regole attinenti il contenuto da dare all'atto²⁸.

Tutto ciò, e, cioè, la considerazione della volontà in modo equivalente tra quando essa è creativa e quando è invece solo recettiva, ha l'inconveniente di togliere rilievo alla pur enunciata figura del potere giuridico, all'interno della quale la dottrina posteriore²⁹ individuerà la specificità della attitudine a compiere scelte creatrici e quindi almeno in parte libere, sul contenuto dell'atto.

Si osserva, però che esso, appare necessitato e comunque spiegabile.

Sicuramente è una conseguenza della preoccupazione di mantenere la coerenza con la tesi enunciata con decisione negli altri passi della monografia – come negli altri scritti – circa la presenza di regole così precise e complete da far escludere che alla amministrazione possano proporsi dal punto di vista logico ed astratto scelte in merito al contenuto dei propri atti, essen-

²⁸ Così sembra nella voce del 1960, sulla *Discrezionalità*, cit., 1102.

²⁹ Cfr. G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949, ora Napoli, 1990.

dovi per ogni situazione, al di sotto delle apparenze più o meno dissipabili, una soluzione migliore della altre e quindi unica ad essere esatta.

Dubitativamente può essere collegato, come un inconsapevole *pendant* alle concezioni sulla volontà espresse nella voce *Fascismo* (su cui ci sé soffermati nelle pagine precedenti) e, cioè dallo scivolamento dalla esaltazione della volontà umana anche individuale alla esaltazione della volontà della autorità e al confinamento della volontà individuale nella pura adesione a questa seconda.

Ancora più dubitativamente può essere collegato alla fede religiosa cattolica dell'insigne Studioso e, cioè, al credere nel libero arbitrio ed insieme alla Provvidenza, per cui il fedele, di fronte ad un determinato accadimento ha da dover scegliere se esercitare la volontà a reagire escogitando il comportamento più giusto, oppure esercitare la volontà a rassegnarsi ed accettarlo.

7. *Il contenuto delle opere considerate. La causa*

Sulla causa si rileva che l'illustre Studioso ha brillantemente collegato ciò che aveva colto negli atti di diritto privato, negli atti di diritto amministrativo e nella legge con quello che nell'ambiente giuridico emergeva circa la causa degli atti giuridici (principalmente di diritto privato, ma anche di diritto amministrativo).

Circa i tre tipi di atto volontario indicati sopra aveva rilevato che la determinazione del loro contenuto era molto frequentemente ed ampiamente – ma non interamente – libera nel caso di quelli di diritto privato (implicitamente identificando gli atti con tali caratteristiche negli atti negoziali), piuttosto frequentemente e parzialmente libera nel caso degli atti di diritto amministrativo e pressoché totalmente libera nel caso degli atti legislativi, anche se ciò non si era risolto con una qualificazione unitaria ad hoc – e quindi esclusiva – come ad esempio come potere giuridico, del comportamento concretatosi con tali atti, atta a distinguere questi ultimi da quelli prodotti da comportamenti interamente vincolati.

Percepiva, però, anche che la evoluzione dell'ordinamento aveva portato a far valere per la determinazione del contenuto di tali atti – pur se in generale libera – dei limiti, sporadici e puntuali in forma di divieto per gli atti di diritto privato; estesi e penetranti per gli atti amministrativi (in dipendenza degli interessi perseguiti); labilissimi per le leggi.

Percepiva, infine, nel momento in cui scriveva la monografia su *La volontà e la causa* che l'elemento della causa degli atti giuridici era ormai irreversibilmente riconosciuto presente (massimamente quanto agli atti di diritto privato, ma in parte notevole anche quanto agli atti amministrativi), ma ancora non era stato definito con precisione, fermo restando che in diverse opere, tra le quali quella logicamente ben concatenata ed esauriente di Vedel³⁰, tutta dedicata al tema, ma anche passaggi del trattato sul Diritto romano³¹ di E. Betti, come lo specifico saggio di S. Pugliatti³² era stata convincentemente presentata come il fondamento ordinamentale dell'atto, in altre parole come ciò che, già presente nell'ordinamento o nell'ambito dello stesso (sotto forma di esigenze, come di regole, ma in definitiva sempre necessità e determinazioni) era in grado di vincolare il contenuto dell'atto.

Appunto, trovandosi concettualmente davanti il caso di una libertà di contenuto degli atti di diritto privato e dell'atto amministrativo mai illimitata, o meglio, mai necessariamente illimitata ed invece sottoposta a dei limiti collegati all'effetto da essi prodotto ed in generale alla loro funzionalità concreta entro l'ordinamento, e trovandosi, altresì davanti ad una categoria giuridica – quella della causa – che il diritto positivo e la dottrina del momento avevano enucleato in modo embrionale, senza una delimitazione di appagante precisione, ha identificato nella causa ciò che era in grado di evocare il predetto limite ed il suo funzionamento.

³⁰ Citata alla precedente nota 7.

³¹ *Diritto romano I, parte generale*, Padova, 1935, pp. 209 ss., con ripresa più ampia da parte dello stesso autore in *Teoria generale del negozio giuridico*, 1950, che si cita in ed. Napoli, 2002, pp. 193 ss.

³² In *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *La Dante Alighieri per Giacomo Venezian*, Messina 1934, *passim*.

Ulteriormente, ha precisato la natura e la operatività del predetto limite, prendendo atto del diverso grado di libertà da riconoscere, rispettivamente, ai singoli nelle loro transazioni nella società, alla amministrazione nel suo decidere con ricadute sui singoli da essa unilateralmente decise, al legislatore nel suo decidere i contenuti dei precetti generali dell'ordinamento.

È così che ha individuato il predetto limite, quanto agli atti diritto privato – o meglio, gli atti negoziali privati – in puntuali divieti stabiliti da norme giuridiche interamente proprie dell'ordinamento giuridico generale vietanti casi limiti di disfunzionalità; quanto agli atti di diritto amministrativo, nell'insieme delle regole di buona amministrazione non prodotte da fonti formali dell'ordinamento giuridico e riassunte nel principio di buona amministrazione, tali che il loro rispetto sia in grado di individuare – se anche a priori lo si vedrà in seguito – la migliore soluzione possibile al caso amministrativo da decidere; quanto agli atti legislativi, negli elementi fondamentali di identificazione dell'ordinamento giuridico in cui esse sono destinate ad inserirsi, pur prefigurando tale limite come eventuale e, cioè, legato alla caratterizzazione possibile, ma non sempre riscontrabile, di tali principi come evidente ed univoca, ciò che sembra aver escluso per l'ordinamento italiano³³.

Ai fini di una precisazione della natura del predetto limite e del suo rapportarsi alla causa, l'insigne Studioso ha definito la causa come l'elemento discrezionale della volontà nella sua parte rilevante per la determinazione del contenuto dell'atto ed insieme come la qualificazione giuridica dell'elemento discrezionale della volontà³⁴, così come ha prospettato la possibilità di vizi della causa³⁵.

Al riguardo si nota quello che segue.

Nel momento in cui si è riferito ad una operazione di qualificazione, evidentemente ha sottinteso un confronto tra due

³³ Cfr. *La volontà e la causa*, cit., pp. 558 ss. Non così è nella successiva monografia *La costituzione in senso materiale*, 1940, ora Milano, 1998, p. 174, dove ha affermato che il Giudice è vincolato ai valori affermati nell'indirizzo politico anche se innovativi rispetto alla legislazione vigente.

³⁴ Cfr. *La volontà e la causa*, cit., p. 497.

³⁵ Ivi, p. 498.

termini, uno qualificante (e cioè criterio di qualificazione), l'altro qualificato (e cioè oggetto di qualificazione). Una rigidità di costruzione logica del linguaggio impedisce di attribuirgli la identificazione della causa con la azione della qualificazione del comportamento perché un sostantivo non si presta ad identificare una azione. Resta il dubbio se l'insigne Studioso, nel Suo evocare la causa, si si riferito ad una condizione caratteristica dell'atto reale (ciò lo fa pensare quanto contempla la possibilità che esso sia viziato) oppure all'insieme di regole che limitano la discrezionalità (e, cioè il comportamento libero che si esprime nell'atto), come lo fanno pensare sia diversi passaggi letterali contenuti nelle Sue opere³⁶, sia il rilievo attribuito in generale nelle stesse alla esistenza e operatività di tali regole.

Di più non si trova.

Ciò, per altro, è spiegabile e coerente con la impostazione dell'insigne Studioso, aliena dalla utilizzazione della teoria della fattispecie, pur ormai affermata nell'epoca in cui scriveva³⁷. Tale teoria non è stata mai dallo Stesso impiegata e lo stesso termine fattispecie è stato usato dallo Stesso solo raramente ed in modo aspecifico, ciò, per altro in concordanza con la vicinanza alle impostazioni decisionistiche³⁸ individuanti nella teoria della fattispecie un fattore di irrigidimento nella considerazione e qualificazione dei fatti giuridici ed in qualche caso propugnanti persino il ripudio della aderenza al testo scritto della legge, o paragrafo che dir si voglia³⁹.

³⁶ Cfr. *La volontà e la causa*, cit., ad esempio, pp. 500, 502.

³⁷ Senza andare alla tanto spesso citata quanto introvabile monografia di E. Kuhne, *Tatbestandsteilung: eine dogmatische Untersuchung*, Rostock, 1935, valga come esempio di opera contemplante la fattispecie già esistente nell'epoca in cui l'insigne Studioso scriveva la monografia su *La volontà e la causa*, cit.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, 1928, par. 45, citato dallo stesso in *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 8. Resta che sono contenute in opere editate nel 1939 (*Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, e *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*) rispettivamente di D. Rubino e A. Falzea, del tutto compiute precisazioni sulla fattispecie (per l'una, cfr. Milano, 1939, p. 5; per l'altra, cfr. ristampa anastatica, Napoli, 1978, p. 3. Per una datazione ai primi del secolo della teoria della fattispecie, cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in «Riv. dir. proc.», 1, 2014, pp. 36 s.

³⁸ C. Schmitt è, infatti, da Lui frequentemente citato. Ma si conviene che tale autore è spesso citato anche oggi.

³⁹ Sulla grottesca affermazione della morte del paragrafo decretata dal Regime nazionalsocialista, cfr. P.L. Portaluri, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale*

Chi scrive qui, però, è convinto della proficuità della teoria della fattispecie, anche perché ciò che sembra meccanico nella operazione di confronto tra fattispecie astratta e fattispecie reale è neutralizzato allorché si considera che l'esito diretto dello stesso confronto, e cioè, l'effetto giuridico, è solo un dover essere (e non un evento reale prodotto in modo meccanicamente necessario) il cui compiersi o meno dipende in definitiva dall'ordinamento e dagli associati⁴⁰. Assumendo chi scrive l'impegno di utilizzare tale teoria per inquadrare il pensiero dell'insigne Studioso, reputa che in realtà si possano ricostruttivamente cogliere nello stesso due nozioni di causa: una come l'insieme delle regole (direttamente giuridiche o meno) indirizzanti lo scopo e la funzione dell'atto e quindi componenti della fattispecie astratta quali elementi del dover essere dell'atto validi per riconoscere l'atto come legittimo (e prima ancora come esistente); un altro come insieme delle caratteristiche dell'esemplare dell'atto reale caratterizzante la funzione reale ed il risultato reale dello stesso.

8. *Il contenuto delle opere considerate. Le regole extragiuridiche*

L'insigne Studioso ha sostenuto che la parte dell'attività amministrativa lasciata libera dalle norme giuridiche geneticamente ed interamente proprie dell'ordinamento generale statale è sottoposta all'imperativo «adempi alla tua funzione in modo da soddisfare al massimo il pubblico interesse ad essa corrispondente»⁴¹ e conseguenzialmente rispetto a questo, a tutto l'insieme delle regole di varia natura e non appartenenti geneticamente

e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice, in «Diritto processuale amministrativo», 1, 2021, pp. 232 ss.

⁴⁰ V.A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 253; A. Falzea, *Efficacia giuridica*, 1965, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985; A.A. Cataudella, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, p. 928; N. Irti *Rilevanza giuridica*, 1967, ora in *Norme e fatti, Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 37.

⁴¹ Cfr. *La volontà e la causa*, cit., p. 520.

all'ordinamento giuridico generale statale, idonei a consentire la soddisfazione di tale imperativo e, cioè, non una soddisfazione solo sufficiente (come elevata) di tale imperativo, ma la massima possibile tra quelle proponibili, con la conseguenza della assegnazione di un disvalore⁴² alla scelta di una soluzione pur soddisfacente l'imperativo, ma diversa dalla scelta soddisfacente al massimo lo stesso.

L'insigne Studioso ha dato una indicazione teorica precisa di quali siano tali regole. Ha identificato le stesse in massime di esperienza e regole di buona amministrazione formulate sulla base di criteri di media che si presentano di fronte al problema concreto ed aventi come principio ispiratore performante l'ordine costituzionale e l'indirizzo politico del momento (questo attraverso la sua espressione in direttive in sedi anche non formalizzate). Prendendo atto della eterogeneità delle stesse e, quindi, della molteplicità, se non inafferrabilità, di quelle che si potevano presentare, ha spiegato che normalmente in concreto, davanti ad uno specifico atto, è possibile desumere le stesse dalla normativa che ha assegnato alla amministrazione agente il potere di emanare quell'atto, come dalla normativa che precisa gli interessi assegnati in cura alla amministrazione agente, come ulteriormente, dalle direttive politiche ed infine, a chiusura, nel caso del profilarsi di soluzioni in alternativa per il soccorrere da parte di regole diverse, dalla determinazione del Capo del Governo circa l'interesse destinato a prevalere sugli altri in base ai principi dell'ordine costituzionale esistente⁴³.

Di tali regole, che ha assunto come esistenti, non ha considerato essenziale il carattere della prevedibilità e, cioè, della percezione della loro esistenza e del loro contenuto anteriormente alla loro utilizzazione, così come non ha considerato essenziale

⁴² Di seguito si proverà a spiegare quali secondo l'insigne Studioso potevano essere le conseguenze di tale disvalore.

⁴³ Cfr. *Sul merito*, cit., p. 1044 e *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1018. Sembra evidente una notevole fiducia sulla capacità di discernimento del Capo del Governo (per altro condivisa oggi da parecchi nei confronti di quella del Presidente del Consiglio dei ministri, nel contesto dello scivolamento di tale figura di nuovo in quella di Capo del Governo). Cfr. anche M. S. Giannini, che nel suo *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1940, esemplificava che tale poteva essere anche l'interesse demografico.

il carattere della stabilità⁴⁴. Ciò comporta che così come ammesso dall'insigne Studioso, il funzionario, nel momento in cui provvede, non ha sempre a disposizione regole ben individuate e determinate nei loro contenuti. Viceversa, deve estemporaneamente formularle e farle valere, mentre, successivamente il Giudice, o comunque chi è competente a giudicare sulla legittimità dell'atto, deve verificare se tali regole che avevano guidato la emanazione del provvedimento erano state esattamente ricostruite ed applicate. Chi scrive nota che tutto ciò non molto diverso dall'ammettere che in molti casi il funzionario agente formula una regola giuridica ulteriore e più specifica di quelle già esistenti nell'ordinamento, così innovando quest' ultimo e realizzando una vera e propria scelta; in altre parole, che l'attività amministrativa in molti casi non è pura esecuzione delle regole dell'ordinamento ma creazione di nuove (o se si vuole, creazione di nuovi precetti), per non dire che la operazione di individuazione della regola in molti casi, quando si impone la esigenza di provvedere in tempi ragionevoli non può essere consapevolmente compiuta ed è sostituita da una scelta intuitiva immediata (come è per l'artigliere che nel fuoco di una battaglia spara il colpo mirando ad occhio e prescinde da tutte le regole balistiche).

Circa la definizione del rapporto tra le regole extra giuridiche e l'ordinamento giuridico, l'insigne Studioso, è ricorso alla figura del rinvio formale, che ha inteso come una forma di riconoscimento e di attribuzione di valore giuridico non comportante, però, una forma di immissione delle predette regole entro l'ordinamento, restando esse extra giuridiche. Tale ricorso ha riguardato tutte le regole che non sono ascrivibili direttamente a fonti dell'ordinamento giuridico generale e, quindi, anche a quelle ben riconoscibili come interne all'altrettanto ben ricono-

⁴⁴ Cfr. *La volontà e la causa*, cit., p. 527 (dove afferma che in questi casi la norma è posta dall'interprete) e *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1018 (nonché *Potere discrezionale*, cit., p. 1047), dove allude ad un rinnovamento costante delle forze sociali nello Stato. Riserve sul punto dal punto di vista della (condivisibile) esigenza della certezza del diritto furono espresse da G. Codacci Pisanelli, in *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, pp. 59 e 113, poi oggetto di recensione da parte dell'insigne Studioso.

scibile ordinamento interno della pubblica amministrazione⁴⁵, considerate, già nell'epoca in cui Egli scriveva, come possibili individuatrici del vizio di eccesso di potere (nel senso che la violazione di almeno alcune di esse aveva iniziato ad essere qualificata come eccesso di potere amministrativo, con tutte le conseguenze del caso).

L'insigne Studioso, avendo riconosciuto la esistenza di un sistema di regole disciplinanti in modo completo i comportamenti amministrativi e quindi anche ciò che comunemente si considerava (e si considera) merito, si è posto il problema di definire in quali modi si esercitasse la funzione disciplinatrice delle stesse.

Al riguardo si evidenzia che in modo netto ha riconosciuto a tali regole la funzione di qualificare i comportamenti amministrativi e, cioè, di far considerare legittimi quelli ad esse corrispondenti e viceversa, illegittimi quelli ad esse non corrispondenti.

Più articolate sono le considerazioni dell'insigne Studioso sul seguito possibile della qualificazione del comportamento amministrativo, e quindi dell'atto, contrastante con tali regole (mai considerate interamente giuridiche).

Egli, infatti, circa il seguito giurisdizionale e quindi la annullabilità dell'atto in tale sede, ha preso atto che, non solo nel sistema di giustizia amministrativa vigente in Italia non era contemplato un sindacato del Giudice sugli atti amministrativi per la violazione diretta di tali regole (e che viceversa, vigeva solo uno per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere), ma anche che tale sindacato, per la difficoltà degli accertamenti che sarebbero stati ad esso necessari, sia per la individuazione della regola da far valere, sia per l'apprezzamento del caso alla stregua di quella regola, era dal punto di vista pratico irrealizzabile, anche nel futuro. Così ha escluso che l'atto illegittimo per ragioni di merito, e cioè per la violazione delle regole extra-giuridiche individuatrici della causa dello stesso fosse necessariamente annullabile dal Giudice ed ha, invece, considerato del

⁴⁵ Cfr. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918, rist., Firenze, 1951, p. 21, e G. Guarino, *L'uomo istituzione*, Bari, 2005, pp. 13-15, 32-33 e 39.

tutto giustificate le statuizioni del diritto positivo escludenti il sindacato di questo Giudice sul rispetto di tali regole.

Con questo, e cioè, con il ricondurre a vizio di merito indifferentemente tutto ciò che poteva considerarsi vizio attinente la causa dell'atto amministrativo, ha fatto confluire nei vizi di merito la totalità dei vizi attinenti la causa e quindi anche quei casi di vizio per eccesso di potere che la dottrina e la giurisprudenza, attraverso la identificazione in figure sintomatiche, avevano presentato come disfunzioni della causa sul presupposto logico di una nozione di causa più concentrata e caratterizzata da precetti del diritto positivo. In altre parole, l'insigne Studioso, attraverso la sua largheggiante nozione di causa e la riconduzione al merito del vizio attinente la causa, si è esposto al problema di come considerare i casi di vizio, che condotti ad una nozione di causa più ristretta di quella da Lui propugnata, iniziavano ad essere censurati dal Giudice amministrativo⁴⁶ e che, viceversa se mantenuti come collegati alla causa, per la sua collocazione di tutti i vizi attinenti la causa nell'ambito del merito, si sarebbero trovati declassati a vizio di merito. Dalla difficoltà negli anni '30 si è liberato presentando il vizio di eccesso di potere come vizio del processo di formazione della volontà e collocando nell'ambito di questa figura i casi più evidentemente sintomatici di vizio di difetto della causa⁴⁷.

Mancano considerazioni specifiche da parte dell'insigne Studioso sulla sottoponibilità o meno a poteri di autotutela o di controllo da parte dell'atto inficiato dal punto di vista della causa. Dalla lettura complessiva della Sua opera, sembra valida la risposta affermativa.

Si trovano, invece ben nette le considerazioni dell'insigne Studioso circa le possibili conseguenze della violazione delle regole extragiuridiche da Lui concepite – comprendenti, lo si ricorda,

⁴⁶ Cfr. Giannini, *op. cit.*, pp. 183 ss.

⁴⁷ Sul modo in cui l'insigne Studioso negli scritti degli anni '30 e primi anni '40 ha concepito il vizio di eccesso potere (e cioè disgiungendolo dalla causa), cfr. *La volontà e la causa*, cit., pp. 533-558. Invece, successivamente, sia pure riguardo la legge ha configurato come vizio assimilabile all'eccesso di potere la incongruenza con i fini stabiliti dalla norma superiore (nel caso la Costituzione) o comunque con i fini ad essa propri (v. voce *Discrezionalità*, cit., p. 1109).

anche le direttive e dichiarazioni governative in sedi extraistituzionali – sulle persone dei funzionari. Al riguardo, infatti, in più passaggi ha sottolineato la censurabilità di tali violazioni, come in genere la esposizione del funzionario incorso in tali violazioni, od anche non fornente adeguate garanzie di non incorrervi, a misure disciplinari o addirittura alla dispensa dal servizio, per essere sostituito da altri capaci di dare garanzie di una più pronta attuazione dell'indirizzo politico del momento e delle traduzioni dello stesso negli indirizzi amministrativi⁴⁸.

Si aggiunge anche che il predetto esito disciplinare è in qualche passo presentato come utilmente sostitutivo della possibilità dell'annullamento degli atti contrastanti con le anzidette regole⁴⁹.

Tutto questo, per altro, è coerente con la convinzione della Stesso sulla desiderabilità di una fedele e rapida traduzione degli indirizzi politici e costituzionali nelle scelte amministrative.

9. Conclusioni

Indubbiamente l'insigne Studioso in molti dei temi proposti e delle opinioni espresse ha precorso i tempi.

Sicuramente ha percepito in largo anticipo la possibilità della giuridificazione di principi e criteri, alcuni dei quali attinenti alla opportunità dell'atto, alla Sua epoca ancora considerati inidonei a qualificare alcunché, ciò che negli anni si è verificato attraverso la affermazione in norme di diritto positivo (si pensa alla legge n. 241 del 1990 e alle costanti immissioni in essa di nuovi canoni relativi alla attività amministrativa), così come ha po-

⁴⁸ Diversi sono i passi in cui si esprime tale propensione. Cfr. ad esempio *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 126-127 le affermazioni per cui l'attività amministrativa "dev'essere ordinata in modo corrispondente ai fini ai quali è indirizzata" e "ciò esige nelle persone che devono esplicare l'attività stessa non la qualità di interpreti impersonali, ma la conformità ad un tipo concordante con una data ideologia", alle quali si aggiungono "irrilevanza dell'elemento politico può consentirsi [...] negli appartenenti all'ordine giudiziario quando ad essi siano affidati compiti di pura e semplice applicazione di norme rigide" e infine "La necessità della comunione con il partito induce l'uso del mutamento del personale burocratico al mutare dell'indirizzo politico".

⁴⁹ Cfr. *ivi*, pp. 103-104, e *La volontà e la causa*, cit., p. 555.

sto in luce la possibilità, attraverso idonee categorie, di valutare l'attività amministrativa anche dal punto di vista funzionale e della corrispondenza ai fini pubblici (in larga parte ora specificati dalla Costituzione).

Attraverso la Sua concezione, piuttosto larga, del rinvio, ha colto la possibile esposizione dell'ordinamento giuridico al completamento attraverso una miriade di precetti perfezionatisi al di fuori di esso.

Ha valorizzato il ruolo del vertice del Governo, come istanza di coordinamento dei diversi interessi, ciò che corrisponde ad una tendenza ben evidente al presente, in cui la figura del Presidente del Consiglio dei ministri personalizza, quantomeno nelle presentazioni giornalistiche, l'intero Governo preparandosi a divenire per cambiamento della Costituzione o per i fatti, il Capo dello stesso.

Ancora, aspetto non secondario, riferendosi alle conseguenze che l'ordinamento giuridico può trarre dalle illegittimità di merito, in definitiva, ha prospettato come rimedio principale la sanzione nei confronti dell'autore, in luogo dell'annullamento giurisdizionale dell'atto, evidentemente mostrando una fiducia nei confronti delle sanzioni e dei regimi di responsabilità molto vicina alla mentalità del presente, incline a cercare in queste appagante rimedio a mali privati e pubblici.

In generale si è fatto portatore della idea che la volontà popolare possa tradursi in una guida politica costituente una sorta di proiezione geometrica della stessa e, viceversa che le concezioni della guida politica siano in grado di tradursi in decisioni concrete con essa coerenti e costituenti una sorta di loro proiezione geometrica. Ulteriormente ha più volte considerato tutto questo come desiderabile. Anche tutto ciò è molto attuale.

10. *Qualche considerazione*

Nel complesso l'idea fondamentale dell'insigne Studioso è che sia desiderabile che l'ordine costituzionale, quale risulta, non solo dalla Costituzione, ma anche dai criteri ispiratori della dirigenza politica trovi scelte amministrative coerenti e che nel caso di cambiamento del primo, le scelte amministrative, e

prima ancora l'apparato chiamato a compierle, rapidamente si adeguino.

A molti queste idee possono apparire affascinanti e, ulteriormente di desiderabile seguito nella realtà.

Al riguardo, con tutta onestà, si svolge qualche considerazione.

Innanzitutto, si nota che la volontà popolare è troppo complessa e poco lineare per poter trovare traduzione precisa in una guida politica scelta per forza di cose sulla base dei pochissimi tratti offerti alla sua valutazione e altrettanto difficilmente le decisioni della guida politica, per forza di cose limitate a pochi tratti essenziali sono in grado di tradursi in decisioni di dettaglio coerenti con essa (la volontà popolare) ed in definitiva, pensare a tali traduzioni come proiezioni geometriche significa ammettere che un poligono irregolare, dalla molteplicità di lati (cui è assimilabile la volontà popolare ed in generale la società) possa convertirsi in triangolo o in quadrilatero (cui sono assimilabili i pochi tratti delle caratteristiche di chi si presenta come guida politica ed i pochi tratti delle sue decisioni, per forza sintetiche) e che poi quest'ultimo possa convertirsi in un poligono irregolare dalla molteplicità di lati (quale è la risposta alla volontà popolare ed ai bisogni della società).

Si obietta, inoltre che la volontà politica può essere fallace ed ha, quindi, bisogno di trovare per la sua realizzazione, un fattore, non di accelerazione, ma di rallentamento e di messa in discussione, che, quando sia da parte di istanze (come modi di pensare, concezioni e canoni di comportamento) non prevedibili e cioè a prima vista casuali o chiaramente superate è sempre costruttivo per ciò che presenta di dialettica e di esperienza già concretatasi.

Con questo si è tradito il proprio indulgere ad un pensiero conservatore, nel senso che esso teme i cambi repentini determinati dall'umore popolare e che reputa preferibile che qualche chance di determinazione delle scelte sia posseduto da parte di fattori imprevedibili potenzialmente incoerenti con il primo, quali ad esempio l'orientamento degli apparati, rispetto all'affermarsi di una asfissiante coerenza con l'umore popolare, come con la direzione politica che ne risultasse.

Si registra che da questo pensiero l'insigne Studioso era intellettualmente alieno. Si registra anche, per converso, che da un certo punto in poi, l'idea dello Stesso di far valere coerentemente l'ordine costituzionale esistente ha trovato per fortuna come oggetto la complessità della Costituzione del 1947 (e ha quindi per questo avuto riscontri di successo). Per questo ci si arresta astenendosi da ulteriori considerazioni, sperando che la Costituzione non cambi, né formalmente, né materialmente (cioè, per inosservanza o sovrapposizioni).

Carlo Bersani

Fra amministrazione e costituzione: enti e soggetti collettivi in Mortati

ABSTRACT

Obbiettivo di quest'intervento è sottolineare l'influenza che le forme di disseminazione dell'amministrazione e dello Stato, sviluppatasi durante gli anni Venti e Trenta, esercitano su alcuni aspetti basilari del pensiero di Mortati; nonché sottolineare alcuni elementi sia di continuità, sia di discontinuità che lo caratterizzano.

Aim of the article is to emphasize how the new shapes of administrations and of public legal entities developed during the 20s and 30s influenced Mortati's thought, and to remark some aspects of continuity and of fracture in his work.

PAROLE CHIAVE: costituzione, amministrazione, enti pubblici, partiti, sindacati.

KEYWORDS: constitution, administration, legal entities, political parties, trade unions.

SOMMARIO: 1. Figure dell'«integrazione» negli anni Trenta – 2. La frattura costituente.

1. *Figure dell'«integrazione» negli anni Trenta*

La centralità di Costantino Mortati nella storia del pensiero costituzionale italiano è sempre stata indiscussa. Tuttavia, da qualche anno la sua figura è stata oggetto di ancora nuove riflessioni, legate in particolare alla sua posizione nella cultura giuridica degli anni Trenta e Quaranta del Novecento, quindi

tra fascismo e fase costituente¹. Ma sebbene moltissimo sia stato detto, anche nel corso del presente convegno di Macerata, è forse ancora possibile partire dall'opera di Mortati per leggere alcuni altri aspetti della storia istituzionale italiana.

Obbiettivo di quest'intervento è sottolineare l'influenza che le forme di disseminazione dell'amministrazione e dello Stato, sviluppatesi durante gli anni Venti e Trenta, esercitano su alcuni aspetti basilari del pensiero di Mortati; nonché sottolineare alcuni elementi sia di continuità, sia di discontinuità che lo caratterizzano.

Convieni partire dal lavoro sull'ordinamento del governo del 1931. Ma, prima ancora, occorre tener presente la distinzione netta fra attività di governo e attività amministrativa nel quadro del pensiero di Mortati: nelle *Istituzioni di diritto pubblico* (seconda edizione, del 1952²) si può leggere che «è diffusa nella dottrina una classificazione, che fa rientrare la funzione amministrativa in un *genus* più ampio, cioè l'attività esecutiva, nel quale essa starebbe accanto alla "funzione di governo"». In quest'ultima rientrano atti come «la nomina e la revoca di alcuni organi supremi, come i ministeri, la convocazione e dissoluzione del parlamento, la dichiarazione di guerra» etc. Ma «il semplice accenno dato appare sufficiente a mostrare il distacco esistente fra

¹ Ai soli fini di quest'intervento, si possono citare almeno F. Lanchester, *Costantino Mortati*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto*, Roma, 2012, pp. 594-597; Id. (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2017; M. Fioravanti, *Mortati a Weimar*, Introduzione a C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Milano, 2019, pp. VII-XXII; M. Fioravanti, *Costantino Mortati: uno Stato di tipo nuovo*, in F. Lanchester (a cura di), *La "Sapienza" del giovane Leopoldo Elia*, Milano, 2014, pp. 61-74; M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2013, *passim*. Nel recente numero del «Giornale di Storia costituzionale» (43, 2022) intitolato a *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale* più di un contributo mette ricorrenzemente in luce la figura di Mortati. Si vedano almeno S. Bonfiglio, *Indirizzo politico e forma di governo nello Stato in trasformazione*, ivi, pp. 145-167; M. Gregorio, *La costituzione fascista*, ivi, pp. 39-54; B. Sordi, *Le dottrine costituzionali nell'Italia fascista*, ivi, pp. 55-70; I. Stolzi, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, ivi, pp. 231-256.

² Sulle diverse edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico* si veda P. Rescigno, *L'autonomia delle formazioni sociali*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, pp. 567-595, p. 567.

i due gruppi e la improprietà del considerarli come riconducibili ad un unico corpo»: infatti «l'amministrazione si presenta come esecutiva della legge», mentre «il governo è immediatamente esecutivo della costituzione e rientra perciò nella funzione che si è chiamata di indirizzo politico»³.

In effetti, il testo del '31 contiene una serie di passaggi che, in un quadro di generale ridimensionamento delle funzioni della Corona⁴, appaiono limitare la nuova posizione costituzionale del Capo del governo proprio in relazione al suo rapporto con l'attività amministrativa dei massimi organi del governo: così «il Capo del Governo non è una nuova istanza nel campo amministrativo»; «la competenza dei ministri non può essere in nessun modo sostituita o surrogata dal Capo del governo»; il Capo del governo «non costituisce una nuova istanza nella gerarchia amministrativa» e «almeno nella sua attività ordinaria, è l'organo di un potere distinto dall'amministrazione, che interviene nel funzionamento di questa solo per imprimervi le direttive generali»⁵.

Tuttavia, il tema delle nuove competenze dell'amministrazione o, meglio, il tema di una diversa concezione dell'attività amministrativa emerge altrove nel testo, quasi indirettamente: i punti in cui emerge sono, in particolare quelli sull'«estensione dei fini dello Stato» e sui suoi «nuovi compiti»:

Quanto alla estensione da dare alle funzioni dello Stato, la nuova concezione afferma, contro il liberalismo, la necessità di non limitarle al solo compito della garanzia dei diritti dei cittadini. L'esperienza storica aveva dimostrato come l'abbandonare al libero giuoco della concorrenza i gruppi sociali partecipanti alla produzione, mentre fa venir meno, con la mancanza di parità delle classi contrastanti, la libertà delle contrattazioni, [...] non dà luogo allo sperato equilibrio [...] Così la riduzione delle attribuzioni statali ad una funzione di semplice garantismo faceva in definitiva venir meno la possibilità di adempiere efficacemente alla medesima e, con essa, la stessa ragion d'essere dello Stato, che è

³ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*², Padova, 1952, pp. 128-129.

⁴ È stato ricordato che Mortati fra l'altro segnalò «l'ormai assodata esclusione dell'intervento regio da molti atti», e «si spinse sino a parlare di attribuzioni solo formali del Re». G. Melis, *La macchina imperfetta*, Bologna, 2018, p. 126.

⁵ C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000, pp. 106-107, 230.

quella di promuovere ed assicurare l'unità politica di un popolo. Onde la necessita di potenziare questa unità con un'opera attiva che penetri in tutte le forme di azione dei singoli e dei gruppi sociali [...]. Lo Stato, assumendo come proprio un contenuto vario, non si fraziona, non si assorbe volta in volta in esso, ma afferma in ognuna di queste attività il fine politico unitario, di cui esso è portatore⁶.

Ma quest'estensione delle funzioni dello Stato, quest'ampliarsi dei fini statali e questa «penetrazione in tutte le forme di azione dei singoli e dei gruppi sociali», non possono attuarsi attraverso gli strumenti della rappresentanza parlamentare: l'estensione del suffragio e la progressiva trasformazione dei partiti hanno reso impossibile che il Parlamento mantenga una funzione di «equilibrio» fra gli interessi contrastanti delle diverse «classi». Quindi, questo necessario ampliamento delle funzioni e dei fini dello Stato incide sui confini della funzione di governo⁷.

Tuttavia, è ancora in quest'ampliamento delle funzioni statali che lo stesso partito unico trova una delle sue più profonde ragioni di essere. Infatti è su questa base che Mortati

⁶ Ivi, pp. 76-77.

⁷ «Con l'ampliarsi dei fini statali si amplia correlativamente il contenuto della funzione di governo, e se ne accresce l'importanza, in quanto viene a rientrare naturalmente in essa la coordinazione e direzione di tutte le forze e le attività sociali che, pel nuovo ordinamento, sono state assoggettate all'azione dello Stato. In tanto tale assoggettamento può riuscire praticamente possibile e giungere ad attuare quella coesione sociale cui si mira, in quanto lo Stato agisca come imparziale equilibratore degli interessi contrastanti ed equo ripartitore di oneri e di vantaggi fra tutte le classi. [...] Ora è praticamente possibile ottenere che l'azione di governo si ispiri a tale esigenza di imparzialità, ove essa sia affidata al Parlamento? Si è già avanti accennato come la trasformazione operatasi nella composizione delle Camere elettive, in seguito soprattutto ai successivi ampliamenti del suffragio ed alla trasformazione subita dai partiti, ha reso difficile il mantenimento di quello spirito di equilibrio, che in altri tempi aveva ispirato la loro azione. Tuttavia fino a quando il compito dello Stato rimanga limitato alla garanzia dei rapporti di coesistenza fra i cittadini singoli, l'esercizio della funzione governativa da parte del Parlamento può ancora pensarsi possibile. Ma quando invece lo Stato assuma come propria attribuzione la disciplina delle relazioni fra le classi allo scopo di dirimerne i contrasti secondo una norma di giustizia, e di armonizzarne gli interessi con le esigenze generali, allora il concentrare nel Parlamento il potere direttivo non può che compromettere la realizzazione di quel compito». Ivi, pp. 78-79.

imposta il suo ragionamento su «gli organi sussidiari dell'integrazione politica nello stato moderno»: appunto i partiti⁸.

La nuova funzione dello stato a cui fa qui riferimento Mortati è una «funzione suprema dell'integrazione», o di promozione «dell'unità della fede politica»⁹. Ed è a partire da questo nucleo che, nel ragionamento di Mortati, prende forma la funzione specifica del partito.

Nella riflessione del 1931, com'è noto, l'autonomia del PNF rispetto ai vertici del regime risulta particolarmente ridotta: il PNF «da organo di instaurazione di fatto del nuovo regime, [...] è divenuto istituto di Stato» e, nel tempo, «è venuto a perdere sia il potere di autorganizzazione, sia quello di determinazione del contenuto della sua attività»; le direttive politiche del partito sono nella sostanza determinate dal Capo del Governo¹⁰; il partito è senz'altro «ente pubblico», ma non perciò «ente autarchico», e va piuttosto compreso «fra gli organi diretti dello Stato», anche nel caso si ammetta la sua personalità giuridica¹¹. Tuttavia non è tanto la sua natura giuridica che qui interessa (organo dello Stato più o meno dotato di personalità giuridica, oppure ente pubblico più o meno autonomo), la sua struttura interna, quanto i suoi compiti, il suo ruolo nella società: quella che Mortati chiama la sua «azione verso l'esterno»: esso agisce verso i

⁸ «In ogni forma di società politica si deve poter contare, pel mantenimento dell'aggregazione, oltre che sul complesso delle istituzioni giuridiche, sull'azione di tutte le forze di vita politica dell'intero popolo, confluenti a creare il massimo grado di omogeneità nell'aggregato stesso. All'esigenza di quest'ulteriore opera di integrazione – tanto più necessaria nello Stato moderno, caratterizzato dalla partecipazione alla vita dello Stato, in forma più o meno intensa ed immediata, di gruppi sempre più vasti di popolazione – provvedono in modo prevalente formazioni spontaneamente costituentesi nel seno della società: fra le più importanti di queste sono da annoverare i partiti». Ivi, p. 187 e p. 232.

⁹ «L'esigenza propria del Fascismo, che cioè ogni parte dell'azione sociale – in nessuno dei suoi momenti estranea od indifferente per lo Stato – concorra in modo armonico ai fini statali, non viene attuata attraverso un procedimento di assorbimento statolatrco e mediante una regolamentazione tutta coattiva, che sopprima ogni iniziativa o spontaneità degli individui o dei gruppi, ma invece col potenziamento dell'autonomia dei singoli, col rendere questi in ogni loro manifestazione attivi anche nell'interesse dello Stato». Ivi, p. 188 e p. 232.

¹⁰ Ivi, pp. 189-190.

¹¹ Ivi, pp. 192-193.

singoli cittadini e verso i «gruppi sociali», come pure in seno agli organi dello Stato in senso proprio¹².

In merito alle riflessioni di Mortati sul P.N.F., è stata peraltro sottolineata la discontinuità fra le pagine del 1931 e il pensiero di Mortati espresso nella *Costituzione in senso materiale* e poi, nel 1941, nel saggio *Sulla posizione del partito nello Stato*¹³. Quello che, però, qui si vuole sottolineare è che la funzione del partito di «integrazione» si configura in quegli anni anzitutto attraverso la sua disseminazione nella società, ovvero attraverso la sua partecipazione al sistema degli enti, il suo essere ente fra gli enti. La sua natura pubblicistica non è tale solo verso l'organizzazione del governo, dal punto di vista, ad esempio, della posizione costituzionale di un organo come il Gran Consiglio; ma attraverso la sua azione all'interno della struttura amministrativa, con particolare riguardo alle funzioni educative ed assistenziali (se non si

¹² «Nell'azione poi verso l'esterno, il Partito opera in due direzioni. Anzitutto promuove nei singoli cittadini e nei gruppi sociali il senso della solidarietà nazionale e l'adesione consapevole e convinta alla politica del Governo, e cura, con particolare efficacia, la educazione dei giovani [...]. In una seconda direzione agisce, per mezzo dell'opera del suo Segretario Generale, nel seno di organi dello Stato: e cioè il Consiglio dei Ministri, il Gran Consiglio, la Commissione suprema della difesa, il Consiglio Superiore dell'Educazione Nazionale, il Consiglio Nazionale delle Corporazioni. Con questa forma di attività, il Partito completa il collegamento fra Stato e società, che è la ragione specifica del suo essere, in quanto, oltre che a portare la voce delle esigenze dello Stato nei vari strati dell'aggregato sociale, reca nei più importanti consessi statali l'espressione delle aspirazioni sia della popolazione in genere, con la quale il Partito e in immediato contatto, sia del Partito stesso, inteso come aristocrazia spirituale della nazione. Compito questo veramente rappresentativo [...]. Il Partito appare così un diretto strumento nelle mani del Capo del Governo per l'esercizio di una vasta influenza morale e politica, che è preparazione e ausilio alla sua attività più propriamente giuridica». Ivi, pp. 191-193.

¹³ «È vero che egli ribadisce la natura organica del PNF rispetto allo Stato, ma se si osserva bene il percorso col quale egli perviene a tale conclusione, ben si comprende come, rispetto al suo scritto del 1931, tutto un mondo sia completamente cambiato. [...] Ci pare pertanto riduttivo ritenere che l'interpretazione costituzionale mortatiana dei primi anni Quaranta risultò poi semplicemente applicabile anche a condizioni politiche diverse da quelle per le quali era destinata. Perché essa era invece pensata esattamente per funzionare – e di lì a pochi anni effettivamente funzionerà – in generale per qualsiasi forma di 'Stato moderno', compreso quello mondato dall'opzione totalitaria e abitato, invece, da una pluralità di partiti». Gregorio, *Parte totale*, cit., pp. 245-247.

vuole pensare direttamente all'istituzione del Podestà con la legge 4 febbraio 1926 n. 237, la quale caratterizza l'azione almeno del fascismo, se non del P.N.F., verso gli enti territoriali). Il Partito realizza la sua funzione di integrazione delle masse nello Stato attraverso la sua partecipazione alla vita amministrativa come ente fra gli enti.

Ma, tornando al testo del 1931, il P.N.F. è solo uno fra gli enti chiamati a svolgere la funzione di «integrazione»: «oltre che pel tramite del Partito, il Governo è chiamato a far valere la sua azione direttiva nel campo educativo mediante la vigilanza su alcuni enti autonomi». Tra questi, «sotto la diretta dipendenza del Capo del Governo l'Opera Nazionale Balilla (legge 3 aprile 1926, n. 2247)», e «alcune istituzioni di cultura» come l'Accademia d'Italia, l'Istituto Fascista di Cultura, il Consiglio Nazionale delle ricerche, l'Istituto Nazionale Luce «e altri minori»: «così la specifica funzione del Capo del Governo nella coordinazione dei poteri costituzionali riesce di tanto più efficace ed adeguata, in quanta essa è preceduta ed accompagnata dall'azione di un complesso di istituti, diretti da lui stesso, che penetra nella struttura stessa della società e ne guida le manifestazioni più importanti, senza annullarne la spontaneità»¹⁴.

Quindi nel 1931 Mortati indica in un complesso di enti pubblici, tra cui il partito, e altri direttamente dipendenti dal Capo del governo, le strutture in condizione di svolgere la funzione «di promuovimento dell'unità della fede politica», o, meglio, la più generale funzione «dell'integrazione politica nello Stato moderno» attuata per il tramite di «organi sussidiari», tra i quali centrale, ma tutt'altro che unico, è il Partito¹⁵.

Quello che interessa notare, a questo punto, è cosa si intende per «ente pubblico» in quegli anni e quale sia la realtà istituzionale che soggiace a questa nozione¹⁶. Infatti sembra che, nelle

¹⁴ Ivi, pp. 193-194.

¹⁵ Ivi, p. 232.

¹⁶ In ordine all'amministrazione per enti negli anni fra le due guerre la bibliografia sarebbe troppo ampia. Pertanto qui ci si limita, anche a fini bibliografici, a rinviare a Melis, *La macchina*, cit., pp. 399 ss., nonché a C. Bersani, *La disciplina dei corpi collettivi nelle riviste di diritto pubblico*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, 1992, pp. 141-163; CIRIEC, *Gli enti pubblici italiani. Anagrafe, legislazione e giurisprudenza dal 1861 al 1970*,

pagine di Mortati, sia rappresentato un aspetto particolarmente significativo della storia istituzionale e amministrativa italiana fra gli anni Venti e Trenta: anni che vedono rafforzarsi il processo di disseminazione dell'amministrazione per enti, in una prospettiva, è stato scritto, di «pluralismo delle istituzioni»¹⁷. Lo Stato si dissemina in forme (e figure) amministrative, e Mortati sembra tenere ben presente questa forma di disseminazione. La nuova «funzione» di integrazione delle forze sociali nello Stato appare, in queste pagine di Mortati, esercitata in primo luogo attraverso una galassia di enti, fra i quali c'è senz'altro il P.N.F., ma allo stesso tempo ve ne sono di natura diversa, anche direttamente legati al Capo del Governo. In questo modo, la stessa nuova «funzione» di governo sembra attirare e assorbire figure e attività di natura sostanzialmente amministrativa.

È in questo quadro generale, di organizzazione delle rinnovate «funzioni dello Stato» e di integrazione nello Stato delle forze sociali organizzate, che si articola la riflessione di Mortati negli anni Trenta. Le figure attraverso cui queste forze sociali si organizzano non vengono lette come espressione di diritti di libertà, o di associazione, ma in quanto funzionali a mantenere il rapporto fra società e organi del governo e

Milano, 1972; C. Giorgi, *Le politiche sociali del fascismo*, in «Studi storici», 1, 2014, pp. 93-107, pp. 101 ss.; M. Salvati, *Gli enti pubblici nel contesto dell'Italia fascista. Appunti su storiografia e nuovi indirizzi di ricerca*, in «Le Carte e la Storia», 8, 2002, pp. 28-41.

¹⁷ «Lo Stato [...] penetrava profondamente [...] nei pori del tessuto sociale ed economico; ma allo stesso tempo organizzava e insieme metabolizzava gli interessi, li faceva in qualche modo propri: era come se ne assorbisse la linfa, lasciandosene al contempo permeare intimamente. Rispetto allo Stato di Cavour, ma anche a quello di Crispi e di Giolitti, la mutazione in atto appariva pervasiva. Essa realizzava quel pluralismo degli interessi, a sua volta riflesso nel corrispondente pluralismo delle istituzioni, che la più volte richiamata *Prolusione* pisana di Santi Romano, e assai più il suo illuminante *L'ordinamento giuridico*, avevano precocemente rilevato» Melis, *La macchina*, cit., p. 401. Sulla «prospettiva anti-pluralistica» di Mortati vanno però considerate le osservazioni G. Cazzetta, *Il lavoro nella Costituzione: pluralismo sociale e unità dell'ordinamento in Costantino Mortati*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 51, 2022, pp. 237-269, pp. 247-248, e di Zagrebelsky, nella *Premessa alla Costituzione in senso materiale*, cit., p. XXIII. Sul tema del pluralismo in Mortati si vedano pure le osservazioni di P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in Galizia, Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 259-300, pp. 275 ss.

dell'amministrazione: è appunto questo ruolo, che ne caratterizza la natura e la rende pubblicistica.

Così Mortati tiene conto di un'esigenza di "nazionalizzazione delle masse" che deve fatalmente prescindere dalle partizioni tra le funzioni dello Stato tipica dell'età liberale. A maggior ragione, poi, considerando che tra la fase liberale in senso stretto e il nuovo regime era intervenuto il fatto nuovo dell'organizzazione dei partiti politici di massa. Le parole di Mortati nel '31 sono del resto chiare: come si è visto¹⁸, a rendere il Parlamento alieno dallo «spirito di equilibrio» tra le forze, che dovrebbe caratterizzare l'azione statale, e «in altri tempi» ne aveva effettivamente «inspirato» l'azione, sono stati i «successivi ampliamenti del suffragio» e «la trasformazione subita dai partiti»¹⁹.

2. La frattura costituente

Nel corso del convegno di Macerata, e anche poco dopo²⁰, è stato ripetutamente chiamato in causa il tema dei rapporti di continuità e frattura tra il costituzionalismo italiano degli anni Trenta e la fase costituente, rapporti che non possono non trovare larga eco nell'opera di Mortati.

Com'è noto il tema dei partiti resta centrale nel pensiero del giurista calabrese anche negli anni che seguono immediatamente la nascita della Repubblica²¹. Ma le sue riflessioni sono parte di un quadro che include anche quelle su altri tipi di formazioni sociali. Su questo punto Mortati fa, in sede

¹⁸ V. retro, nota 7.

¹⁹ Mortati, *L'ordinamento*, cit., p. 79.

²⁰ Ad esempio al convegno su «Fascismo e diritto. Continuità e rotture nella tradizione giuridica italiana», tenutosi a Perugia, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, dal 4 al 6 luglio 2023. Sul tema si veda anche M. Gregorio, *La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica*, in P. Barucci, P. Bini, L. Conigliello (a cura di), *I mille volti del regime*, Firenze, 2020, pp. 23-38.

²¹ Su questo punto peraltro si veda il testo del 1949 C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, pubblicato con introduzione di F. Lanchester in «Nomos», 2, 2015, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/10/Mortati_Nomos-2_2015.pdf>.

costituente, affermazioni che paiono di un certo peso, come a proposito dell'ordinamento dei sindacati: in particolare quando – con maggior fortuna rispetto alle sue proposte, più o meno prossime, in merito alla disciplina dei partiti²² – partecipa alla formulazione positiva di quello che sarà l'art. 39.

È in quest'occasione che Mortati propone di inserire il requisito dell'ordinamento democratico interno e della registrazione per i sindacati, «in quanto partecipino a funzioni di carattere pubblico»²³. Mortati tiene a precisare che la sua proposta in realtà «tende precisamente ad eliminare l'obbligo della registrazione per quelle associazioni professionali che non intendono partecipare alla funzione, indubbiamente pubblicistica, qual è la stipulazione dei contratti collettivi di lavoro o ad altre della stessa natura: per esempio di intervento nella formazione di corpi di rappresentanza professionale, o di apertura di uffici di collocamento, che potrebbero essere assegnate ai sindacati». È evidente in Mortati la coerenza fra tale proposta, e la funzione che egli assegna ai sindacati nel creare «le condizioni per la consapevole partecipazione dei cittadini alla vita dello Stato democratico»: «infatti lo Stato moderno, che chiama alla vita politica masse ingenti di cittadini, ha bisogno di educare tali masse alla esatta valutazione degli interessi collettivi, e quindi non può non giovare dell'opera che in tal senso possono svolgere gli organismi minori, di carattere pubblicistico»²⁴.

²² Sulle proposte di Mortati in materia di ordinamento dei partiti si vedano almeno U. De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in Galizia, Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 301-357, pp. 324 ss. e, più di recente, S. Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in «Nomos», 3, 2017, specie pp. 7 ss.; O. Massari, *Mortati e il problema del partito politico*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2017, pp. 177-191, pp. 5 ss.

²³ *Atti dell'Assemblea Costituente*, Discussioni, Roma, s.d., Seduta pomeridiana 10 maggio 1947, pp. 3846 ss., p. 3847.

²⁴ *Ibidem*.

Mortati è chiaro sulle possibili implicazioni del suo emendamento: «la conseguenza dell'obbligo della organizzazione democratica sarebbe di creare un diritto a favore degli associati, di pretendere il rispetto dell'organizzazione democratica; quindi la possibilità anche di una azione giudiziaria di difesa dell'interesse legittimo, di fronte agli organi chiamati a tutelare questo interesse, contro possibili eliminazioni o limitazioni dei principi che debbono essere consacrati negli statuti»²⁵.

Mortati si chiede se sia necessario, o anche semplicemente opportuno, inserire una tale previsione nel testo costituzionale. La sua risposta a quest'interrogativo è ovviamente affermativa: «infatti in uno Stato moderno²⁶, come il nostro, che voglia porsi dei compiti interventisti nel campo dell'economia, i sindacati assumono una funzione essenziale nel funzionamento dello Stato, essendo elementi costitutivi della struttura dello Stato stesso. Ne consegue la rilevanza costituzionale di questi organismi e la necessità di una inserzione nella Costituzione dei principi fondamentali che servono a delineare l'organizzazione di questi enti»²⁷.

Di recente, l'insistenza di Mortati sul profilo pubblicistico delle organizzazioni sindacali è stata intesa in un quadro teorico basato sull'idea di una necessaria «unità sostanziale» tra Stato e società: in relazione anche alla prospettiva di «dar concretezza al suffragio universale con riferimento a categorie professionali»²⁸, e con il tema dell'efficacia normativa della

²⁵ Ivi, p. 3848.

²⁶ Sull'uso dell'espressione «Stato moderno» in Mortati si vedano le osservazioni di G. Zagrebelsky nella sua *Premessa a La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, p. XXI.

²⁷ *Atti dell'Assemblea Costituente*, cit., Seduta pomeridiana 10 maggio 1947, p. 3848.

²⁸ Cazzetta, *Il lavoro*, cit., pp. 249-251. Sul tema della rappresentanza degli interessi nel pensiero di Mortati si veda De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo*, cit.; nonché più di recente F. Astolfi, *Democrazia corporativa. La proposta di Costantino Mortati in Assemblea costituente*, in «Italia contemporanea», 239-240, 2005, pp. 225-247; M. Cau, *An inconvenient legacy: corporatism and Catholic culture from Fascism to the Republic*, in «Tempo», 25, 1, 2019, pp. 218-238; Id., «Grufolare ancora in un passato maledetto». *Il discorso sul corporativismo dopo il fascismo (1943-1953)*, in «Rivista storica italiana», 131, 2019, pp. 306-332.

contrattazione collettiva²⁹. Un quadro teorico che spingerà Mortati alla frizione con altre tendenze del pensiero giuslavoristico³⁰.

D'altro canto, quello di Mortati è un approccio che appare nelle sue grandi linee diverso, ma coerente o, quanto meno, compatibile con l'impianto personalista che caratterizza con più precisione altri protagonisti della Costituente. Si pensi, ad esempio, alla Relazione La Pira sui principii relativi ai rapporti civili, e al lessico che la caratterizza: qui è contenuto il passo per cui la formula «lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato» è «premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico»³¹. Ma «i diritti essenziali della persona umana non sono rispettati [...] se non sono rispettati i diritti della comunità familiare, della comunità religiosa, della comunità di lavoro, della comunità locale, della comunità nazionale: perché la persona è necessariamente membro di ognuna di queste comunità, e ne possiede lo *status*: la violazione dei diritti essenziali di queste comunità costituisce una violazione dei diritti essenziali della persona umana [...]. Dall'individuo si va allo Stato attraverso la mediazione di ordinamenti anteriori, la cui esistenza non può essere dallo Stato disconosciuta». Il «sistema integrale dei diritti della persona esige» che vengano «riconosciuti e protetti [...] anche i diritti essenziali delle comunità naturali», sicché «i diritti del singolo vanno integrati con quelli della famiglia, della comunità professionale, religiosa, locale e così via»³².

²⁹ Cazzetta, *Il lavoro*, cit., p. 251 e p. 259.

³⁰ Ivi, pp. 263 ss. (con particolare riferimento anche alla prolusione maceratese di Pietro Rescigno del novembre 1954, ivi, p. 264).

³¹ Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, *Relazione del deputato La Pira Giorgio sui Principii relativi ai rapporti civili*, anche in G. La Pira, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, Firenze, 1979, pp. 145-178, p. 146. Sulla *Relazione* si veda S. Grassi, *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori della Assemblea Costituente*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, 2, Bologna 1980, pp. 179-221, pp. 189 ss.

³² *Relazione sui principii relativi ai rapporti civili*, cit., p. 16. «Dal fatto che le persone sono membri di varie comunità naturali deriva che ciascuna di esse è titolare di tanti *status* diversi quante sono queste comunità fondamentali alle quali appartiene. Vi sarà uno *status* familiare, religioso, professionale, territoriale, nazionale. Ebbene: questi *status* non possono non avere una essenziale rilevanza

Si tratta di proposte frutto di un'impostazione apertamente «organica» della società³³. Certamente il richiamo ad una «concezione pluralista» non sembra in linea con il pensiero di Mortati³⁴, e la stessa espressione «comunità naturali», ricorrentemente adoperata da La Pira³⁵, sembra centrale più nel lessico di quest'ultimo che in quello del giurista calabrese³⁶ (dove maggiore importanza sembra avere l'espressione «comunità intermedie»³⁷). Ma non è affatto lontana dal pensiero di Mortati l'idea che i gruppi in cui è organizzata l'attività dei singoli abbiano un rilievo costituzionale, tale da richiedere che emergano nel testo della Carta e, conseguentemente, che questa contenga anche le basi della loro disciplina. Ancora una volta, è una concezione delle formazioni sociali e dei gruppi organizzati che non si limita a considerarli sotto il profilo dei diritti di libertà e di associazione, ma ne sottolinea la funzione – inevitabilmente pubblicistica – di raccordo fra società e Stato o, se si preferisce, fra società civile e istituzioni.

Se si considerano le *Istituzioni di diritto pubblico* – almeno nell'edizione del 1952 – Mortati fornisce un quadro sistematico e comprensivo dei diversi gruppi sociali organizzati³⁸. Questi sono riuniti nel capitolo sesto, intitolato alla «organizzazione dello Stato-comunità». Il capitolo sesto si

costituzionale [...]. Lo *status* professionale, ad esempio, sarà il remoto fondamento della rappresentanza degli interessi nella seconda Camera». Ivi, pp. 152-155. Su Mortati e il «principio personalistico» si veda Cazzetta, *Il lavoro*, cit., pp. 239 ss.

³³ *Relazione sui principii relativi ai rapporti civili*, cit., p. 149.

³⁴ V. retro, nota 17.

³⁵ *Relazione sui principii relativi ai rapporti civili*, p. 149.

³⁶ In proposito si veda C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*², cit., p. 491, dove le «formazioni sociali» sono distinte in «naturali, nel senso di necessarie almeno entro un certo limite, o volontarie».

³⁷ C. Mortati, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino 1959. Sul tema si veda ora M. Rosboch, *Le comunità intermedie tra storia e istituzioni*, in M. Rosboch (a cura di), *Le comunità intermedie e l'avventura costituzionale*, Torino, 2017, pp. 11-69, pp. 21 ss. Si vedano anche le osservazioni di G. Allegri in *Autonomie sociali e territoriali*, voce per *Diritto on line*, 2017, <https://www.treccani.it/enciclopedia/autonomie-sociali-e-territoriali_%28Diritto-on-line%29/>, consultata il 23 luglio 2023; nonché di S. Pupo, *Partiti come comunità intermedie e Stato moderno in Costantino Mortati*, in «Nomos», 3, 2015, pp. 77-84.

³⁸ Su queste pagine delle *Istituzioni di diritto pubblico* si veda Rescigno, *L'autonomia delle formazioni sociali*, cit.

divide in due parti, dedicate rispettivamente alle «autonomie pubbliche» e alle «autonomie dei singoli e delle formazioni sociali». La parte dedicata alle «autonomie pubbliche» si divide a sua volta in due parti: le «autonomie influenti sulla politica generale dello Stato», e le «autonomie degli enti pubblici» (enti territoriali ed «enti autarchici non territoriali»).

È fra le «autonomie influenti sulla politica generale», dopo le pagine dedicate al referendum, all'iniziativa popolare e al diritto di petizione, che sono trattati i partiti politici. In questo modo questi sono distinti nettamente dal novero degli enti pubblici: infatti, per Mortati «lo schema dell'ente pubblico o autarchico» è inadeguato a definirli, trattandosi piuttosto di una «istituzione sociale», ovvero «l'articolazione che la comunità si dà per mettersi in grado di esprimere un pensiero politico, e che perciò stesso viene ad assumere rilevanza costituzionale»³⁹.

³⁹ Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*², cit., p. 389. Va tenuto presente però che le pagine dedicate da Mortati alla natura giuridica dei partiti nel *Corso* del 1949 sono piuttosto diverse: «nello Stato liberale-democratico entra nella sfera dell'interesse pubblico non solo la fase terminale della volizione statale, nelle sue manifestazioni supreme [...]. In questo tipo di Stato il metodo migliore per la ricerca della soluzione più soddisfacente non si ritiene quello che affida tale ricerca ad un capo, in cui si presuma il possesso di speciali virtù taumaturgiche, bensì quello che fa derivare la scelta della soluzione stessa dal libero contrasto delle varie opinioni, da una dialettica degli opposti, da cui si attende la sintesi, ossia la componente che armonizzi le tesi contrastanti nel punto di maggior soddisfazione dell'interesse collettivo. Questa concezione [...] comporta appunto l'esistenza di mezzi che diano rilievo esterno alla formazione politica della pubblica opinione e ne assicurino l'influsso costante nella vita pubblica. Il partito, che adempie precisamente a tale compito, viene così a soddisfare ad un interesse proprio dello Stato e ad assumere veste di ente pubblico. Manca la possibilità di approfondire qui la natura di tale ente sicché bisogna limitarsi a mettere in rilievo le conseguenze che dall'ammissione di tale natura pubblicistica possono discendere» (in particolare riguardo alla posizione dei parlamentari, e alla possibilità di «limiti all'esistenza dei partiti», possibilità che Mortati ritiene inammissibile negli «Stati democratici»). In questi ultimi, i soli interventi che possono «apparire legittimi» sono quelli «rivolti a garantire la conformità dell'azione del partito al metodo democratico»: così intorno all'organizzazione interna, come «per quanto riguarda l'ideologia assunta a base dell'azione di partito, allo scopo di non consentire l'esercizio di poteri di natura pubblicistica ai partiti che assumano una concezione politica in assoluto contrasto con i presupposti e fini della democrazia. Si dice giustamente che questa può consentire tutte le libertà, meno quella di uccidere la libertà, e che pertanto appare giustificato impedire l'azione di formazioni, le quali, in virtù dello stesso loro programma, tendono a questo scopo»). C. Mortati, *Corso di istituzioni di diritto pubblico. Anno accademico 1948-49. Appunti dalle lezioni*, Padova, 1949, pp.

La parte dedicata alle «autonomie dei singoli e delle formazioni sociali» comprende sia la trattazione dell'autonomia privata, sia quella della «autonomia dei singoli» – e quindi dei diritti di libertà personale, di domicilio, di corrispondenza ecc. – sia, infine, «l'autonomia delle formazioni sociali». Quest'ultima parte, che si apre trattando del diritto di associazione, è suddivisa nelle possibili esperienze di comunità: la «comunità familiare», le «minoranze linguistiche», le «comunità religiose», la «comunità scolastica», la «comunità del lavoro».

È in ordine alla «comunità del lavoro» che emerge la questione delle associazioni sindacali e della loro natura giuridica, strettamente connessa, ribadisce Mortati, alla questione della natura giuridica dei contratti collettivi. Stranamente, almeno con riferimento ai sindacati registrati Mortati appare più incline a ricorrere al concetto di ente pubblico di quanto, nella stessa edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico*, non lo fosse circa i partiti: manca, nel testo, un'esplicita affermazione positiva, ma l'argomentazione nel complesso sembra propendere verso questa possibilità⁴⁰.

Dunque per il Mortati del 1952 partiti e sindacati, sebbene nettamente distinti fra loro quanto a natura giuridica, vengono compresi assieme alle altre «formazioni sociali» nella più generale categoria delle forme di «organizzazione dello Stato-comunità»⁴¹: in un quadro di insieme che comprende anche

246-248. Per quanto riguarda invece gli «enti di decentramento istituzionale» in senso proprio, si veda *ibidem*, pp. 437 ss.; sulla nozione degli «enti autarchici» intesi «come una sottospecie degli enti pubblici» si veda *ibidem*, pp. 441 ss.

⁴⁰ Con riferimento ai sindacati registrati, «si è contestata la possibilità di assegnare a questi la qualifica di enti di diritto pubblico, e ciò in base alla considerazione della non ammissibilità di più entità, tutte pubblicistiche, per la tutela degli stessi interessi. Si è inoltre fatto valere [sic] la considerazione che il carattere pubblico del sindacato giustificerebbe interventi statali nel suo ordinamento interno che finirebbero con il dar vita ad un sindacalismo di Stato. Ma nessuna delle ragioni addotte sembra probante [...]». Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*², cit., p. 501. Sul punto si vedano le osservazioni di Cazzetta, *Il lavoro*, cit., pp. 266-267.

⁴¹ Sul ruolo dei partiti nel quadro di un più ampio «pluralismo sociale» si veda De Siero, *Parlamento, partiti e popolo*, cit., pp. 324-326. Per la relazione fra struttura interna dei partiti e dei sindacati si veda C. Mortati, *Sindacati e partiti politici*, in «Atti della XXIV Settimana sociale dei Cattolici italiani» (*L'organizzazione professionale*), 1951, pp. 239-254, ora in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, III, Milano

i diritti individuali di libertà ma, allo stesso tempo, i diritti di un insieme di «comunità» che si esprimono attraverso distinte figure organizzative. Un insieme di comunità il cui elenco, peraltro, non appare molto distante da quello fornito da La Pira in sede costituente (comunità familiare, comunità religiosa, comunità di lavoro, comunità locale, comunità nazionale).

Come si è visto, a proposito dei sindacati Mortati aveva adoperato la definizione: «organismi minori di carattere pubblicistico»⁴². L'espressione sembra indicare un nesso e, allo stesso tempo, una frattura:

1) Il nesso sta nella permanenza di un pensiero attento al tema dell'integrazione degli interessi nello Stato. Nel corso degli anni Trenta, questo pensiero era maturato entro un quadro, politico e costituzionale, che spingeva ad elaborare forme di pluralismo esterne alle istituzioni parlamentari, in rapporto, piuttosto, con gli organi del governo e dell'amministrazione. Quindi portava ad elaborare forme di integrazione o, se si preferisce, semplice inserimento degli interessi organizzati nell'ambito delle strutture amministrative e di governo, anche attraverso nuove forme organizzative della stessa amministrazione. Ecco dunque che Mortati guarda principalmente al partito politico come possibile fulcro di un insieme di figure soggettive, destinate a integrare gli interessi organizzati nello Stato attraverso un collegamento diretto con le amministrazioni, e anzi assumendo forme organizzative interne alla tradizione amministrativa (gli enti pubblici).

2) La frattura è nella Costituzione, ovvero nella tutela costituzionale delle libertà: questa impone di disegnare nuovamente gli strumenti dell'integrazione, tenendo conto, stavolta, delle istituzioni parlamentari e della pluralità dei partiti, ma guardando anche oltre, ai sindacati e alle associazioni professionali. Questo consentirà a Mortati di sviluppare la riflessione più generale sulla centralità dei corpi intermedi, in un quadro dove

1972, pp. 83-103 (su cui G. Cazzetta, *Il lavoro*, cit., p. 257).

⁴² *Atti dell'Assemblea Costituente*, cit., Seduta pomeridiana 10 maggio 1947, p. 3847.

ormai la centralità dell'amministrazione non ha più, o ha molto meno ragion d'essere.

Anche in tema di soggetti collettivi e formazioni sociali, e della loro posizione fra poteri amministrativi e disciplina costituzionale, sembra potersi dire che il pensiero di Mortati – come quello di altri prima di lui – ha la caratteristica di contenere sia elementi di frattura, sia elementi di continuità: quegli stessi vissuti dal Paese, presenti nella sua opera.

Angelo Antonio Cervati

Lo «spirito informatore» della Costituzione ha per Mortati radici lontane nella storia dei popoli e delle minoranze sociali

ABSTRACT

L'autore presenta Mortati come un giurista realista, che muove dalla ricerca dello «*spirito informatore*» della convivenza e fa ogni sforzo per liberarsi da una visione positivista delle dinamiche storiche e sociali, oltre che delle dottrine normative, dogmatiche e istituzionali. In questa visione teorica, Mortati segue lo sviluppo della scrittura dei testi costituzionali per interpretarne i contenuti, senza perdere di vista la continuità storica e giuridica tra passato e presente e senza esasperare gli orientamenti della «costituzione materiale», che rispecchia i mutamenti della storia e il prevalere degli interessi dell'economia. La democrazia, la sovranità popolare, la dignità del lavoro e il principio del ripudio della guerra rappresentano, per le corti supreme, il limite del loro impegno giuridico e sociale.

This work aims to present Mortati as a realist and pluralist jurist, highlighting the reference to the «informing spirit of the constitution». Mortati reconnects the doctrine of the «material constitution» to a pluralistic vision of the dynamics of law and institutions. In this vision of pluralism and a society open to innovations, he follows the development of constitutional guarantees that are placed within the framework of the «material constitution». His historical and social vision delves into the changes in legal language, without losing sight of the continuity between past and present and without exasperating the effectiveness of the decisions of the supreme courts, proposing to also give prominence to the opinions of dissenting judges.

PAROLE CHIAVE: Spirito informatore, principi costitutivi, scrittura delle costituzioni, minoranze linguistiche e religiose, interessi collettivi, garanzie dei diritti individuali e delle formazioni sociali, mutamenti della «costituzione materiale».

KEYWORDS: informing spirit of the constitution, material constitution, constitutional writing, social pluralism, linguistic and religious minorities.

SOMMARIO: 1. La «costituzione materiale» di Mortati muove da una riflessione teorica, giuridica e pratica sulle istituzioni – 2. Mortati è un giurista italiano realista la cui vasta cultura viene da lontano – 3. La continuità storica tra presente e passato della nazione e gli ostacoli che derivano dal tecnicismo e dal formalismo giuridici – 4. Il rapporto tra aspettative delle collettività e i mutamenti di significato del linguaggio giuridico – 5. Mortati e la comparazione giuridica come via per comprendere i mutamenti costituzionali e le contraddizioni sociali.

1. La «costituzione materiale» di Mortati muove da una riflessione teorica, giuridica e pratica sulle istituzioni

Costantino Mortati è uno degli studiosi di diritto e di istituzioni politiche più consapevoli degli sviluppi teorici e sociali della storia italiana, che guarda alla storia e alle dinamiche delle formazioni sociali nel quadro dei mutamenti del diritto costituzionale. Egli è un giurista che ha alle spalle un'educazione umanistica con radici nella tradizione del cristianesimo orientale, quella in particolare della minoranza greco albanese. Vale la pena di ricordare che l'interesse per la teoria non viene meno nel corso dei suoi studi di diritto. Egli si iscrive anche alla facoltà romana di filosofia perché intende approfondire quegli studi teorici che rappresentano per lui un presupposto necessario di quelli giuridici¹.

L'appartenenza di Mortati a una comunità greco-albanese e l'educazione ricevuta nel liceo di San Demetrio Corone lo aiutano a riflettere sulla tutela delle minoranze e sull'esigenza di mantenere un dialogo aperto tra diverse comunità e ceti sociali, tenendo viva una sensibilità e un respiro culturale non comuni rispetto al nostro tempo².

¹ M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006, pp. 168 ss., dove si osserva che «Mortati tende a pensare all'attività conoscitiva del giurista in termini strategici [...]: la conoscenza che egli ha della realtà è costruita allo scopo di prevedere le azioni sociali, e di identificare i modi attraverso i quali esercitare influenza sull'ordine vigente (per conservarlo o per mutarlo)».

² F. Lanchester ha spesso richiamato l'appartenenza di Mortati ad una comunità di lingua albanese, quella di Corigliano Calabro, sottolineando l'importanza degli studi che egli ha fatto nel collegio dei frati di San Demetrio Corone i cui insegnanti mettevano a disposizione del giovane allievo la loro cultura religiosa e classica. Cfr. F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di*

Gli studi storici e filosofici compiuti dal giovane Mortati lo portano indiscutibilmente lontano dal formalismo esegetico o dottrinale, per condurlo verso lo studio della storia e verso un'attenzione particolare ai profili etici e sociali della costituzione scritta.

Chi scrive, come altri suoi coetanei, ha avuto modo di incontrare e frequentare Costantino Mortati, un classico del diritto costituzionale italiano e un autentico protagonista del processo di innovazione e interpretazione delle nostre istituzioni di diritto pubblico. Mortati ha espresso opinioni sui principali temi del diritto costituzionale, lasciando profondi insegnamenti a chi ha avuto modo di incontrarlo e ai lettori dei suoi scritti di diritto pubblico.

Egli ha dedicato alla comparazione giuridica, unita allo studio della storia, buona parte delle sue opere, spesso difficili da reperire, soprattutto quando attengono ai temi delle garanzie costituzionali e del pluralismo sociale. Il suo impegno di scrittore di diritto investe una tale quantità di temi, centrali ai fini di una interpretazione realistica della storia costituzionale. I sentieri percorsi da Costantino Mortati divergono profondamente da quelli degli altri studiosi, soprattutto da quelli che prediligono lo studio delle fonti e dell'organizzazione istituzionale. Egli è stato uno scrittore di diritto che ha vissuto intensamente i percorsi storici, culturali e comunicativi degli anni in cui è stata scritta la Costituzione, dedicando attenzione a quel «periodo transitorio» del diritto pubblico che si è sviluppato negli ultimi anni della seconda guerra mondiale³.

Mortati non si sofferma solo sui temi storici e sociali propri di una nazione che ha alle spalle una clamorosa sconfitta bellica e che avverte la necessità di guardare oltre il proprio passato, ma proietta verso il futuro il nucleo delle innovazioni istituzionali, nella convinzione della loro corrispondenza alle aspettative so-

Costantino Mortati, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, in particolare pp. 189 ss.

³ Si veda in particolare Id., *Dallo statuto albertino alla Costituzione della Repubblica*, in Id., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione. Raccolta di scritti*, vol II, Milano, 1972, pp. 329-364.

ciali, economiche e politiche delle collettività, nel quadro degli equilibri internazionali.

Chi scrive non ha creduto di far propria l'impostazione di tenere separate le opere del periodo «maceratese» e «napoletano» da quelle del periodo successivo, nella convinzione che l'insegnamento di Mortati si sviluppi in modo sempre più orientato verso una visione teorica e storica d'insieme.

Le riflessioni e l'insegnamento di Mortati si volgono fin dall'inizio al tema della «scrittura» della Costituzione repubblicana, della quale egli avrà modo di elaborare, come diretto protagonista, una parte rilevante del testo normativo⁴. Mortati è convinto che la funzione della «scrittura» delle costituzioni non sia solo quella di formalizzare il passaggio da una disciplina normativa ad un'altra, ma di dare significati puntuali ai mutamenti del testo costituzionale, nella consapevolezza che esistono rapporti molto stretti tra la costituzione «materiale» e quella «scritta». Egli sottolinea che la costituzione scritta può essere talora soggetta a eventuali «revisioni testuali», mentre lo stesso non vale per la «costituzione materiale», che essendo più strettamente connessa ai sentimenti e alle aspirazioni popolari è meno condizionabile direttamente dai partiti e dall'alta burocrazia⁵.

Mortati è un giurista che avverte in modo particolare l'esigenza di andare oltre il mutamento del diritto vigente, oltre l'abrogazione delle leggi e il loro studio specialistico, dedicando attenzione ai principi e ai valori che hanno animato la vita della società nazionale, alle «formazioni sociali», alle collettività intermedie.

La lettura delle *Istituzioni di diritto pubblico* del 1949 è fondamentale per la conoscenza e per la diffusione di un pensiero

⁴ Si veda *Comitato nazionale per la celebrazione del Primo decennale della Promulgazione della Costituzione*, vol. IV, *I precedenti storici della Costituzione, Studi e lavori preparatori*, Milano, 1958, pp. 99 ss. «Nella relazione scritta, l'on Mortati [...] passò in rassegna i tipi classici di governo, enunciandone pregi e difetti; prospettò una serie di quesiti e i motivi a favore delle varie soluzioni. Il questionario contenuto nella relazione Mortati, meticolosamente completo e ordinato secondo una successione scientifica degli argomenti servì di guida per tutto lo svolgersi della discussione».

⁵ Si veda C. Mortati *et al.*, *Principi fondamentali, Commento. art. 1-12*, Roma, 1975.

che attraversa vicende e fenomeni diversi tra loro e non resta vittima del contingente.

Mortati fa un uso dell'idea di «costituzione» orientato verso prospettive di teoria generale che passano dai «principi fondamentali» alle «formazioni sociali», collegando le «minoranze» linguistiche e culturali con una visione realistica delle aspettative nazionali.

Mortati è stato uno dei più importanti redattori delle disposizioni più significative della Costituzione repubblicana del 1947, oltre che di non poche pronunce della Corte costituzionale, continuando a considerare nella loro concretezza e dinamicità i fenomeni del suo tempo, accompagnando alle sue valutazioni un'impareggiabile attività di insegnante e interprete dei fenomeni reali, senza perdere di vista le connessioni sistematiche tra le interpretazioni⁶. Mortati trae dallo studio della storia, da un riferimento alle diverse componenti sociali della nazione, dall'abitudine a non perdere di vista gli elementi di fatto che gli consentono di restare fedele al proprio realismo giuridico elementi per mettere in evidenza anche una concezione di «costituzione materiale» che svolga un ruolo per fornire criteri di interpretazione della storia costituzionale. Il significato giuridico e politico della «costituzione materiale» assume un rilievo storico e linguistico talmente forte da riuscire a collegare tra loro passato e presente, nella speranza di assicurare un futuro fondato sulla consapevolezza dell'identità storica di un popolo formato da più collettività e minoranze sociali, evitando i formalismi e le finzioni giuridiche.

Le sue considerazioni teoriche non si esauriscono nella pura esegesi dei nuovi testi normativi della Costituzione del 1947, che entrerà in vigore l'anno successivo; esse non si limitano a fare riferimento solo a nuove dottrine in tema di efficacia degli atti normativi, dimenticando del tutto che le costituzioni sono il risultato di processi storici e sociali e di conseguenza vanno approfondite proprio da questi punti di vista. Non si tratta di

⁶ Si veda G. Zagrebelski, *Premessa* a C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998. Non si può essere del tutto d'accordo con Gustavo Zagrebelski, che sembra sminuire l'apporto di Mortati alla redazione del testo costituzionale.

irrigidire i concetti, ma di essere consapevoli che chi studia il diritto costituzionale non può sottrarsi a un dibattito autentico e onesto sui valori e principi della «costituzione materiale». Si può ben dire che la lettura di Mortati è riuscita spesso a stimolare il pensiero degli scrittori italiani di diritto pubblico, talora persino quelli di altre nazioni e culture, che hanno cercato di instaurare un dialogo con lui, traendo suggerimenti dalla lettura dei suoi scritti e dalle sue interpretazioni del diritto costituzionale italiano⁷.

Mortati riflette profondamente sul «ripudio della guerra», sul «principio della dignità del lavoro» e sul «principio internazionalista», avvalendosi di espressioni ricche di significato storico, giuridico e culturale. Tornando a leggere oggi i primi scritti di Mortati sulla «costituzione materiale» non ha molto senso cercare di dimostrare che egli nel corso di alcuni anni del passato, nonostante la sua profonda cultura classica e cattolica, abbia potuto condividere le idee di un regime autoritario e antidemocratico, avvertendo persino il fascino delle considerazioni di Carl Schmitt, che non hanno nulla a che vedere con la nostra storia politica e giuridica. Va tuttavia considerato che la lettura che oggi facciamo di quelle pagine lascia emergere valutazioni diverse da quelle di una pura e semplice adesione al regime fascista, consentendo di interrogarci liberamente sul reale significato delle trasformazioni sociali allora in atto, prendendo coscienza del significato complessivo dei fenomeni politici e giuridici di allora, oggi chiaramente lontani dalla coscienza sociale, oltre che dal diritto costituzionale. L'Italia è una nazione che ha sofferto più di altri popoli per realizzare la propria unità, anche in ragione delle difficoltà che ha incontrato nell'aprirsi la strada tra collettività e nazioni già esistenti in Europa. Nello scritto *Il problema della Costituente* egli afferma

una costituzione non è un coacervo di disposizioni giustapposte, bensì un insieme sistematico di principi animati da uno stesso spirito informatore [...]. Caduti automaticamente, con la fine del fascismo, gli istituti di creazione di

⁷ Si veda D. Schefold, *Mortati e la «dottrina tedesca»* in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lancaster, Napoli, 1989, pp. 111 ss. Autori ivi citati; tra cui I. Staff, *Beitrag zur Carl Schmitt Reception in Italien*, Leipzig, 1972, *passim*.

questo, e fallito il tentativo di fare subentrare al loro posto quelli che li avevano preceduti nel tempo, doveva necessariamente avvenire che la costituzione albertina si svuotasse del suo contenuto essenziale e che l'ordine legale da essa espresso non fosse più in corrispondenza con l'ordine reale dei poteri effettivamente venutosi ad instaurare⁸.

2. Mortati è un giurista italiano realista la cui vasta cultura viene da lontano

Mortati, pur avendo creduto per un certo periodo in una soluzione autoritaria, che era sembrato potesse dare ordine a una società come quella italiana, costantemente attraversata da incoerenze e contraddizioni sociali – nascenti da incomprensioni reciproche tra gruppi, spesso di diverse etnie e comunità, che alimentavano talora conflitti culturali e di interesse non sempre facilmente sanabili –, cerca costantemente soluzioni politiche adeguate alla storia delle collettività e agli effettivi mutamenti sociali sulle trasformazioni del diritto vigente. È appena il caso di aggiungere che l'idea di «costituzione materiale» viene adoperata da Mortati in un significato del tutto nuovo da quello del passato, quando essa era stata utilizzata da altri scrittori italiani o stranieri, perché egli la adopera per riflettere su realtà in movimento.

Pur insistendo sull'importanza giuridica della «costituzione scritta», come prima garanzia dell'ordine costituzionale, Mortati sottolinea l'esigenza di non perdere di vista la «costituzione materiale» ed è consapevole che, per determinarne i contenuti, non basta far riferimento ad un metodo storico o a neologismi che esprimano elementi di maggiore novità enunciati dai precetti costituzionali, ma è necessario interrogarsi sulle dinamiche sociali e sulla storia delle collettività che compongono la nazione. Molti scrittori, attratti soprattutto dall'espressione «costituzione materiale», che certamente promette molto, hanno dato ad essa significati talora lontani da quelli che Mortati aveva espresso, ancorando l'idea della costituzione materiale a

⁸ C. Mortati, *La costituente, Il problema della costituente nell'Italia di oggi*, in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, 1972, pp. 218 ss.

principi o valori che ricavava dagli orientamenti condivisi dalla coscienza nazionale. La «costituzione materiale» è espressione di un nuovo metodo di ricerca che non perde di vista lo «spirito informatore» degli ordini giuridici e storici: le difficoltà incontrate dalla dottrina italiana dipendono dalla tendenza particolarmente diffusa a tradurre ogni fenomeno giuridico, storico e sociale nei termini di un positivismo dogmatico, imperativo, dottrinale o giurisprudenziale. Interrogandosi nel quadro di una ampia visione storica, Mortati ha immaginato un possibile allineamento del diritto costituzionale alle esperienze politiche e di diritto pubblico delle altre nazioni europee.

La sua vocazione storica e comparativa lo induce a riflettere sul difficile percorso dell'unità italiana e sul riconoscimento dei diritti delle minoranze, delle collettività sociali e degli stranieri⁹.

L'idea della «costituzione materiale» gli consente, attraverso il richiamo a contenuti «essenziali» dell'ordine giuridico, di seguire criteri d'interpretazione costituzionale non formalistici, perché egli non si limita a fare uso di un linguaggio fondato su schemi espositivi che facciano riferimento a classificazioni dottrinarie delle forme di governo, ma guarda a un insieme più vasto di fatti, cose e persone; egli fa largo uso di categorie storiche e politiche senza dimenticare che lo studio approfondito della storia impone l'uso di metodi diacronici di comparazione.

L'elaborazione teorica dell'idea di «costituzione materiale» di Costantino Mortati si distacca nettamente da ogni dottrina positivista, persino da quelle di impostazione apparentemente più liberale.

Egli come insegnante e studioso di diritto attento alla vita delle comunità sociali si è costantemente interrogato sul significato di alcuni orientamenti fondamentali della vita costituzionale e della giurisprudenza italiana. Più che insistere sulla flessibilità dello Statuto albertino, a confronto con la rigidità delle costituzioni moderne, Mortati si interroga sui rapporti tra i testi costituzionali scritti e i contesti sociali, segnalando le contrad-

⁹ Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, ottava edizione, Padova, 1969, vol. I, pp. 115 ss. e vol. II, pp. 1099 ss.

dizioni e le inadeguatezze tra le aspettative popolari, nazionali e locali e i diversi percorsi della prassi costituzionale italiana¹⁰.

Per riscrivere le singole parti della Costituzione, che hanno radici nella condivisione di valori etici e politici, occorre valutare la loro rispondenza alle aspettative del tempo. La connessione in Assemblea costituente tra l'orientamento di Mortati e quello di Giorgio La Pira non coincide con l'«arco costituzionale» che riguarda invece i partiti politici, ma investe un piano più teorico, linguistico, etico e sociale, come risulta dalle successive affermazioni di Mortati, quando ad esempio, a proposito del diritto costituzionale al lavoro, sottolinea l'obbligo giuridico dello Stato di promuovere le condizioni per soddisfare il diritto al lavoro, affermando che «Dalla delineazione data del diritto del lavoro come fondamentale per il tipo di Stato voluto creare discende che il promovimento delle condizioni per soddisfarlo corrisponde ad un vero e proprio obbligo giuridico dello Stato»¹¹.

Il linguaggio del diritto pubblico è pieno di espressioni metaforiche, evocative di immagini simboliche, ricche di contenuti valutativi che non si lasciano imprigionare in rigide concezioni ideologiche o dottrinarie. Mortati è uno dei pochi scrittori di diritto costituzionale che sembra rimproverare ai giuristi italiani di perdere di vista talora la strada maestra della «costituzione materiale», quella che conduce verso conclusioni storiche e sociali più pertinenti e adeguati allo svolgimento dei fatti e ai rapporti sociali. Mortati ricorda spesso le fasi iniziali della nostra storia costituzionale comparandole con quelle delle altre nazioni europee, non per irrigidirne i contenuti ma solo per riconnettere il mutare delle interpretazioni e delle stesse modifiche tacite della costituzione ai mutamenti dei rapporti sociali, senza prescindere dagli orientamenti dell'opinione pubblica e dal dibattito

¹⁰ L'impegno di Mortati ad approfondire i temi in discussione prima e durante lo svolgimento dei lavori dell'Assemblea costituente non può neppure essere paragonato ai rapidi incontri dei militanti dei partiti che si propongono di riformulare una parte molto rilevante del testo costituzionale sulla base di compromessi precari.

¹¹ Cfr. C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, dagli *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, Roma, 1953, riportato in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, pp. 141 ss.: in particolare pp. 151 ss. Cfr. anche, nello stesso volume, Id. *Il lavoro nella Costituzione*, pp. 227 ss.

dottrinario, che non va tuttavia sopravvalutato, come credono i sostenitori del positivismo scientifico. Egli prende nettamente le distanze dal formalismo giuridico e dalle concezioni imperative del diritto, per assurgere a livelli di riflessione teorica e storica che lo distinguono dagli altri giuristi più ligi ai dettami del positivismo dogmatico e normativo, guardando alla politica, al popolo, alle collettività sociali, quali punti di riferimento essenziali per seguire le esperienze giuridiche reali e non per costruire nuove dottrine astratte¹².

3. *La continuità storica tra presente e passato della nazione e gli ostacoli che derivano dal tecnicismo e dal formalismo giuridici*

Mortati rifiuta il formalismo giuridico e il positivismo dottrinale nella consapevolezza delle contraddizioni giuridiche e storiche tra i diversi gruppi sociali e le aspettative della gente comune. Molti scritti di Mortati sono retti da un impegno teorico attento alle «formazioni sociali», a cominciare dalle aspettative delle minoranze e delle autonomie intermedie fino ai temi del lavoro e della previdenza sociale. Gli scrittori italiani di diritto fanno spesso riferimento a Mortati per avviare riflessioni più attente alle diverse fasi della storia del diritto costituzionale e per non perdere di vista i conflitti sociali e il significato delle innovazioni costituzionali. La prima caratteristica del suo metodo di lavoro è non ignorare le connessioni che legano l'insieme delle enunciazioni contenute nel testo costituzionale, isolandole una dall'altra e separandole dai valori etici sociali e giuridici.

Egli inizia da ordinario il suo insegnamento a Macerata nella Facoltà di giurisprudenza¹³, prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e prosegue a Napoli, presso l'Istituto navale ai cui studenti saranno dedicate le lezioni litografate

¹² M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006, con *Introduzione* di F. Viola.

¹³ Cfr. G. Caporali, *Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori. La Costituzione materiale nella prospettiva di una codificazione dei principi di regime*, in questo volume.

pubblicate dalla Cedam nel 1949. Le lezioni napoletane tenute nella Facoltà di economia, nell'anno accademico 1948-49, sono utili per chi voglia riflettere sulle modalità della lunga e difficile transizione italiana dal fascismo alla democrazia parlamentare, perché in esse l'Autore riesce a mantenere l'attenzione sulle realtà sociali e sugli avvenimenti politici più immediati, dedicando «uno svolgimento più ampio all'ordinamento regionale, in considerazione sia della novità dell'argomento, sia dell'opportunità che esso offriva di applicazione dei principi relativi ai rapporti tra ordinamenti»¹⁴.

Mortati si presenta ai lettori come un giurista che non si immedesima nelle valutazioni più diffuse tra i ceti dominanti e riesce a dialogare con persone anche diverse tra loro, persino con quegli scrittori di diritto che esprimono opinioni e valutazioni politiche e storiografiche diverse dalle sue, perché si considerano tenuti a quel conformismo interpretativo e specialistico lontano mille miglia dal suo modo di interpretare il diritto vigente¹⁵. I suoi rapporti con Santi Romano, Donato Donati, Sergio Panunzio senior e più tardi con Carlo Esposito e molti altri giuristi del suo tempo sono indicativi delle sue diverse aperture e sensibilità storiche e umane. Basti pensare al diverso uso che egli fa delle espressioni «comunità», «autonomie», che non riferisce

¹⁴ C. Mortati, *Corso di istituzioni di diritto pubblico. Appunti dalle lezioni. Anno accademico 1948-49, Avvertenza*, Padova, 1949, dove si osserva con riferimento alle innovazioni in corso che «chiamiamo ordine giuridico una struttura sociale che riunisce un gruppo di uomini in vista del raggiungimento di uno scopo ad essi comune [...] Tale struttura si realizza pel fatto del sorgere nel seno del gruppo di un'autorità, cioè di un potere capace di dichiarare l'ordine delle azioni più rispondente al fine, e di far valere delle conseguenze [...] nei riguardi degli inadempimenti. Il fenomeno giuridico è caratterizzato da questo obbiettivarsi di una volontà sociale, che tende a influire sulle volontà concrete dei singoli partecipi alla società».

¹⁵ Si veda sul punto G. Bianco, *Stato, Statuto albertino e Costituzione in senso materiale in Costantino Mortati*, in questo volume, dove si afferma che «l'impostazione di Mortati certamente da considerare alla stregua del suo tempo storico [...] denota sempre una decisiva connotazione di metodo e di contenuto di grande attenzione ai fatti storici, alla struttura economico-sociale, alle reali forze operanti nella società [...] e sarà alimentata dalle ulteriori e feconde riflessioni mortatiane, specie tra la metà degli anni '50 e metà degli anni '70, nel tentativo di adattare la categoria in considerazione alla fase di costruzione ed affermazione dello Stato democratico costituzionale pluralista e nella vigenza della Costituzione del 1948».

solo alle autonomie territoriali o al diverso significato che assumono le locuzioni «forza di legge», «costituzione materiale», «formazioni sociali».

Come insegnante e come interprete del testo costituzionale, egli sviluppa un discorso sulle garanzie dello Stato di diritto, sui diritti soggettivi e sugli interessi meritevoli di tutela, suggerendo connessioni sistematiche tra i maggiori temi del diritto costituzionale. Per Mortati lo studio del diritto costituzionale non può accontentarsi di riferimenti linguistici limitati a schemi espositivi fondati solo sulla classificazione delle forme di governo, per tenersi alla larga dallo studio della storia e della società o delle dinamiche internazionali. Per lui è essenziale il ricorso a metodi storico-comparativi con riferimento ai quali egli ha sviluppato tutta la sua riflessione sui grandi temi del diritto costituzionale, approfondendo i presupposti teorici e sistematici di questa disciplina.

Uno dei punti più innovatori della riflessione di Mortati riguarda non tanto il riferimento ai costituzionalisti che lo hanno preceduto e che insistono tutti sull'esigenza di assicurare l'autorità di un governo politicamente compatto, ma la decisa enunciazione di una nuova esigenza etica, quella «personalista-solidarista», che a suo avviso dovrebbe fornire gli strumenti per consentire la creazione delle strutture istituzionali dello stato sociale¹⁶. Mortati afferma che «l'essenza della democrazia, che costituisce l'aspirazione più diffusa delle società contemporanee, non potrebbe cogliersi se la si facesse consistere solo in un metodo politico per la formazione della leadership [...] e non si risalisse invece all'insieme dei valori che quindi esprimono una tutela sempre più perfezionata, poiché con il loro pieno spiegamento sta o cade la possibilità di una feconda attuazione del regime democratico»¹⁷. Secondo Mortati si tratta di un vero e proprio mutamento storico del tipo di Stato, cui egli dà il nome di stato sociale. Egli sottolinea che si tratta di una profonda trasformazione, che va «dal vecchio assetto capitalistico» ad un nuovo tipo di stato e afferma che «alla trasformazione [...] han-

¹⁶ C. Mortati, *La persona lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, p. 35.

¹⁷ Ivi, p. 38.

no apportato un contributo decisivo le due guerre mondiali, che resero necessario un rigido dirigismo dell'economia e trovarono, nel periodo post-bellico, nel fattore inflazionistico e nell'accresciuta coscienza dei propri diritti da parte delle masse dei combattenti, potenti spinte all'acceleramento del processo evolutivo di cui si è discusso»¹⁸. In altre parole, secondo Mortati, i «valori che formano» il necessario presupposto dell'accoglimento del metodo democratico «esigono una tutela sempre più perfezionata», perché da esse dipende «una feconda attuazione del principio democratico»¹⁹.

Il fondamento della nuova concezione di Mortati non riguarda solo il riconoscimento dei gruppi sociali e l'importanza del principio personalista, ma anche sulla necessità di assicurare una difesa dei singoli contro eventuali arbitri del potere politico e statale; la difesa contro lo Stato non è in contraddizione con i principi del nuovo ordine costituzionale e «non è antinamica se si pensa alle degenerazioni cui è esposta l'azione statale per opera delle forze politiche che detengono il potere»²⁰. Egli afferma anche che «lo Stato di massa [...] non potrebbe riuscire al coordinamento dei vari interessi che si manifestano nel suo seno se imponesse esclusivamente dall'alto tale coordinamento e non si giovasse invece dei gruppi»; il giurista calabrese sottolinea che i gruppi sociali sono pertanto «da considerare come gli scalini che, per gradi successivi, fanno ascendere a visuali sempre più ampie, fino ad arrivare allo Stato: a patto però che i gruppi stessi siano lasciati liberi nel loro costituirsi e ordinarsi» e che siano ordinati «in modo da consentire ad ogni membro di dare l'apporto di cui è capace [...] di esprimere il suo valore»²¹.

¹⁸ Ivi, p. 34.

¹⁹ Ivi, p. 38. Secondo Mortati, il mutamento ha come conseguenza un'estensione della libertà e dignità della persona e un «potenziamento delle sue capacità», «in corrispondenza alla nuova concezione dello stato, in funzione non solo di protettore, ma anche di promotore di libertà».

²⁰ Ivi, p. 75.

²¹ Ivi, p. 77. Secondo Mortati, «la solidarietà, per riuscire vitale, deve scaturire non già dall'artificiosa eliminazione dei motivi di contrasto che esistono nella società, ma invece dal dar loro pienezza di espressione». Egli aggiunge che ciò permette di misurare «il grado di penetrazione di determinati valori nelle coscienze dei soci, nonché la capacità di costoro di saperli realizzare nell'azione, ed infine la validità storica delle istanze che su tali valori poggiano» (p. 76).

Un giurista che non si ponga il problema del contesto linguistico²² e sociale in cui si inserisce il proprio discorso si preclude la possibilità di comprendere il pieno significato delle espressioni usate dai protagonisti del dibattito giuridico, e può finire con l'assumere atteggiamenti di eccessivo ossequio nei confronti delle enunciazioni giurisprudenziali come delle formulazioni tecniche del legislatore, perdendo il necessario distacco dall'oggetto del proprio studio che solo può consentirgli di approfondire l'esame di realtà intrise di forti contenuti valutativi²³.

Mortati ha persino avvertito, come molti altri giuristi del suo tempo, si pensi a Emilio Betti, Arturo Carlo Jemolo e molti altri giuristi certamente non formali, il fascino del regime fascista cui ha aderito, ritenendo che in quegli anni rispondesse alle aspettative della nazione; durante il fascismo, egli pubblica alcune delle sue opere più importanti e innovatrici, tra le quali il suo primo saggio sulla Costituzione materiale, che lo porta a considerare l'autoritarismo e l'imperialismo nel quadro storico e sociale dell'Italia di quel tempo²⁴. Mortati è un giurista attento alla dimensione storica dei fenomeni giuridici e istituzionali, che ispira le proprie scelte a una profonda onestà e senso del dovere. Negli anni del regime fascista, egli sottolinea l'opportunità per il legislatore di essere più esplicito nel formulare i principi generali e le norme fondamentali, soprattutto con riferimento ai temi generali e di diritto costituzionale, come a proposito della for-

²² Potrebbe in proposito essere utile leggere le considerazioni di R. Barthes, *Critica e verità* (1966), Milano, 1969, pp. 41 ss. Le considerazioni di Barthes in tema di linguaggio, di critica letteraria e la sua riflessione teorica sulla importanza dei segni, delle metafore e delle finzioni, possono offrire allo studioso di diritto altrettanti spunti di riflessione. Il critico ha il vantaggio di porre a confronto, sdoppiare i significati, esaminare le connessioni tra un sistema di sensi, mantenendo una sufficiente distanza dal contenuto stesso del linguaggio, esaminare i significati del testo cui egli fa riferimento, non sulla base della ripetizione, ma della differenza, della esclusione. Il critico, secondo Barthes, è colui che possiede una qualità che la scienza non possiede e che gli consente di mantenere una distanza, una separazione dall'oggetto del linguaggio. Si veda anche Id., *Comment vivre ensemble*, Paris, 2002 e Id., *Le neutre*, Paris, 2002, pp. 269.

²³ A.A. Cervati, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 417 ss.

²⁴ C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

mulazione delle disposizioni preliminari al codice civile, di cui si discuteva nel periodo fascista²⁵.

4. *Il rapporto tra aspettative delle collettività e i mutamenti di significato del linguaggio giuridico*

Mortati rappresenta tra i giuristi e tra i protagonisti della vita costituzionale italiana un significativo punto di riferimento. Il suo talento nel valutare e comprendere il mutare di significato del linguaggio sui temi costitutivi degli ordini giuridici si manifesta soprattutto nella consapevolezza dei limiti delle ricerche filologiche e etimologiche, che non devono essere utilizzate per costruire astratti percorsi e improbabili genealogie, ma serve per tenere ferma l'attenzione sulle dinamiche delle collettività. Mortati non perde di vista i comportamenti delle persone, dei protagonisti della vita collettiva e i significati sostanziali del riconoscimento dei fenomeni sociali, istituzionali e culturali. Il linguaggio del diritto costituzionale rispecchia il livello di pluralismo proprio delle società contemporanee e rappresenta i rapporti umani come parti di una realtà dinamica, aperta a nuove esigenze e in costante rapporto con l'opinione pubblica. Esso non si regge solo in ragione di una coerenza interna ad un unico sistema giuridico o politico, ma va utilizzato in funzione dinamica e comparativa. Sarebbe perciò consigliabile un uso del linguaggio giuridico più consapevole delle metafore e dei percorsi argomentativi complessi, fondato sull'effettivo confronto delle

²⁵ Si veda C. Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzioni di una codificazione dei principi generali di diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, pp. 125 s., dove osserva: «Visto che i principi hanno una loro ragione d'essere come direttive programmatiche, di carattere vincolante e perciò giuridico, sia per la creazione delle nuove norme, sia per l'interpretazione di quelle già emanate, [...] sembra anzitutto che, poiché i principi supremi [...] non solo si distinguono [...] nella loro struttura, dalle norme, ma soprattutto se ne distinguono in quanto formano l'antecedente logico ed il presupposto di esse, sia da differenziarli, anche materialmente, nella redazione scritta [...] da quelle disposizioni [...] che pongono gli organi supremi o regolano le funzioni fondamentali dello Stato. Di fronte a queste, che formano la costituzione dello Stato, i primi si presentano come una supercostituzione, nel senso che ne costituiscono lo spirito informativo».

opinioni e sulla consapevolezza della storicità delle esperienze giuridiche²⁶.

Per Mortati gli avvenimenti storici più significativi non possono essere considerati solo come «antefatti» che si possono scindere dalle reali connessioni alle volontà espresse dai protagonisti della vita costituzionale e sociale. Mortati è sempre in grado di aprire nuovi orizzonti a quanti studiano le autonomie dei gruppi sociali e fanno riferimento agli interessi anche minoritari meritevoli di tutela da parte dello Stato, da quelli degli enti territoriali, dei comuni, dei sindacati, aperto alla riflessione sulle tipicità dei comportamenti sociali. Il crescente grado di sviluppo della comunicazione sociale impone un continuo adeguamento del linguaggio giuridico a realtà in movimento, in proporzione alla complessità delle dinamiche sociali che possono influenzare i percorsi della politica, l'effettivo scambio di opinioni giuridiche e politiche.

Mortati rappresenta un modello esemplare di studioso e costituente in grado di non perdere di vista gli interessi collettivi e generali e le diverse componenti della società nazionale. Quello che più colpisce nella lettura dei testi di Mortati è la presenza di un linguaggio ricco di elementi innovativi, rispetto a quello tradizionale del diritto pubblico, attraverso l'uso di espressioni che colpiscono il lettore per la loro autenticità e per la loro ricchezza di significato. Egli sottolinea l'esigenza di fare riferimento alla «costituzione materiale», prezioso strumento per evidenziare i principi etici e storici fondamentali che hanno radici nello studio della storia e nei profili etici e politici dell'ordine giuridico, senza dimenticare i limiti che da essa derivano alla revisione di singole parti del testo costituzionale.

Gli studi storici e filosofici compiuti dal giovane Mortati lo portano lontano dal formalismo esegetico e dalle tendenze prevalenti nella filosofia del diritto dei suoi tempi. L'appartenenza di Mortati a una comunità greco-albanese e l'educazione ricevuta nel liceo di San Demetrio Corone, come già ricordato più vol-

²⁶ Per alcuni spunti semiologici in tema di diritto costituzionale, si veda A. Valentini, *Appunti semiologici in tema di costituzione in senso materiale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1978, pp. 297-310.

te, sono fondamentali per intendere un pensiero che riconosce importanza centrale alla tutela delle minoranze e all'esigenza di un dialogo aperto tra diverse comunità e ceti sociali²⁷.

Il modo stesso in cui egli utilizza la comparazione, non per assolutizzare o ampliare le proprie conoscenze, né pretendendo di classificare o esprimere valutazioni «scientifiche» sui progressi della cultura accademica, offre occasioni agli interessati per riflettere su avvenimenti lontani e diversi da quelli che si stavano allora vivendo. Nel ricordare in occasione dell'Assemblea costituente italiana l'esperienza della socialdemocrazia tedesca prima del III Reich, Mortati aggiunge al suo saggio sulla costituzione di Weimar un riferimento al mutare dei contesti storici e sociali, affermando: «La costituzione si presenta in definitiva quale l'opera di una borghesia prudente, sostanzialmente attaccata alle più antiche istituzioni, diffidente della repubblica, che pure instaurava, ed in genere dello spirito occidentale, a cui tuttavia si ispirava, e soprattutto tendente a considerare la sua posizione dominante. È questa borghesia che getta in pasto al proletariato istituti da cui esso, non preparato, non animato da un profondo senso rivoluzionario, diviso nel suo interno, non sa estrarre il contenuto innovatore nei medesimi potenzialmente racchiuso, e che vengono utilizzati invece dalle stesse classi capitalistiche per infeudare gli operai ai propri interessi [...] l'ordinamento democratico rimane alla superficie, affidato nel suo funzionamento a congegni, i quali, appunto perché non collegati in profondità con tutta la struttura economico-sociale del paese, appaiono insuscettibili di funzionare in sintonia con i fini loro propri»²⁸.

Non va dimenticato che la comparazione giuridica è per Mortati soprattutto uno strumento per comprendere sé stessi e i giuristi di altre culture, in vista di un dialogo sempre più aperto e meno formale e «scientista» possibile²⁹. Uno studio critico dell'esperienza weimeriana, che tenga conto soprattutto delle esperienze popolari, avrebbe potuto portare verso conclu-

²⁷ Vedasi quanto riportato in nota 2.

²⁸ Ivi, p. 345.

²⁹ Si vedano le considerazioni sviluppate nella relazione all'Accademia dei lincei di P. Ridola, *La dignità del lavoro nello «spazio pubblico» delle democrazie*, articolo dedicato agli «Scritti in onore di Nania», in corso di pubblicazione.

sioni ricche di contenuti etico-sociali, riguardanti le collettività di quegli anni. Lo studio comparativo delle istituzioni del Reich non dovrebbe limitarsi a proporre una visione dei valori istituzionali e degli orientamenti del pensiero liberale tedesco, legati all'interpretazione delle esperienze culturali e dottrinali di diversi contesti³⁰.

Il realismo giuridico di Mortati lo porta nella prospettiva storica di un costante mutamento dei contenuti del diritto costituzionale, senza arretrare neppure di fronte alle imprevedibili esigenze di un'emergenza sociale, che può divenire a suo avviso vera e propria fonte di un rinnovamento del diritto vigente³¹.

5. Mortati e la comparazione giuridica come via per comprendere i mutamenti costituzionali e le contraddizioni sociali

La lettura delle opere di Mortati consente di tener fede a un'interpretazione realistica, storica e comparativa, che non si muova nelle strettoie del dogmatismo o del normativismo positivistici. Se ci si propone di mantenere lo sguardo sulla fattibilità e sulla concretezza delle situazioni giuridiche, non si può condurre l'interprete sui sentieri dell'astrattezza delle dottrine dello Stato. Dinanzi ai grandi temi della democrazia parlamentare e della fusione o secessione di popoli legati da antiche alleanze reciproche, tornare a leggere Mortati può rappresentare un antidoto che ci potrebbe permettere di lasciare aperte quelle porte e finestre, che spesso i moderni strumenti di comunicazione tendono a chiudere. Non si tratta di accelerare le decisioni e renderle più conformi alle esigenze degli apparati dei protagonisti della vita politica e neppure a quelli della produzione e degli apparati burocratici. Egli non confida nei partiti, perché è convinto che possa essere proprio una loro possibile degenerazione a mettere in crisi le istituzioni della democrazia parlamentare.

³⁰ Per un esame più approfondito delle contraddizioni della Costituzione di Weimar tra stato del popolo e dottrine dei doveri dei cittadini, si veda P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2021, pp. 43 ss.

³¹ Cfr. C. Mortati, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962.

L'inserimento della procedura di revisione costituzionale nel titolo VI della Costituzione, dedicato alle «garanzie costituzionali», presuppone secondo Mortati la possibilità di fare riferimento a dei valori sostanziali che si collegano all'esigenza di porre dei limiti alla potestà di revisione costituzionale. Quel che è essenziale per lui è che i limiti della potestà di revisione non hanno solo una rilevanza astratta di teoria generale, ma hanno radici nei valori storici ed etici, che ispirano il significato della scrittura del testo costituzionale nel suo insieme e non possono esaurirsi in rituali burocratici e formali. La possibilità di identificare una «costituzione materiale, che si ponga come limite alla potestà di revisione costituzionale, si regge sulla possibilità stessa di identificare eticamente e storicamente uno «spirito informatore» della Costituzione, perché si connettono ai valori della convivenza istituzionale, che non hanno perciò solo una rilevanza burocratica e astratta, servendo a mettere in evidenza aspetti sostanziali della convivenza costituzionale; essi rivelano la necessità di non perdere di vista le contraddizioni politiche e sociali e i conflitti reali dell'economia e del lavoro, opponendo ai principi costituzionali l'irrigidirsi del tecnicismo e della specializzazione nell'insegnamento positivistico, oltre che nella prassi burocratica e politica.

Tra le opere di Mortati più citate dalla dottrina italiana si collocano le sue riflessioni sulla «costituzione materiale» e sulle istituzioni di diritto pubblico, che non rispecchiano solo principi politici da irrigidire. Non si può tacere che i suoi scritti vengano sistematicamente fraintesi e utilizzati per prendere strade molto lontane da un pensiero che è soprattutto antiformalista e fondato su una teoria pluralistica.

Il riferimento ai principi della «costituzione materiale» da parte di Mortati apre la possibilità di rafforzare sul piano interpretativo il riconoscimento di una nuova dignità del lavoro e dei principi di una democrazia parlamentare, il ripudio della guerra, senza limitarsi soltanto a invocare il carattere imperativo delle norme costituzionali o quello della prevalenza dei principi del diritto internazionale.

La conclusione di questo discorso vorrebbe reggersi sull'idea di costituzione storica, che possa realmente vivere dell'e-

equilibrio tra la vitalità del suo spirito informatore e il rapporto che si stabilisce tra le aspettative delle diverse collettività che compongono la nazione. La costituzione materiale testimonia il mutare degli orientamenti del popolo, non solo nelle valutazioni iniziali che possono emergere dai lavori preparatori delle singole disposizioni costituzionali, ma non sono comunque in grado di sostenersi su astratte concezioni della democrazia, né ridursi a un pensiero unico, i cui significati dipendano solo dall'efficacia dei testi normativi e dalle ideologie prevalenti. I principi della democrazia per Mortati si reggono sul rispetto per gli altri e sull'attenzione delle dinamiche delle formazioni sociali³².

I corsi di diritto costituzionale comparato dedicati alle garanzie giuridiche e alle diverse concezioni dello Stato di diritto, della separazione dei poteri, come all'indipendenza delle magistrature giudiziarie non si limitano a considerare solo i profili tecnici e formali, perché i loro contenuti si collegano ai principi dell'ordine costituzionale: perciò anche quando egli parla di «garanzie giuridiche» fa riferimento a significati più larghi di quelli strettamente descrittivi, tecnici o specialistici³³.

Nel corso degli anni il diritto costituzionale europeo ha visto sorgere sempre più divergenze di interpretazione costituzionale, con riferimento alle logiche del formalismo giuridico e del positivismo dogmatico, che cerca di imporre proprio nell'ambito delle dottrine dello Stato orientamenti formalistici nettamente contrari all'uso della storia e della comparazione giuridica. Finiscono così per prevalere concezioni della revisione costituzionale e della dottrina dello Stato fondate esclusivamente sulla forza formale delle enunciazioni testuali.

Mortati è una persona autentica, che in qualità di intellettuale e giurista, vive esperienze storiche, sulle quali riflette stabilendo una comunicazione con altre persone, tenendosi lontano da ogni interesse per la pura accademia e ancora di più da quello di perseguire obiettivi professionali «eccellenti». Egli non si propone di irrigidire elementi della storia nazionale, né di tacere

³² Si veda l'ultimo articolo di Mortati, che assieme al suo Commento all'art. 1 della Costituzione non fa parte della raccolta dei suoi scritti.

³³ Cfr. C. Mortati. *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, a cura di S. Fois, Roma, 1960 p. 224.

sulle ragioni delle disfunzioni e delle contraddizioni che creano ulteriori conflitti sociali, ma di approfondire piuttosto gli sviluppi della vita reale, che sono all'origine di conflitti sempre nuovi. Mortati è un giurista che crede nella concretezza del proprio impegno etico sociale e considera il diritto costituzionale come il portato di un continuo mutare delle aspettative popolari e dei sempre più difficili equilibri sociali. Egli non è un positivista fiero della propria conoscenza del mondo, ma uno studioso che crede tanto nelle possibilità della scrittura di nuove leggi, quanto nelle innovazioni legislative e delle prassi giudiziarie e amministrative. Mortati non crede, invece, nell'onnipotenza delle conoscenze giuridiche e ritiene perciò di potersi muovere secondo un metodo storico e comparativo relativamente libero da condizionamenti formali e da schemi dottrinali, che impediscano di guardare alla realtà e al mutare dei fenomeni e delle loro interpretazioni. L'attenzione che egli dedica alla legge-provvedimento dimostra che non assume la distinzione tra provvedere e disporre come ontologiche distinzioni tra le funzioni del potere statale, in modo da precludere un dialogo aperto e libero dagli astratti condizionamenti di dottrine dello Stato e delle sue funzioni essenziali³⁴.

La riflessione di Mortati conferma che le enunciazioni delle costituzioni non possono essere utilizzate come se si collocassero tutte sullo stesso piano, perché la loro portata sostanziale non è sempre la stessa, per l'esclusiva dipendenza della loro efficacia dalla ragione della loro enunciazione testuale³⁵: esse vanno invece interpretate alla luce del loro fondamento storico, giuridico

³⁴ Si veda, sull'obiettività conducibilità a principi delle leggi-provvedimento, C. Mortati, *La legge-provvedimento*, Milano, 1968, pp. 87 ss.

³⁵ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 139 ss., riportata in Id., «Una e indivisibile», Milano, 2007, spec. p. 141, dove Mortati indica dei criteri sulla cui base costruire una concezione valutativa dell'ordine giuridico «che ne ordina le manifestazioni sulla base del rapporto in cui ciascuna di esse si trova rispetto alle altre e che conduce a disporle in una serie di gradi diversi [...] in un ordine determinato dal passaggio progressivo dal più generale al più particolare [...] La graduazione [...] sarebbe invece da argomentare in base a considerazioni meramente materiali, attinenti al contenuto delle norme e derivabili dalla loro importanza».

ed etico, non solo dal punto di vista del loro inserimento in una ipotetica «gerarchia delle fonti».

Per intendere il pensiero di Mortati occorre fare riferimento alla sua profonda concezione storica del pluralismo e delle garanzie costituzionali, che sono oggetto delle opere più attente alla conoscenza concreta dei fenomeni giuridici e di quelli sociali.

Tra le opere di Mortati più spesso ristampate non figurano né quelle sulle garanzie costituzionali, né quelle sul mutare dei percorsi della storia del diritto costituzionale europeo. Il problema è piuttosto quello di comprendere il significato costitutivo della dignità del lavoro, delle libertà individuali, del ripudio della guerra e dei mutamenti del diritto internazionale. Tra i suoi scritti, restano fondamentali le lezioni sul pluralismo presentate a Radio Rai, gli scritti sulla necessaria pubblicazione delle opinioni dissenzienti dei giudici, la critica dell'individuazione degli atti con forza di legge da un punto di vista solo formale, al fine di ampliare le garanzie sostanziali dei principi costituzionali³⁶.

Vorrei concludere con un riferimento personale che forse ho citato in altri scritti e mi consente di ricordare alcuni dei grandi maestri del diritto degli anni Cinquanta, che ho avuto modo di frequentare senza alcun merito personale, avendoli incontrati come studente romano di giurisprudenza. Quando mi laureai a Roma, con una tesi in diritto agrario, Emilio Betti mi consigliò prima di tutto di andare a parlare con Carlo Esposito, con il quale aveva preso accordi, perché mi nominasse «assistente volontario», dato che egli era ormai «fuori ruolo» e non poteva più proporre al rettore la nomina di assistenti; Carlo Esposito mi propose allora di partecipare alle sue commissioni di esame in diritto costituzionale, senza lasciare per questo la frequenza dei seminari di Betti di teoria dell'interpretazione; alla mia affermazione che non conoscevo sufficientemente il diritto costituzionale, Esposito mi consigliò di leggere il manuale di Costantino Mortati. In quell'occasione, iniziai a studiare le opere di uno scrittore, che è stato per me particolarmente significativo,

³⁶ C. Mortati, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959; C. Mortati, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, in *Scritti raccolti a cura di Costantino Mortati*, Milano, 1964; C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964.

per il modo di affrontare i grandi temi del diritto costituzionale sulla base di una seria riflessione teorica ed etica, che riusciva a spostare l'attenzione dallo stato autoritario del passato verso il pluralismo dello Stato sociale e verso le collettività intermedie. La lettura di Mortati mi aiutò a portare avanti faticosamente lo studio della teoria dell'interpretazione e dei principi del nuovo ordine costituzionale, che Betti tendeva a vedere in una prospettiva prevalentemente internazionalistica, quella dei suoi ultimi scritti sull'interpretazione della norma e sull'irrigidimento dei blocchi ideologici. Ad essi, come dovrebbe essere noto, Betti contrapponeva una visione fondata sulla tolleranza e sull'apertura al dialogo interpretativo.

Di questo, come dei rapporti tra il pensiero di Betti e quello di Mortati, spero di poter trattare in una prossima occasione.

Giovanni Di Cosimo

Sull'attualità della concezione mortatiana dei partiti politici

ABSTRACT

Il saggio si concentra sulle caratteristiche dei partiti che Mortati evidenzia nel libro *La costituzione in senso materiale*. Il costituzionalista propone la sua concezione in epoca fascista, ma i caratteri dei partiti che individua sono rimasti sostanzialmente validi anche nell'epoca repubblicana. Il saggio evidenzia che però questi caratteri hanno assunto un nuovo significato per effetto dello sviluppo della forma di governo parlamentare.

The essay focuses on the characteristics of political parties that Mortati highlights in the book *The constitution in a material sense*. The constitutionalist proposes his conception in the fascist era, but the characteristics of the parties he highlights remained substantially valid even in the republic era. The essay highlights that, however, these characteristics have taken on a new meaning due to the development of parliamentary government.

PAROLE CHIAVE: Partiti politici, forma di governo parlamentare, partiti digitali, organizzazione, leadership.

KEYWORDS: Political parties, parliamentary government, digital parties, organization, leadership.

SOMMARIO. 1. Premessa – 2. Trasformazioni – 3. *Idem sentire*.

1. Premessa

Nel volume *La costituzione in senso materiale*, Costantino Mortati assume che la costituzione rappresenta il fattore di unificazione dell'assetto sociale, segnando così il superamento dell'impostazione tradizionale che ruotava attorno alla sovra-

nità dello Stato-persona¹. La concezione mortatiana abbraccia, da un lato, i fini e gli interessi particolari che realizzano la costituzione; dall'altro, i gruppi, ossia i partiti, che sono portatori di tali fini e che orientano l'azione delle istituzioni per mezzo dell'indirizzo politico². In questo quadro, il partito realizza nella società un indispensabile processo di specificazione della costituzione in senso materiale, per mezzo del quale la costituzione assume una concreta forma politica³.

Ciò introduce la controversa questione dell'assetto del sistema partitico. Da un lato, si può fondamentamente rilevare che la concezione mortatiana sia funzionale alla razionalizzazione dell'ordine politico fascista imperniato sul partito unico, dall'altro, che sia fungibile anche all'ordine democratico che implica il pluralismo politico e partitico⁴.

¹ Cfr., fra gli altri, M. Fioravanti, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *La scienza del diritto pubblico*, tomo II, Milano, 2001, pp. 657 ss.; Id., *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in «Historia Constitucional», 12, 2011, p. 28; M. Gregorio, *La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati*, in «Filosofia politica», 1, 2023, pp. 84 s.

² Mortati matura negli anni '40 «una visione del partito che è tanto fattore di integrazione sociale, di sintesi, fenomeno la cui natura è extrastatuale, quanto elemento partecipe direttamente del costituirsi dell'indirizzo politico dello Stato» (O. Massari, *Mortati e i partiti politici: una chiave di lettura politologica*, in *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lancaster, Napoli, 1989, pp. 358 s.), e individua nel partito la «forza di trasformazione più significativa nel superamento dello Stato liberale» (U. De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, pp. 324 s., nota 56).

³ M. Gregorio, *Partito politico e governo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, in *Enc. italiana di scienze, lettere ed arti*, 2012, p. 519.

⁴ Sul tema S. Merlini, *Sovranità popolare e partiti politici. Una difficile riflessione sulla democrazia contemporanea*, in *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese* cit., pp. 185 ss.; S. Prisco, *Il partito politico nel pensiero di Costantino Mortati*, ivi, pp. 381 ss.; G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998, pp. VII ss.; M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006, pp. 201 ss.; C. De Fiore, *Il partito nello Stato delle masse. Brevi riflessioni sul partito politico in Costantino Mortati*, in «Democrazia e diritto», 3-4, 2009, pp. 380 s.; S. Parisi, *Fonti del diritto e criterio gerarchico in Costantino Mortati*, in «Quaderni costituzionali», 4, 2009, p. 853; S. Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in «Nomos. Le attualità del diritto», 3, 2017, p. 4; A. Morrone, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2018, p. 12;

Quale che sia la lettura più convincente, è interessante notare come i principali caratteri segnalati nella monografia del 1940 contraddistinguano il sistema partitico anche durante l'epoca repubblicana⁵. Allo stesso tempo, tali caratteri hanno assunto una forma decisamente diversa per effetto degli sviluppi della prassi sui quali vorrei brevemente soffermarmi⁶.

2. Trasformazioni

Per capire meglio la portata delle trasformazioni intervenute, è necessario richiamare un passo nel quale il costituzionalista enuncia i caratteri che ritiene debbano distinguere i partiti. «In dipendenza delle condizioni specifiche dell'epoca moderna, nei paesi a civiltà europea, e cioè del bisogno del consenso di vaste masse, della rilevanza acquistata dalla pubblica opinione, della diffusione della cultura politica, i partiti sono costretti ad *assumere un'organizzazione* che, pur facendo la *debita parte all'autonomia personale dei capi*, ponga come elemento predominante *un'idea politica generale*, [...] capace non solo di tenere unito il gruppo che l'assume e di differenziarlo dagli altri,

D. Palano, *La democrazia che si organizza. Partigianeria e teoria democratica: note di rilettura del dibattito costituente sul ruolo dei partiti*, in «Ragion pratica», 1, 2021, pp. 64 s.; G. Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, in «Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche», 2021, pp. 307 ss.

⁵ Del resto, alcuni dei problemi affrontati da Mortati restano ancora attuali malgrado la considerevole distanza che separa i nostri giorni dal sistema istituzionale e politico che egli osservava (O. Massari, *Mortati e il problema del partito politico*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno Roma 14 dicembre 2015*, a cura di F. Lanchester, Milano, 2017, p. 191).

⁶ Queste righe, che riprendono l'intervento al convegno «Costantino Mortati a Macerata» del 4 e 5 maggio 2023, si concentrano unicamente su *La costituzione in senso materiale*, dal momento che la monografia venne pubblicata quando Mortati insegnava all'Università di Macerata (G. Mecca, *La Facoltà di Costantino Mortati. Scienza giuridica e insegnamento del diritto a Macerata tra fascismo ed età repubblicana*, in *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, a cura di M. Cavina, Bologna, 2014, p. 214). Peraltro, come noto, il giurista calabrese è tornato a più riprese sul tema dei partiti, lungo l'intero arco della sua vita.

ma soprattutto di costituire il centro di attrazione per l'acquisto di nuovi aderenti e per la conquista del potere dello Stato»⁷.

Il carattere dell'organizzazione appare oggi profondamente trasformato⁸. Basta pensare all'avvento dei partiti *digitali* connotati dalla ricerca di un rapporto diretto con i simpatizzanti tramite la rete internet, che si risolve sostanzialmente nel rafforzamento del potere dei capipartito⁹; oppure alla decadenza dei partiti di massa soppiantati dai partiti *leggeri*, caratterizzati dalla forte contrazione dei quadri intermedi, con conseguente accrescimento del potere del capopartito e della stretta cerchia che lo circonda.

Per questa via si arriva al secondo carattere, il potere dei leader di partito, che pure si presenta significativamente modificato per effetto dell'affermazione dei partiti *personali*, che, fra le altre cose, sono connotati da un impoverimento della dialettica interna e, di conseguenza, della proposta politica. I partiti, che con contraddizioni e difficoltà costituivano sedi di elaborazione di politiche mirate ad affrontare i problemi sociali, nella maggior parte dei casi sono diventati strumenti al servizio della volontà del capopartito¹⁰.

Per il terzo carattere, l'idea politica generale, la trasformazione ha operato nel senso che l'attività dei partiti pare dettata quasi esclusivamente da valutazioni contingenti, piuttosto che dalla

⁷ *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 71 (corsivi aggiunti).

⁸ Sulla trasformazione dei partiti cfr. A. Algostino, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 3, 2015, pp. 8 ss.; D.R. Piccio, *La scommessa democratica dei partiti in trasformazione*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2015, pp. 59 ss.; M. Gorlani, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Bari, 2017; A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018; C. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2018, pp. 211 ss.

⁹ Sui partiti digitali cfr. P. Gerbaudo, *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, London, 2018; G. Di Cosimo, *Personale e digitale. Le metamorfosi del partito*, in «Forumcostituzionale.it», 17 gennaio 2019; M. Calise, F. Musella, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019; F. Nunziata, *Il platform leader*, in «Rivista di Digital Politics», 1, 2021, pp. 127 ss. Emblematico il caso della piattaforma Rousseau (su cui si può v. G. Di Cosimo, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in «Osservatorio sulle fonti», 3, 2021).

¹⁰ Sulla personalizzazione dei partiti cfr. M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010.

coerenza con i valori ideali di riferimento che, non senza vistose contraddizioni, ne ispirava l'azione. A questo fenomeno si legano per un verso l'incapacità di traguardare l'orizzonte temporale ravvicinato, e per l'altro il ritorno sulla scena del populismo, che naturalmente dipende anche da ulteriori e complessi fattori che ora non è il caso di richiamare¹¹.

Insomma, i caratteri dell'organizzazione, del ruolo della leadership e della visione politica generale connotano ancora le formazioni politiche, ma hanno assunto nel tempo un significato ben diverso che comporta sensibili conseguenze sul funzionamento dei processi democratici, in particolare la compressione degli spazi di partecipazione politica, malgrado l'avvento della rete internet, e l'eccessiva semplificazione delle analisi politiche.

3. *Idem sentire*

Nel «procedimento di concretizzazione del fine politico [...] acquista rilevanza la qualità dei soggetti e l'*idem sentire de repubblica* diviene un presupposto del conferimento dei poteri implicanti tali valutazioni»¹². In questo passo, Mortati non introduce un ulteriore carattere, ma indica la premessa necessaria affinché i partiti possano esercitare la loro funzione, consistente nella necessaria condivisione dello stesso concetto fondamentale dello stato.

In realtà, le profonde divisioni, soprattutto di matrice ideologica, che attraversano la politica italiana fin dall'avvento della Repubblica, hanno impedito finora una stabile acquisizione di questo risultato. Da ultimo, però, va registrato un segnale che sembra indicare un'inversione di tendenza, si vedrà se duratura. Il riferimento è alla recente presa di posizione della Presidente del consiglio, la quale riconosce che il frutto fondamentale del

¹¹ Mi limito a rinviare a M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in «Rivistaic.it», 3, 2018, pp. 375 ss. e G. Di Cosimo, *Ci salverà la democrazia diretta?*, in *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, a cura di Id., Milano, 2022, pp. 5 ss.

¹² *La costituzione in senso materiale*, p. 96. Qualche pagina dopo, l'autore rileva che all'*idem sentire de repubblica* è legata «l'unità dell'azione statale» (p. 102).

25 aprile è «l'affermazione dei valori democratici, che il fascismo aveva conculcato e che ritroviamo scolpiti nella Costituzione repubblicana»¹³. Un segnale tanto più significativo nella misura in cui giunge dalla leader di un partito erede di una tradizione politica che non si riconosceva nel cosiddetto arco costituzionale.

In realtà, il superamento delle antiche divisioni si percepisce anche su un altro piano, dal momento che le forze politiche si riconoscono, chi più chi meno, nell'ambito tematico segnato dalle politiche europee. I partiti si muovono di fatto all'interno del solco tracciato dall'Unione europea, ancorché non di rado la loro propaganda soffi in direzione opposta.

¹³ Lettera di Meloni al «Corriere della sera», 25 aprile 2023.

Diego Quaglioni

Costantino Mortati nella giuspubblicistica del suo tempo

ABSTRACT

Il contributo offre una nuova lettura dell'opera prima di Mortati, la monografia *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* del 1931, sulla supremazia del Premier nel "regime del Capo del Governo", come base imprescindibile per un ripensamento dell'esperienza del giurista calabrese nel complesso di dottrina che matura dalla piena affermazione del fascismo al processo di formazione di un nuovo ordine costituzionale.

The contribution offers a new reading of Mortati's first work, the 1931 monograph *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, on the supremacy of the Premier in the "regime of the Head of Government", as an essential basis for a rethinking of the experience of the Calabrian jurist in the complex of doctrine that matures from the full advent of fascism to the process of formation of a new constitutional order.

PAROLE CHIAVE: Costituzionalismo, Fascismo, Monarchia, Premierato, Stato moderno.

KEYWORDS: Constitutionalism, Fascism, Monarchy, Premiership, Modern State.

Vorrei innanzi tutto sgombrare il campo da un possibile equivoco: il titolo del mio contributo, che a suo tempo mi è stato proposto dall'amico Giovanni Bianco e che ho accettato dopo qualche esitazione, ha tutta l'aria di essere, nella sua generalità, un annuncio di un nuovo tentativo di sintesi intorno al pensiero giuridico di Costantino Mortati. Confesso volentieri di non nutrire questa ambizione, che avrebbe, da parte mia, molto della presunzione, e mi affretto dunque a dichiarare di assumere come base della discussione il ritratto a grandi linee

che dell'insigne costituzionalista ha offerto la recente letteratura storico-giuridica, nella quale spiccano i contributi di due grandi e rimpianse personalità scientifiche, quelle di Paolo Grossi e di Maurizio Fioravanti¹. Largamente debitori dobbiamo dirci anche dei pregevoli contributi di Fulco Lanchester, a cominciare da quel saggio sul periodo formativo di Costantino Mortati², che invita al desiderio di un'auspicata biografia giuridica del «maggiore costituzionalista italiano del secondo dopoguerra»³.

Il mio intervento vorrebbe avere un intento più analitico, nella coscienza che la storiografia del nostro tempo ha messo sufficientemente al riparo la figura di Mortati sia dalle interpretazioni più riduttive sia dalle letture d'indole apologetica⁴.

¹ A Paolo Grossi si deve, oltre alla realizzazione del volume collettaneo *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano 1990 («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 33), la decisione di dar corso alla riedizione degli scritti più significativi del costituzionalista calabrese: *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), con una prefazione di E. Cheli, e *La costituzione in senso materiale* (1940), con una prefazione di G. Zagrebelsky, rispettivamente Milano 2000 e 1998 («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 48 e 49); più recente è invece *La Costituzione di Weimar*. Con un saggio introduttivo di M. Fioravanti, Milano 2019 («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 120).

² F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 187-229, poi in Id., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, pp. 49-92, con gli ulteriori saggi *Il contributo giuridico e politico di Costantino Mortati*, in Id., *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino 1998, pp. 121-133 e *Mortati e la giovane dottrina giuspubblicistica tra fascismo e Costituente*, in Id., *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari 2004, pp. 97-114. Alla cura di Lanchester si devono anche i volumi commemorativi *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli 1989 e *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti della revisione costituzionale*, Milano 2017, nonché le voci *Mortati*, *Costantino Napoleone*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 77, Roma 2012, pp. 245-249 e *Mortati, Costantino*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma 2012, pp. 594-597.

³ E. Cheli, *Prefazione*, in Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. V-X: V.

⁴ Non sarò io a mancare di «interrogare il contesto» nel praticare l'«analisi del testo», come raccomandato, in una polemica dai toni smorzati verso l'affermazione dell'intimo legame di Mortati col fascismo, da G. Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, in «Studi Urbinati», 52, 2001, pp. 397-417: 400. La sua nota, in inglese e col titolo *Mortati and the Science of Public Law: A Comment on La Torre*, è poi apparsa insieme al saggio di M. La Torre, *The German Impact on Fascist Public Law Doctrine. Costantino*

Fioravanti, in particolare, nel suo ampio saggio – quasi una monografia – su Mortati e la giuspubblicistica italiana, ricompreso nella silloge del 1990 sul pensiero giuridico di Costantino Mortati, ha avuto il merito di indicare nell'opera prima di Mortati, la monografia del 1931, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, la base imprescindibile per un'interpretazione in chiave unitaria del pensiero e dell'esperienza del costituzionalista calabrese⁵. «Fino dalle prime prove scientifiche», ha scritto altrove Fioravanti, accreditando la scelta mortatiana di una sorta di *via media* nel difficile frangente dei primi anni '30, «M[ortati] ricerca [...] la sua via. Non può più essere quella della tradizione giuspubblicistica nazionale, ma non può neppure essere la via indicata dai giuristi del regime [...]. Dai maestri romani lo separa infatti la permanente fedeltà al metodo della scuola giuridica inaugurata da Vittorio Emanuele Orlando alla fine del secolo precedente, che pure lo stesso M[ortati] criticò, anche in modo radicale [...]. Sul piano più specifico delle dottrine giuspubblicistiche, M[ortati] ha lasciato un'impronta indelebile. A partire dagli anni Trenta, è stato protagonista di una vera e propria rivoluzione metodologica, che ha aperto nuovi orizzonti. Insieme a Esposito, Crisafulli, Lavagna, e altri ancora, può essere considerato il fondatore in Italia della dottrina della costituzione. Prima di quella svolta, tutti i problemi del diritto pubblico erano problemi dello Stato, della sua potestà sovrana, dei suoi organi, dei limiti della sua azione. Con la svolta, il diritto pubblico ha rotto quegli argini, scoprendo la dottrina della costituzione, e ponendo dunque altri problemi: la portata del principio di sovranità popolare, la precettività delle norme di principio della Costituzione, la rigidità costituzionale, i fondamenti e i modi di esercizio del controllo di costituzionalità. Tutti

Mortati's Material Constitution, in Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions. Eds. Ch. Joerges and N.S. Ghaleigh, with a Prologue by M. Stolleis and an Epilogue by J.H.H. Weiler, Oxford-Portland (OR) 2003, rispettivamente pp. 305-320 e pp. 321-334.

⁵ M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 45-185, poi in Id., *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, II («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 59), pp. 657-793.

questi problemi, intuiti da M[ortati] e da quella generazione di giuspubblicisti, sono poi divenuti i nostri problemi: i problemi dell'odierno Stato costituzionale»⁶.

Anche Grossi, in una più accentuata comparazione interna al panorama della scienza giuridica italiana postunitaria⁷, ha contribuito a ridefinire quelli che altrove erano stati indicati come «dati sconcertanti» di una personalità singolarissima, a tal punto segnata «da estrema singolarità che tuttavia può non rendere facile la decifrazione dello scienziato o condurre addirittura a valutazioni grossolanamente fallaci»⁸. Nel rifiutare la semplificazione di Mortati «personaggio nicodemistico», Grossi ne ha tratteggiato la statura intellettuale di giurista inteso ad operare con grande duttilità in quello che solo con uno scoperto eufemismo si può chiamare il «difficile ambiente dei gius-pubblicisti ufficiali», quando egli mostrerebbe nei suoi primi scritti di guardare «oltre le sgradevolezze e le ripugnanze del regime», in una prospettiva «che impegnava [...] lo Stato moderno nelle sue ineludibili trasformazioni e, quindi, nel suo futuro; che impegnava, conseguentemente, anche tutto lo svolgimento delle future architetture della teoria dello Stato e del diritto pubblico»⁹. In tal senso non si può non nutrire qualche ragionevole riserva sull'apprezzamento di quello che, sia pure tutto all'interno del regime (Mortati fu uno dei primi della sua generazione a prendere la tessera del PNF nel 1927, due anni prima della sua laurea in Scienze politiche e della sua tesi, poi divenuta la monografia del 1931)¹⁰, è apparso come «un atteggiamento complesso e, se vogliamo, anche composito», improntato anche ad «una notevole disinibizione verso la politica come politica, con la precisa convinzione a doverla affrontare senza mediazioni,

⁶ M. Fioravanti, *Mortati, Costantino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese et al., con la collaborazione della Biblioteca del Senato, Bologna 2013, II, pp. 1386-1389: 1386 e 1388.

⁷ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano 2000, pp. 219-224.

⁸ P. Grossi, *Introduzione*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 1-5: 1.

⁹ Ivi, p. 2.

¹⁰ Cfr. I. Birocchi, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma 2015, pp. 9-61: 45.

senza devitalizzarla, senza toglierle quella greve fattualità così rischiosa agli occhi del vecchio giurista di stampo orlandiano, ma col preciso intendimento a ordinarla in schemi giuridici secondo la più autentica vocazione e missione del giurista. Sempre, però, schemi, architetture, costruzioni ben radicati nel reale politico»¹¹. È perciò che per Grossi di *Scienza giuridica italiana* Mortati è «il giurista che meglio d'ogni altro rappresenta questo innovativo filone di pensiero [...], che consolida la sua ricerca intellettuale in alcune riflessioni fondamentali che prendono avvio, si svolgono, si concludono durante il quarto decennio del secolo: 'L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano' che è del 1931, 'La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge' del 1935, 'Note sul potere discrezionale' del 1936, 'La costituzione in senso materiale' del 1940. La matrice comune è la pesante insoddisfazione per la costruzione dello Stato di diritto di stampo liberale, che Mortati sente inadeguata a ordinare la complessità politica degli anni Trenta e che sente soprattutto galleggiare astratta ben al di sopra della realtà politica effettuale. Lo Stato moderno, che non è un modello metatemporale ma è lo Stato agente e incalzante nella concreta modernità degli anni Trenta, reclama nuove costruzioni; e c'è bisogno di una nuova dogmatica sulla base di una rinnovata fondazione metodologica»¹².

In tal senso, per Grossi, «la 'Premessa' al volume del '31 contiene un rapido compendio di queste intuizioni e della conseguente impostazione di studio: ripudio del formalismo, che vuol dire fedeltà al metodo giuridico ma coscienza di dover attingere *al di là*, dove il diritto costituzionale ha le sue radici, facendo

¹¹ P. Grossi, *Introduzione*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 3.

¹² Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 219-220. Pressoché allo stesso modo appare questo quadro nel ricordo di M.S. Giannini, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 7-30: 8: «Mortati appartiene a quella generazione di giuspubblicisti che si affacciarono alla scena della scienza giuridica tra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30. Il lavoro che subito richiamò l'attenzione su di lui è del 1931 (*L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*). Fu una generazione che riconosceva Orlando come capo scuola, e S. Romano, O. Ranalletti e F. Cammeo come suoi maggiori, e che in genere era andata a scuola dai maestri della seconda generazione. Ciò che aveva di particolare era un elemento di insofferenza».

gran conto “dei presupposti di fatto e delle finalità politiche degli istituti”; volontà di meglio definire la “organizzazione di quel particolare tipo di Stato, che si suole designare come Stato moderno”, consapevolezza di lavorare su un materiale plastico in trasformazione e in formazione, su “parti di un sistema non ancora del tutto compiuto”»¹³.

Grossi si è chiesto se da tutto ciò sia risultato «il regno dell'arbitrio, e il pròdromo immediato della tirannide»¹⁴, ricordando che «taluno, impressionato dalla ipervalutazione di governo e partito, e constatando innegabili assonanze con la legislazione e la giuspubblicistica fasciste, ha collocato Mortati tra i giuristi intenti a fornire apparecchi ortopedici teorici e tecnici al regime autoritario»¹⁵. Come negarlo, senza incorrere in palesi, sia pur sottili, giustificazioni di quello che appare tuttavia come un peccato d'origine della dottrina mortatiana? Vero è che Grossi afferma che «il discorso è più complesso e rifugge da schematizzazioni semplicistiche», ma ho più di un dubbio «che Mortati legga attentamente le pagine dei nuovi giuristi e dei giuristi di regime, e anche se ne nutra, come avviene soprattutto per Panunzio cui è umanamente e intellettualmente legato», e che se ne nutra «nella stessa misura con cui legge avidamente Smend e tutti quei giuristi weimariani sconsigliati» ai giovani giuristi dai maestri della precedente generazione; e sinceramente mi riesce difficile accontentarmi dell'idea che Mortati si sia limitato a leggere «attentamente i segni del proprio tempo», dominato com'era «dalla persuasione della inservibilità delle costruzioni pubblicistiche del vecchio liberalismo giuridico»¹⁶.

¹³ Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 220.

¹⁴ Ivi, p. 221.

¹⁵ Ivi, p. 222 e nota 19, dove il rimando è al solo esempio dei lavori di I. Staff, *Costantino Mortati. Verfassung in materiellen Sinn. Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung in faschistischen Italien und in Deutschland der Weimarer Zeit und in Nationalsozialismus*, in «Quadern fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 23, 1994, pp. 265-362 e Ead., *Verfassungstheoretische Probleme in der demokratischen Republik Italien: Ein Beitrag zur Staatstheorie Costantino Mortatis*, in «Der Staat», 35, 1996, pp. 271-283.

¹⁶ Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 222. Su questo punto e sui «profili di eterodossia» che l'interesse di Mortati per la *Verfassungslehre* weimariana presenta v. ora L. Lacchè, *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, 2023, p. 47.

Che Mortati non volesse semplicemente offrire apparecchi ortopedici al regime lo dimostrerebbe «la sua costante pretesa di disegnare dei modelli rispondenti alle istanze del momento storico ma modelli liberati da riferimenti a situazioni contingenti e in qualche modo assolutizzati»¹⁷. In fondo, nel giudizio di Grossi, Mortati in primo luogo non fu che «l'assertore di una rinnovazione metodologica», e in ultima analisi, «nei tardi anni Trenta e nei primi anni Quaranta, il corifeo di una corrente sempre più numerosa di giovani costituzionalisti protesi a fissare le fondazioni di un diritto pubblico intimamente rinnovato»¹⁸, primi fra tutti Vezio Crisafulli e Carlo Esposito.

Accanto a questi contributi devono essere ricordati anche quelli che hanno proposto alla riflessione il problema specifico del ruolo della dottrina di Mortati nel costituzionalismo tra le due guerre da un punto di vista più incline a sottolineare luci ed ombre, contrasti ed aporie. Si deve a Fulco Lanchester l'avvertimento secondo cui «il costituzionalista Mortati è conosciuto sia per la sua opera giuridica sia per la sua azione politica nell'immediato secondo dopoguerra, ma lo è molto meno per quanto riguarda la sua attività durante gli anni Venti e Trenta»¹⁹. Credo che possa ripetersi, ormai a molti anni di distanza, quel che Lanchester percepiva nel porre l'accento sugli anni formativi di Mortati e partendo dalla constatazione di «come la scienza del diritto costituzionale sia stata pienamente coinvolta nella dialettica del regime»: «Esiste a tutt'oggi una remora fortissima a ricostruire il nesso di continuità/rottura che lega la dottrina costituzionalistica italiana del "regime" a quella del secondo dopoguerra»²⁰. È appunto «in questa prospettiva», che, «oltre agli elementi di continuità», a giudizio di Lanchester «è possibile comprendere una delle principali aporie della posizione mortatiana e cioè la assunzione, nella continuità di una ricerca metodologica realista tesa alla massima giuridicizzazione del politico, non solo di opzioni teleologiche diverse tra fascismo e

¹⁷ Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 223.

¹⁸ Ivi, p. 224.

¹⁹ Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 187.

²⁰ Ivi, p. 188.

post-fascismo», ma – in un’ultima fase – anche «di impostazioni progressivamente più radicali»²¹.

Lanchester ha inoltre ricordato che «il gruppo dei ‘giovani’ giuspubblicisti romani (Mortati, Origone, Lavagna, Crisafulli, Biscaretti di Ruffia, Massimo S. Giannini) risultano tutti partecipi di un dibattito metodologico che tendeva a rivisitare le principali categorie del diritto pubblico alla luce delle innovazioni apportate dal “regime” fascista nell’ordinamento, ma non ad abbandonarle»²², proponendo la problematica immagine di Mortati, e non di lui solo, in una netta posizione intermedia tra giuristi “impegnati” e giuristi “accademici”²³. In tal senso, a giudizio di Lanchester, anche «nel volume del 1931, frutto della rielaborazione della tesi di laurea, l’assistente volontario di Luigi Rossi presenta una posizione che potremmo chiamare – al di là dell’introduzione – di tipo intermedio: attenta al nuovo, ma radicata nel metodo giuridico»²⁴.

«Quando, nel 1931, Mortati pubblica nella serie dell’*Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell’Università di Roma (serie I)* la sua prima opera scientifica su “L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano”, egli sembra avere già deciso la sua posizione. Il suo programma metodologico tende a tenere conto – in considerazione della peculiarità di “zona gri-

²¹ Ivi, p. 189.

²² Ivi, p. 201.

²³ Anch’io non sono del tutto persuaso che Mortati, rispetto alla concezione dello Stato fascista, si sia posto in una posizione intermedia tra i “giuristi del regime” e quelli più legati alla tradizione liberale, perché, come ha opportunamente osservato Giancarlo Caporali nell’importante contributo *Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori. La Costituzione materiale nella prospettiva di una codificazione dei principii di regime*, compreso in questo stesso volume, la sua posizione «non pare davvero esprimere una più temperata adesione al fascismo, quanto piuttosto essere il riflesso del suo personalissimo modo di intendere la “costituzione materiale” dello Stato fascista». È naturalmente da condividere l’avvertenza di Lacchè, *La Costituzione nel Novecento*, cit., p. 57, nota 67, circa la revisione di quelle impostazioni «che tendono a separare in maniera manichea i “giuristi di regime”, militanti, e i “giuristi puri”, che sarebbero rimasti irriducibilmente fedeli al formalismo giuridico e alla “tradizione”». Insieme all’ampia bibliografia citata da Lacchè mi permetto di ricordare, a proposito dello stesso Orlando, il mio saggio *Il ‘peccato politico’ di Vittorio Emanuele Orlando*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, cit., pp. 373-388.

²⁴ Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 204.

gia” del diritto costituzionale dell’argomento prescelto – anche dei presupposti di fatto e delle finalità politiche, ma vuole “evitare nell’esposizione di un sistema di diritto positivo, la ragione politica sopraffaccia quella giuridica”»²⁵.

A una posizione di tipo intermedio appartarrebbe anche «l’identificazione della funzione di governo come quarta funzione unificante le tre tradizionali»²⁶. Non è mancato, anche in questo caso, il riconoscimento dell’originalità e del realismo alla dottrina di Mortati, che non solo distingue la funzione di direzione politica dalle altre funzioni statali, ma «la antepone ad esse, per la sua capacità di imprimere un ordine unitario ai molteplici processi»²⁷. Anche Lanchester giudica l’analisi di Mortati «originale e sicura», nonché intesa a mantenere l’ordinamento italiano all’interno dello Stato moderno e quindi ad escludere la sua transizione al di fuori dall’area dello Stato costituzionale e di diritto: «Essa si spinge con l’ausilio delle categorie tradizionali e alla luce della più recente dottrina weimeriana (Smend in particolare) fino ai limiti della giuridicità senza oltrepassarli. L’attenzione per il fatto, che viene d’altro canto giuridicizzato, e per il fine politico e le forze sottese all’ordinamento non gli fa perdere una posizione scientificamente rigorosa. Ciò gli costerà riserve sia da parte dei cosiddetti giuristi impegnati, sia da parte di alcuni esponenti della scuola tradizionale»²⁸.

La posizione di Mortati sembra con ciò abbastanza chiara, dal momento che egli «riteneva di poter inserire la forma di governo vigente fra quelle monarchiche poiché “è al Re... che compete il potere di suprema decisione politica...”», ma osservava anche che dalla riforma dell’organo governo risultava evidente come la direzione politica dello Stato si fosse trasferita al Capo del governo, rimanendo al Sovrano “solo il compito della

²⁵ Ivi, p. 203.

²⁶ Ivi, p. 204.

²⁷ Della Cananea, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un’opinione dissenziente*, cit., p. 406.

²⁸ Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., pp. 204-205. Dopo Ranelletti, Romano, Michoud e Brugi, è a Rudolf Smend e al suo *Verfassung und Verfassungslehre* (München und Leipzig 1928) che Mortati si affida fin dalle prime pagine della sua opera prima: cfr. Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 11, nota 4.

proposizione a quest'ultima carica della persona fisica per essa prescelta e il controllo politico sull'attività di questa, allo scopo di accertare la convenienza del mantenimento di quel determinato indirizzo da essa rappresentato, in relazione alla situazione politica del Paese"»²⁹.

La lettura di Lanchester mi sembra ancora, da questo punto di vista, la più persuasiva: «Nell'approvare l'equilibrio diarchico della monarchia fascista», egli scrive, «Mortati individuava anche le condizioni pregiudiziali per il funzionamento del regime (costituzione sociale, tradizione, costume) e all'interno di questa vi inseriva l'importanza del Partito nazionale fascista, considerato come pietra angolare del regime e generatore della classe politica»³⁰. Non mi pare però che si possa affermare che «una simile soluzione [...] escludeva una considerazione organica del PNF dalla trattazione», dimostrando «come egli si fosse schierato con coloro che non volevano o non potevano riconoscere l'*Inkorporierung* del partito nello Stato»³¹, specialmente se si pone mente a uno di quegli «scritti estremamente preziosi perché nel loro insieme contengono la concezione definitiva che Mortati aveva intorno allo Stato, ed in particolare dello Stato fascista»³², cioè al saggio *Sulla posizione del partito nello Stato* (1941) in cui Mortati, in aperto contrasto con Esposito e consapevole di esprimere una opinione minoritaria in seno alla giurispubblicistica italiana, sostiene la tesi «che il partito vero organo dello Stato e che il suo ordinamento autonomo è uno dei tanti possibili a presentarsi nella gamma infinita, che l'organizzazione diretta dello Stato può offrire»³³.

²⁹ Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., pp. 207-208.

³⁰ Ivi, pp. 208-209.

³¹ Ivi, p. 209.

³² Caporali, *Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori. La Costituzione materiale nella prospettiva di una codificazione dei principii di regime*, cit., in questo volume. Ringrazio l'amico e collega Caporali per avermi offerto a questo proposito più di un motivo di riflessione.

³³ C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e Diritto», 4-5, 1941, pp. 3-20, poi in Id., *Raccolta di scritti*, IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, pp. 495-515: 515. Si vedano ancora a questo proposito le ampie osservazioni di Giancarlo Caporali nel suo contributo dal titolo *Costantino Mortati a Macerata: opera e scritti minori. La Costituzione materiale nella prospettiva di una codificazione dei principii di regime*

Se dunque «le posizioni sostenute durante il fascismo dal Mortati si basavano sul riconoscimento di precisi equilibri raggiunti dal compromesso diarchico fra monarchia e fascismo», e «lo svuotamento del regime liberale e la sua sostituzione progressiva con le istituzioni del fascismo trovavano un limite nella figura e nel ruolo del Sovrano, estremo decisore in tempo di crisi»³⁴, sarà possibile anche affermare che «la continuità di Mortati tra fascismo e post-fascismo sta [...] fundamentalmente nella sua concezione della Costituzione e nel tentativo di giuridicizzare al massimo il politico, nell'ambito di una ricerca problematica che ha le sue radici ne *L'ordinamento del governo* e ne *La volontà e la causa*, ma che ha certo il suo apice ne *La costituzione materiale*»³⁵.

In un più recente contributo di sintesi, lo stesso Lanchester ha confermato questo giudizio complessivo, ricordando che già nella sua prima opera, *L'ordinamento del governo* (1931), Mortati aveva affermato di voler studiare «le cosiddette zone grigie del diritto costituzionale, cioè quelle in cui il rapporto tra diritto e politica è più stretto»³⁶. Si trattava di un palese riferimento alla metodologia antiformalista che aveva avuto riferimenti costanti in Mosca, in Majorana e nel mio conterraneo Ferracciu (1871-1930), alla cui precoce riflessione sulle “zone grigie” nel diritto costituzionale (1905) Mortati deve pure qualcosa, come giustamente ricorda Lanchester³⁷. A quella riflessione, condotta a fianco di quella di altri giovani giuspubblicisti (Giuseppe Chia-

³⁴ Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 227.

³⁵ Ivi, p. 228.

³⁶ Lanchester, *Mortati, Costantino*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, cit., p. 594.

³⁷ Ivi, p. 595. Non però Niccolò (1815-1892), lui pure buon giurista, a lungo parlamentare nei banchi della Sinistra storica e due volte ministro nella XIII e nella XV Legislatura del Regno d'Italia (cfr. S. Pileri, *Ferracciu, Niccolò*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 46, Roma 1996), ma Antonio (1871-1930), professore di Diritto internazionale a Perugia e di Diritto costituzionale a Siena e a Palermo, autore di un ampio studio d'indole antiformalistica come *La consuetudine costituzionale* (1913-1921) e soprattutto del volume del 1905 *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, su cui v. S. Mura, *Ferracciu (Ferracciù), Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 836-837 e più diffusamente Id., *Per un profilo di Antonio Ferracciu, un giurista da rivalutare*, in «Giornale di Storia costituzionale», 30, 2015, pp. 157-177.

relli, Giuseppe Maranini, Carlo Esposito, Francesco Crisafulli, Massimo Severo Giannini, Egidio Tosato, ecc.), Lanchester attribuisce grande importanza per gli effetti che nel secondo dopoguerra avrebbe avuto sul dibattito costituyente e sullo stesso sviluppo della dottrina italiana.

Si tratta di motivi che in parte si ritrovano anche nella prefazione che Enzo Cheli scrive quando, per decisione del Centro di studi sul pensiero giuridico moderno, si procede alla ristampa dell'opera prima di Mortati. Scrive Cheli: «In questi anni [tra il 1922 e il 1928] [...] una serie di “strappi” apportati al tessuto statutario (l'emarginazione della sfera parlamentare; la definizione della figura del Capo del governo; lo spostamento dei poteri normativi in direzione dell'esecutivo; la progressiva riduzione dello spazio delle libertà politiche), insieme con il riconoscimento giuridico del ruolo di istituzioni direttamente legate al nuovo contesto politico [...] avevano condotto alla nascita di una forma di governo (qualificata da Mortati come “regime del Capo del Governo”), che svuota nella sostanza la preesistente “monarchia costituzionale” a base parlamentare, ma consente la sopravvivenza dell'istituzione monarchica [...]. Da qui la nascita di un modello del tutto inedito [...], non suscettibile di essere ricondotto alle tradizionali classificazioni delle forme di Stato e di governo»³⁸. Sono questi i frutti di quello che è stato chiamato «patteggiamento con la tradizione liberale», e che si traducono nel «rovesciamento del rapporto tradizionale di dipendenza del Governo dal Parlamento»³⁹.

Dobbiamo a Cheli l'ammissione dell'esistenza di «una forte dose di ambiguità»⁴⁰ nella costruzione dottrinale di Mortati, in un difficile, se non impossibile, tentativo di conciliare «un'ideologia fondata sull'assoluta pervasività dello Stato»⁴¹ con le istanze del pluralismo istituzionale e sociale. «Il fatto è che Mortati», sostiene ancora Cheli, «a differenza dei giuristi del regime già attivi alla fine degli anni '20, non intende rompere

³⁸ Cheli, *Prefazione*, in Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. V-VI.

³⁹ Ivi, p. VIII.

⁴⁰ Ivi, p. IX.

⁴¹ *Ibidem*.

gli ormezzi che legano ancora lo Stato italiano alla tradizione liberale. Al contrario, egli tanto è convinto che questi ormezzi vadano rafforzati che non esita a ritenere comparabile la nuova esperienza italiana, come “monarchia a premier”, con l’esperienza inglese, come “democrazia a premier”»⁴².

Emarginazione della sfera parlamentare; definizione della figura del Capo del governo; spostamento dei poteri normativi in direzione dell’esecutivo; progressiva riduzione dello spazio delle libertà politiche; democrazia a premier... Il quadro di un secolo fa, rievocato da Cheli, sembra quello di un tornante storico a noi più vicino e presente (sembra di avvertire un gran desiderio di “democrazia a premier”, anzi, sembra che ci si comporti, tanto da parte dei protagonisti della vita istituzionale quanto dagli osservatori quotidiani del quadro politico, come in presenza di un premierato di fatto se non di diritto). Sarà forse anche questo un buon motivo per tornare sulle pagine giovanili del maggiore costituzionalista italiano del secondo dopoguerra senza bigottismi ideologici, ma con una ferma impostazione storicistica e storicizzante, consapevole cioè dei meriti così come dei limiti di quella che è stata una singolare esperienza di dottrina.

Non sarà male leggere ancora una volta la *Premessa* di Mortati al suo libro del 1931: «Il presente studio è rivolto», egli scrive, «ad illustrare, da un punto di vista giuridico, la soluzione che del problema della direzione politica dello Stato ha dato la nuova legislazione costituzionale italiana»⁴³. E prosegue con una pagina nella quale sembra che egli intenda cogliere un momento ancora fluido nell’esperienza ‘costituzionale’ nuova, per intervenire da giurista a correggere e migliorare le finalità politiche stesse dei nuovi ordinamenti: «Pur ispirando la presente trattazione, che vuol essere esclusivamente di diritto pubblico, ai dettami del metodo giuridico, non si è ommesso (né si poteva, data l’indole degli istituti studiati, rientranti in gran parte in quella che è stata chiamata “la zona grigia” del diritto costituzionale) la considerazione dei presupposti di fatto e delle finalità

⁴² Ivi, p. X. Per questo cruciale aspetto della riflessione mortatiana v. ancora Lacchè, *La Costituzione nel Novecento*, cit., pp. 50-51.

⁴³ Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 3.

politiche degli istituti stessi, in quanto utile a far comprendere il funzionamento di questi e mostrarne la pratica efficienza [...] Evitare che, nell'esposizione di un sistema di diritto positivo, la ragione politica sopraffaccia quella giuridica, oltre a soddisfare all'esigenza dell'autonomia del diritto rispetto alle altre scienze, può riuscire utile, indirettamente, allo stesso perfezionamento della legislazione...»⁴⁴.

La Parte I del libro è senz'altro quella che maggiormente ha attratto e attrae lo storico delle dottrine giuspubblicistiche per tutte le ragioni che la letteratura storico-giuridica non ha mancato di evidenziare, non senza compiacimento per lo "strappo" operato verso la tradizione. Non è per caso che Ranelletti e Romano siano i primi ad essere citati, in quel capitolo I (*La funzione di governo in senso obiettivo*) che propone già l'idea del Governo come "quarta funzione" dello Stato: «l'attività di governo, in sé esaminata, non appartiene al potere esecutivo più che non appartenga a quello legislativo»⁴⁵. In tal senso «il problema giuridico della funzione di governo [...] può essere esattamente risolto solo ove si rinunzi a inquadrare l'attività stessa nello schema della tripartizione tradizionale e a considerarla come accessione dell'una o dell'altra delle tre funzioni, oppure come attributo di un organo per il fatto dell'esercizio di una di queste. Governo è il principio d'unità, posto accanto al principio di divisione e pertanto non può essere individuato ove si rimanga nell'ambito di quest'ultimo»⁴⁶.

La prosa di Mortati è senz'altro limpida e suggestiva, nell'enunciazione di una nuova visione in cui politica e diritto sembrano fondersi: «Per la ricerca di una nozione obiettiva dell'attività di governo occorre risalire al concetto della natura dello Stato, inteso come unità politica di un popolo. Tale unità non è di carattere naturale, non è data, ma di essenza spirituale; essa è il prodotto della fusione di una molteplicità di voleri in un volere unico, che transcendendo le volizioni particolari, si pone come volere di un ente distinto dagli elementi che lo compon-

⁴⁴ Ivi, p. 4.

⁴⁵ Ivi, p. 8.

⁴⁶ Ivi, p. 9.

gono e avente propria personalità [...]. La prima, fondamentale funzione dello Stato è quindi quella di porre in modo concreto le direttive generali della sua azione, di predeterminare il suo programma. Programma che può dirsi politico, in quanto oltre ad avere un contenuto non determinabile a priori, ma tale da accogliere le materie più varie, è ottenuto dalla sintesi delle varie esigenze collettive, considerate da un punto di vista generale, che fonde e armonizza fra loro, superandoli, i particolari punti di vista dai quali le esigenze stesse possono venire valutate: sintesi, senza residui e senza contraddizioni, di tutta la vita dello Stato, nei rapporti interni e in quelli esterni»⁴⁷.

E infine: «Concludendo, può dirsi che il carattere comune che riunisce queste varie forme di attività in una funzione unica autonoma è rappresentato dallo scopo (nel senso già specificato di causa) che è quello di attuare in modo immediato l'unità dello Stato: di ricostituire ciò che la divisione delle competenze e degli organi necessariamente divide e di ricostituirlo intorno a un centro unico: il sistema dei fini da essa posti. Ogni funzione dello Stato tende a realizzare l'unità, ma in modo indiretto, attraverso il compimento di atti, i quali si propongono in modo immediato un altro scopo. La funzione di governo invece ha come scopo diretto l'unità, e pertanto agisce come principio motore di tutto il complesso dell'attività statale: indica ai vari organi la via e riconosce la conformità dei loro atti al fine»⁴⁸.

Qui il linguaggio è lontanissimo da quello della scuola orlandiana, e non si può non riscontrare una patina d'indole mistica nella concezione della funzione unificatrice e dinamica del governo (sia pure entro una visione di tipo costituzionale che si aggancia esplicitamente alla dottrina di Kelsen): «Così si dica per quanto riguarda il requisito della derivazione degli atti di governo dalla costituzione. Sembra infatti esatto il ritenere che ognuno di tali atti debba trovare la sua fonte nella legge costituzionale, debba essere – come il Kelsen dice della legge ordinaria – atto esecutivo della costituzione, sottratto alla necessità

⁴⁷ Ivi, pp. 9-10.

⁴⁸ Ivi, pp. 15-16.

dell'abilitazione del potere legislativo ordinario»⁴⁹. E ancora: «La funzione di governo, nel senso già considerato, in quanto condiziona e determina il pratico esplicarsi delle altre funzioni, viene ad acquistare una preminenza di fronte a queste»⁵⁰. Da Kelsen a Schmitt, scorrendo tra Jellinek, Laband, Duguit e altri: «Quello che si può dire in via generale è solo che l'organo di governo dev'essere capace di esprimere e far valere, nel più alto grado, gli interessi generali e permanenti, dovendo esso 'incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell'esistenza politica di un popolo'»⁵¹.

La prima parte, d'indole essenzialmente teorica, si chiude con un ampio capitolo di taglio comparativo (*L'organo supremo nello Stato parlamentare*), in cui spicca il paragrafo sulla supremazia del Premier⁵². La seconda parte esordisce con un capitolo di carattere storico-istituzionale e storico-dottrinale (*L'ordinamento del governo in Italia anteriormente alla riforma costituzionale*), il cui ultimo paragrafo è rivolto ad illustrare la «necessità di una sostanziale riforma dell'ordinamento dei poteri costituzionali»⁵³.

Segue il capitolo II (*Il nuovo ordinamento del governo*), articolato in due paragrafi dedicati rispettivamente ai postulati del regime fascista e alla nuova organizzazione del potere di governo, con piena giustificazione della sottrazione al parlamento

⁴⁹ Ivi, p. 16.

⁵⁰ Ivi, p. 19. Cfr. V. Frosini, S. Riccobono, *Mortati e Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1999, pp. 407-430.

⁵¹ Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 21, con rimando in nota 1 a C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leipzig 1929, p. 212. Non sarà inutile rileggere l'omaggio che Mortati tributa all'ancora vivente Schmitt all'inizio degli anni '70 (Schmitt era nato nel 1888, Mortati nel 1891; entrambi muoiono nel 1985, in tardissima età): C. Mortati, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1973, pp. 511-532. Si tratta, al di là delle iniziali parole di non convenzionale elogio del «singolare fascino» e dell'«altissimo magistero scientifico dell'opera schmittiana», di una stringente critica delle posizioni via via assunte dal giurista tedesco dopo la pubblicazione della *Verfassungslehre* e un documento di eccezionale importanza per la comprensione del pensiero giuridico e politico dello stesso Mortati.

⁵² Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 42-43.

⁵³ Ivi, pp. 72-73.

della funzione di direzione politica dello Stato e della opportunità di raggruppare intorno all'organo Capo del Governo lo studio del nuovo ordinamento di governo⁵⁴. «Organo nuovo», scrive Mortati, «appare il Capo del governo, quale risulta dalla riforma fascista: nuovo, ma non sorto dal nulla, bensì preparato dalla stessa evoluzione dello Stato moderno, che tende, nelle sue forme più evolute a risolvere, attraverso la figura del Premier, il problema dell'autorità. Collegato con la tradizione e assimilabile per alcuni lineamenti con istituzioni analoghe di altri paesi e tuttavia fornito di lineamenti originali che gli imprimono una caratteristica propria»⁵⁵.

Dal capitolo III in poi tutto il resto del libro è dedicato al Capo del Governo: *Modo di formazione e posizione costituzionale* (formazione dell'organo, posizione del Governo di fronte al Re, posizione del Capo del Governo davanti ai ministri e di fronte al Gran Consiglio); *Funzioni del Capo del Governo in particolare* (esercizio delle prerogative conferite al Re dallo Statuto, funzioni relative alla formazione degli organi di governo, potere normativo per la disciplina dell'attività della pubblica amministrazione, funzioni e competenze istituzionali nel caso di necessità e nella tutela della sicurezza verso l'esterno, funzioni nella direzione dell'attività del Parlamento, nella disciplina dei rapporti economici, nella promozione dell'unità morale della Nazione e nella regolazione della competenza degli organi costituzionali); *Mezzi di ausilio all'attività del Capo del Governo*; *Immunità e prerogative del Capo del Governo*; e infine *La forma del governo in Italia*. In questo capitolo conclusivo torna a mostrarsi la propensione di Mortati ad inserire lo studio delle nuove forme costituzionali entro un quadro teorico, critico dell'esperienza dello Stato di diritto liberale (buona per ogni forma di Stato moderno che non sia quello assoluto) e delle dottrine dei giuristi weimariani, verso i quali non sempre il giudizio è adesivo come quello riservato a Schmitt proprio all'inizio del capitolo⁵⁶. Non mancano i distinguo, talora di una secca schiettezza, nei

⁵⁴ Ivi, pp. 80-83.

⁵⁵ Ivi, p. 82.

⁵⁶ Ivi, p. 217.

confronti dei giuristi di regime come il Costamagna delle coeve *Considerazioni sulla qualifica dello Stato Fascista*, per il suo rifiuto di accettare che il nuovo diritto pubblico italiano, cioè l'ordinamento fascista, rientri nell'esperienza storica dello Stato moderno e perciò anche in quella dello Stato costituzionale⁵⁷.

In tale contesto è ai «modi di formazione della suprema volontà dello Stato» che si rivolge Mortati, come all'«elemento veramente fondamentale al quale gli altri sono in certo modo subordinati» nell'attuazione dell'unità del volere statale⁵⁸. La molteplicità degli organi costituzionali non solo per Mortati non esclude, ma postula la preminenza di uno di essi sugli altri e tale preminenza, «lungi dal potersi rappresentare in modo puramente formale, implica necessariamente l'attribuzione al suo titolare di un potere di ultima e più elevata decisione nel processo di autodeterminazione della volontà statale»⁵⁹. In tal senso «il conferimento di un potere di ultima decisione – inteso, come dev'essere, quale potere giuridico e non di semplice influenza politica» è tale da caratterizzare la forma del governo, che continua ad essere monarchica: «All'ordinamento italiano potrebbe perciò convenire la denominazione di “regime del Capo del

⁵⁷ *Ibidem*, nota 1, dove l'opinione contraria di Costamagna è stimata priva di «sufficiente motivazione». Sarà sufficiente vedere di lui il profilo dedicatogli da I. Stolzi, *Costamagna, Carlo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 598-600, con essenziale bibliografia.

⁵⁸ Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 218. In questo caso, tra gli scarni richiami alla grande letteratura giuridica dell'età liberale, il richiamo a nota 4 era alla concezione della sovranità di Jellinek, proposta in chiave decisionista e in opposizione alla *Allgemeine Staatslehre* di Kelsen: «Conforme al concetto che ha ispirato la presente trattazione, volontà suprema dello Stato è considerata quella che imprime a direzione politica, onde è essa che, costituendo l'essenza dello Stato, offre il criterio direttivo per la classificazione delle varie forme. Ove invece una tale essenza si riponga in un elemento diverso, si è indotti a trarre il criterio in parola da questo elemento. Così il Kelsen, in armonia con la sua concezione che identifica lo Stato con il diritto, intende le forme di Stato come “i contenuti tipici delle norme riguardanti la produzione del diritto”». Mi permetto di rinviare a un mio risalente contributo: *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la «Dottrina generale del diritto dello Stato» di G. Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Atti del XIX Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Trento, 29-30 settembre 1994), a cura di M. Basciu, Milano 1996, pp. 273-282.

⁵⁹ Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 218-219.

Governo”, purché sia chiaro, che, com'è stato notato, con tale denominazione si intende designare solo una sottospecie, storicamente nuova, del genere monarchia”»⁶⁰.

«Punto d'incontro» e «centro di direzione» degli organici rapporti tra Società e Stato, è il Capo del Governo, cui è affidata l'opera di «suprema integrazione politica». La conclusione è anch'essa seccamente schietta. «Se, a rendere comprensivamente il nuovo ordinamento italiano, non solo nei rapporti istituiti fra i pubblici poteri, ma nell'organizzazione impressa alla società, e nel fine politico che lo ispira, l'espressione avanti operata di Capo del Governo sembri insufficiente, allora non v'è altra più univoca denominazione se non quella di Regime fascista. Regime che si presenta con tali caratteri di originalità da rendere poco utile il suo raffronto con altri ordinamenti del passato»⁶¹.

Quanto tutto questo complesso di dottrina abbia pesato nel processo di formazione di un nuovo ordine costituzionale, è questione che merita ancora di essere sollevata. Mortati fu uno dei protagonisti alla Costituente. A lui, attivissimo nella Commissione dei 75 dalla quale Orlando era stato escluso, toccò di rispondere in primo luogo all'ordine del giorno Orlando, nel dibattito sulla natura prescrittiva dei principi che Orlando avrebbe voluto disporre in un proemio, separandoli dall'ordinamento. A rendere in qualche modo giustizia a Orlando e alla tradizione che egli continuava a rappresentare, nel momento stesso in cui ne respingeva le critiche, fu Togliatti nel discorso tenuto in sede di dibattito generale sul Progetto di Costituzione l'11 marzo del 1947. C'è un passaggio di quel discorso che indirettamente chiama in causa quanto avvenuto nell'ambito delle dottrine giuspubblicistiche del ventennio. Sugerendo che i giuristi non abbiano dato un grande aiuto, Togliatti afferma: «Molte formulazioni del progetto sono certamente deboli, perché giuridicamente non siamo stati bene orientati e effettivamente fu un errore non includere nella Commissione i rappresentanti della vecchia scuola costituzionalistica italiana. La realtà è però che negli ultimi venti o trenta anni la scienza giuridica si è staccata

⁶⁰ Ivi, p. 221.

⁶¹ Ivi, pp. 224-225.

dai principi della nostra vecchia scuola costituzionale. In fondo quali erano questi principi? Erano da un lato i principi del diritto romano e dall'altra i grandi principi delle rivoluzioni borghesi, elaborati poi attraverso l'esperienza costituzionale dell'Ottocento. Negli ultimi venti o trenta anni invece sono affiorate e sono state accolte, soprattutto nel nostro paese, dottrine diverse [...], che riconoscono e collocano la sovranità non nel popolo, ma soltanto nello Stato, e danno quindi ai diritti individuali soltanto un carattere riflesso. La scienza giuridica degli ultimi venti anni è stata permeata da queste nuove dottrine, e questo spiega perché, quando abbiamo dovuto scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l'ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva ch'essi cancellassero o dimenticassero qualche cosa; bisognava che ritornassero a qualche cosa che avevano dimenticato, e non erano sempre in grado di farlo. Questo è un motivo profondo delle debolezze e del carattere equivoco di molte delle formulazioni del testo che sta davanti a noi»⁶².

Che Costantino Mortati sia stato, tra i giuristi alla Costituente, tra coloro che non avevano del tutto dimenticato i "principi della vecchia scuola costituzionale" (o che per lo meno sia stato tra coloro che, per restare nell'ambito delle espressioni togliattiane, erano in grado di ritornare "a qualche cosa che avevano dimenticato"), è questione che merita ancora di essere dibattuta.

⁶² P. Togliatti, *Discorsi alla Costituente*. Prefazione di S. D'Albergo, Roma 1973², p. 12. Per un commento mi permetto di rinviare al mio saggio *Ordine giuridico e ordine politico. Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, 2, a cura di F. Liotta, Bologna 2007, pp. 421-459: 454-457 (ora in D. Quaglioni, *Scritti scelti e raccolti da L. Bianchin, G. Marchetto, C. Natalini, Ch. Zendri*, Foligno 2022, II, pp. 733-771: 766-769).

Autori

Carlo Amirante, già Professore ordinario di Diritto costituzionale e di Dottrina dello Stato, Università di Napoli Federico II

Felice Ancora, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Cagliari

Carlo Bersani, Professore aggregato di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Cassino

Giovanni Bianco, Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico e di Teoria generale dello Stato, Università degli Studi di Sassari

Antonio Cantaro, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università “Carlo Bo” di Urbino

Giancarlo Caporali, Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Macerata

Angelo Antonio Cervati, Professore emerito di Diritto costituzionale comparato, Università “Sapienza” di Roma

Giovanni Di Cosimo, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Macerata

Silvia Illari, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Pavia

Giovanna Montella, Professoressa aggregata in Diritto pubblico generale e Diritto costituzionale comparato, Università “Sapienza” di Roma

Diego Quagliani, già Professore ordinario di Diritto medievale e moderno e di Storia del pensiero giuridico moderno, Università degli Studi di Trento

Giulio M. Salerno, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Macerata

Costantino Mortati a Macerata: la Costituzione materiale e il pensiero giuridico

Il presente volume raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Macerata il 4 e 5 maggio 2023, intitolato "Costantino Mortati a Macerata", attraverso cui si è inteso ricordare l'insigne Autore, da un lato tracciando un quadro dell'esperienza accademica, dei suoi studi e degli scritti pubblicati durante il periodo in cui visse e operò presso l'Università di Macerata, 1939-1942, dall'altro evidenziando sia l'influenza che Mortati ebbe sulla giuspubblicistica del suo tempo sia l'attualità del suo pensiero.

Costantino Mortati ha ancora molto da insegnare e i contributi raccolti, che analizzano da plurimi e complementari punti di vista l'articolato percorso del pensiero giuridico e costituzionalistico del giurista calabrese, concorrono a offrire un meditato approfondimento di una pluralità di tematiche che non soltanto mantengono un consistente grado di rilevanza nella discussione giuspubblicistica, ma continuano a sollevare un dibattito concettualmente e dommaticamente ineshausto.

Con contributi di Carlo Amirante, Felice Ancora, Carlo Bersani, Giovanni Bianco, Antonio Cantaro, Giancarlo Caporali, Angelo Antonio Cervati, Giovanni Di Cosimo, Silvia Illari, Giovanna Montella, Diego Quagliani, Giulio M. Salerno.



eum edizioni università di macerata

In copertina: elaborazione grafica di
Chiara Crucianelli

€ 16,00

ISBN 978-88-6056-912-7



9 788860 569127