

2022
22/1

SOMMARIO

Potere costituente

2022/1
giugno

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

Redazione

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Arianna Colonna, Miguel Fernández Núñez, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeve, Michele Ubertone, Adriano Zambon

ShinyStat™	
Online	1
P.viste anno	7920

«Diritto & questioni
pubbliche»
di Giorgio Maniaci, Giorgio Pino, Aldo
Schiavello

codice ISSN 1825-0173

Privacy & Cookie

Codice etico

webarchitecture .terzopunto.it
webmaster rospe@
provider aruba.it
in rete maggio 2001

• **sommario**• **monografica**

Potere costituente
a cura di Marco **Goldoni** e Giorgio **Pino**

Italo **Birocchi**

Verso la Costituente. Il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico
pp. 7-31

Giovanni **Bisogni**

«Un libro che non ha mai finito di dire quello che ha da dire»:
La Costituente di Costantino Mortati
pp. 33-50

Marco **Brigaglia**

L'ordine, dal centro ai margini.
A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati
pp. 51-72

Giulia Maria **Labriola**

Una riflessione sul potere costituente in Costantino Mortati
pp. 73-87

Chiara **Valentini**

La progressiva formazione dell'ordine costituzionale.
Potere e processo costituente nella teoria di Mortati
pp. 89-99

• **studi**Dario **Ippolito**

La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista
pp. 103-117

Giorgio **Pino**

Il puzzle dei diritti indisponibili
pp. 119-135

• **discussioni**

Intorno a "Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani" a cura di M.G. Bernardini e O. Giolo

Maria Giulia **Bernardini** e Orsetta **Giolo**

Presentazione
pp. 139-141

Barbara **Badiani** e Giulio **Lupo**

Note per una critica della logica del marketing nella pianificazione urbana
pp. 143-156

Nicola **Capone**

Lo spazio pubblico come luogo per riabitare mondi in comune
pp. 157-178

appendice: tabelle comparative

pp. i-xi

Elena **Dorato**

La cura (come) critica. Riflessioni sullo spazio urbano a partire dall'esperienza pandemica
pp. 179-198

Francesca **Scamardella**

I beni comuni nei processi di rigenerazione urbana. Appunti per una nuova governance urbana
pp. 199-214

Martina **Stevoli**

Riflessioni sul ruolo dell'evento nella dimensione pubblica cittadina: effetti e sperimentazioni sullo spazio urbano e giuridico
pp. 215-228

Alessandra **Sciarba**

Città, diritti e pratiche di mutualismo. Riflessioni a partire dalle istanze comunitarie ai tempi della pandemia
pp. 229-242

• **recensioni**

F. Javier **Ansuátegui Roig**

Una defensa analítica y liberal de la libertad de expresión (a proposito di Anna Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*)
pp. 245-252

C. Ignacio **Giuffré**

Democracia sin atajos (a proposito di Cristina Lafont, *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*)
pp. 253-257

Giorgio **Maniaci**

"Libera scelta, libera condizione". Si tratta di vera libertà? (a proposito di Alessandra Facchi & Orsetta Giolo, *Libera scelta e libera condizione*)
pp. 259-268

Francesco **Rimoli**

Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza (a proposito di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*)
pp. 269-279

• **ratio decidendi**

a cura di Gaetano **Carlizzi** e Giorgio **Pino**

Giorgio **Pino**

Ex auctoritate

pp. 283-303

[allegati]

Cass., Sez. I, sentenza n. 37974/2021



L'ORDINE, DAL CENTRO AI MARGINI.

A PROPOSITO DELLA
RIPUBBLICAZIONE
DI DUE TESTI
DI COSTANTINO MORTATI

MARCO **BRIGAGLIA**



L'ordine, dal centro ai margini.

A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati

The order inside out.

About the republication of two works by Costantino Mortati

MARCO BRIGAGLIA

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.

E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, offro una ricostruzione della concezione dell'ordinamento giuridico, dello stato e della costituzione materiale di Costantino Mortati, mostrando la evoluzione da essa subita nel corso degli anni. Mi soffermo in particolare su due aspetti: sulla natura di "fatto normativo" della volontà delle forze politiche dominanti che, secondo Mortati, sostiene la costituzione materiale dello stato; e sul modo in cui Mortati applica la sua concezione alla fase di formazione e di mutamento della costituzione materiale, e ai periodi di indebolimento dell'unità politica.

In this article I propose a reconstruction of Costantino Mortati's view of the legal order, the state and the material constitution, and of its development through time. I focus on two issues. Firstly, I try to elucidate Mortati's conception of the material constitution (or better, of the will of the dominant political forces that underpin it) as a "normative fact". Secondly, I look at the application of Mortati's view to the process of emergence and transformation of the material constitution, and to the periods of weakening of the political unity of the state.

KEYWORDS

Costantino Mortati, costituzione materiale, ordinamento giuridico, potere costituente

Costantino Mortati, material constitution, legal order, constituent power

L'ordine, dal centro ai margini.

A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati

MARCO BRIGAGLIA

1. *Introduzione* – 2. *L'ordine e i suoi elementi* – 3. *Organizzazione* – 4. *Normatività* – 5. *Coordinazione normativa* – 6. *Costituzione materiale* – 7. *Potere costituente* – 8. *Sfocature*.

1. *Introduzione*

L'occasione di questo articolo è un recente evento editoriale: la ripubblicazione di due importanti scritti di Costantino Mortati, nel volume dal titolo *La teoria del potere costituente* (Quodlibet Ius, 2020), a cura di Marco Goldoni – a cui si deve anche un bel saggio introduttivo – e con prefazione di Augusto Barbera.

Il volume raccoglie la prima parte del saggio *La costituente*, del 1945, intitolata appunto *La teoria del potere costituente*, e le *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, del 1973.

La ripubblicazione di opere di Mortati è, di per sé, un fatto meritorio¹. Oltre ad essere uno dei più importanti giuspubblicisti italiani, Mortati ha anche messo a punto, nel corso degli anni, una concezione generale del fenomeno giuridico che, per la sua originalità, ricchezza e sforzo sistematico, meriterebbe, da parte dei filosofi del diritto, un'attenzione maggiore rispetto a quella, nel complesso sporadica, di cui è stata oggetto. In questi anni, con grande energia, Marco Goldoni si è impegnato a risvegliare l'attenzione del dibattito giusfilosofico sull'opera di Mortati, proponendone letture e utilizzi innovativi, e presentandola al più ampio pubblico dei lettori in lingua inglese².

Al di là di questo dato generale, è degna di nota anche la ripubblicazione di queste due particolari opere, e la scelta felice di accostarle. Esse rivestono infatti un ruolo importante, e complementare, nell'interpretazione complessiva del pensiero di Mortati.

In esse Mortati ribadisce e raffina la sua concezione generale dello stato come ordinamento giuridico e della sua costituzione materiale, e la spinge, per così dire, verso i margini dell'ordine, in un movimento doppio.

Il primo movimento, che si svolge ne *La teoria del potere costituente*, consiste nell'applicazione sistematica della teoria della costituzione materiale alla fase di formazione di un nuovo ordine statale. È, per Mortati, un'occasione per mettere alla prova il suo sistema concettuale, che domina ormai con grande sicurezza, utilizzandolo come chiave per ridefinire e distinguere, in modo semplice e coerente, categorie di margine del diritto pubblico (potere costituente, revisione costituzionale, colpo di stato, eccezione, rivoluzione).

Il secondo movimento inizia ne *La teoria del potere costituente* e prosegue, quasi trent'anni dopo, nelle *Brevi note*. Il modello prototipico di ordinamento giuridico, stato e costituzione materiale che Mortati era andato elaborando dagli anni trenta fino alla sua opera più famosa, *La costituzione in senso materiale* del 1940 (MORTATI 1998), era costruito con riferimento ad assetti politici

¹ Nel 1998, è stata ristampata *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1998), e nel 2000 l'importante opera giovanile di Mortati *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (MORTATI 2000). Sarebbe quanto mai opportuna una riedizione critica dell'intera *Raccolta di scritti*, edita in quattro volumi nel 1972, e degli scritti ad essa posteriori.

² V. ad es. GOLDONI, WILKINSON 2018; GOLDONI 2019; CROCE, GOLDONI 2020. Goldoni sta anche lavorando alla traduzione in inglese de *La costituzione in senso materiale*.

– lo stato liberale monoclasse e lo stato a partito unico dell’esperienza fascista – rispetto ai quali lo stato e la sua costituzione materiale esistono, per così dire, in modo netto, e con un’identità (apparentemente) chiara. Di fronte all’esperienza dello stato pluriclasse, Mortati tenterà di aggiustare il suo modello, in modo da renderlo capace di cogliere situazioni in cui, per il basso livello di integrazione, l’aspro conflitto politico, la tensione tra forze di conservazione di un ordine precedente e di affermazione di un ordine nuovo, lo stato e la costituzione materiale, per come lui li intendeva, si sfocano fino a farsi flebili, di identità instabile, al bordo della dissoluzione. Ebbene, stazioni decisive in questo percorso di sfocatura sono proprio i due saggi ripubblicati. La loro rilettura congiunta costituisce il completamento ideale alla lettura de *La costituzione in senso materiale*, permettendo di cogliere l’evoluzione del pensiero di Mortati, e, forse, di liberarlo dalla sua stereotipica rappresentazione come teorico dello stato fascista, in cui la retorica di cui è imbevuta quell’opera, insieme a infelici scelte terminologiche, rischia di ingabbiarlo³.

In questo articolo, cercherò di seguire questo doppio movimento dal centro ai margini dell’ordine. Nei paragrafi 2-6 proporrò al lettore una ricostruzione complessiva della teoria mortatiana dell’ordinamento giuridico, dello stato e della costituzione materiale, tracciata in forma molto sintetica in apertura del saggio su *La teoria del potere costituente*. Cercherò di mettere in luce, in particolare, un aspetto che gioca, in quel testo, un ruolo centrale: la natura di “fatto normativo” della volontà delle forze politiche dominanti che, secondo Mortati, sostiene la costituzione materiale dello stato. Nel paragrafo 7 mi soffermerò su come Mortati applica la sua teoria dell’ordinamento statale alle fasi di formazione e mutamento di regime. Nel paragrafo 8, indicherò le linee essenziali dell’evoluzione, e della sfocatura, della nozione di costituzione materiale, segnalando la posizione che in essa occupano le due opere ripubblicate⁴.

2. L’ordine e i suoi elementi

Nel corso della sua lunga traiettoria intellettuale, Mortati mise a punto una concezione dell’ordinamento giuridico che, per quanto sviluppata con riferimento pressoché esclusivo ad un tipo specifico di ordinamento, quello che lui chiama “stato moderno”⁵, aspirava comunque ad un campo di applicazione molto più vasto: mirava a cogliere l’essenza del fenomeno giuridico in tutte le sue forme.

Il nucleo essenziale di questa concezione si può riassumere così: il fenomeno giuridico consi-

³ Come ha detto bene Gustavo ZAGREBELSKY (1998, XIII), la concezione elaborata ne *La costituzione in senso materiale* «non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista». È pur vero, però, che lo stato fascista e lo stato monoclasse funzionano, in quell’opera, come principali modelli di riferimento. Ciò rischia di oscurare gli aspetti di continuità del pensiero di Mortati nella successiva apertura alla considerazione di modelli di stato diversi. V. anche FIORAVANTI 1990, 165-185; BARTOLE 1990; GROSSI 2000, 292; DELLA CANANEA 2003. Per un’interpretazione complessiva delle linee di continuità e discontinuità del pensiero di Mortati, mi sia consentito rinviare a BRIGAGLIA 2021.

⁴ Vi è un’altra ragione di interesse in questi due saggi, di cui non mi occuperò. Ne *La teoria del potere costituente* emerge con chiarezza quella che, per Mortati, costituisce la principale chiave per la lettura dell’evoluzione dello stato “moderno”: l’irruzione delle masse nella scena politica, e la ridefinizione dei possibili assetti organizzativi dello stato che essa comporta. In questo primo saggio, Mortati mostra un’incrollabile fiducia in una linea di evoluzione che porta, fatalmente, verso l’affermazione del principio di sovranità popolare, e, ad essa connesso, ad un regime di democrazia sociale. Nelle *Brevi note*, questa linea di evoluzione appare, se non rotta, ritardata, a causa delle resistenze di alcune forze al nuovo progetto politico, e alla conseguente inattuazione dei principi recepiti nella costituzione formale. Rinvio, per questo aspetto del pensiero di Mortati, a ZAGREBELSKY 1989, 57 ss.; BALBONI 1989.

⁵ Mortati chiama “stato moderno” il tipo di stato diffusosi nelle società occidentali dopo la Rivoluzione francese, il cui carattere principale, a suo parere, è la spinta per l’accesso alla vita politica da parte di grandi masse (MORTATI 1940, 70). Su questa inconsueta definizione della “modernità” dello stato, v. ZAGREBELSKY 1998, XXI.

ste nella stabile organizzazione di un campo di attività sociale⁶ al fine del soddisfacimento di una certa configurazione di interessi, laddove l'organizzazione non sia spontanea, ma supportata da pressioni normative, e ancorata alla volontà di forze sociali in posizione di prevalenza, che perseguono, e si sentono vincolate al perseguimento, di quella configurazione di interessi, che costituisce, in questo senso, il “fine” dell'organizzazione.

Mortati stesso ascrive la sua concezione al campo dell'istituzionalismo, in decisa opposizione ad approcci formalisti e normativisti: il diritto non è un sistema di regole e criteri formali di validità, ma una pratica normativa organizzata che include, ma non è esaurita da, regole e criteri formali.

Rispetto ai due grandi modelli con cui intraprese un più fitto confronto, e cioè la teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano e la teoria dell'ordinamento concreto di Carl Schmitt, l'istituzionalismo di Mortati ha degli importanti tratti di originalità, che possono essere sinteticamente colti attraverso due etichette.

La prima etichetta è “istituzionalismo realista” (CROCE, GOLDONI 2020, 147), nel senso del realismo politico: a differenza dell'ordinamento giuridico di Romano e dell'ordinamento concreto di Schmitt, l'ordinamento di Mortati deve la sua esistenza a «forze sociali poste in posizione di supremazia» (MORTATI 1975a, 27 ss.).

La seconda etichetta è “decisionismo normativo” (BRIGAGLIA 2006, 14-16): nella concezione di Mortati, tra ordinamento, decisione (o meglio, volontà), e norma (SCHMITT 1972) non c'è un gioco dialettico, ma una totale compenetrazione. L'ordinamento di Mortati, come quello di Romano e Schmitt, riposa su uno sfondo di pratiche spontanee condivise, che fissano un tessuto di norme implicite, al confine tra normalità e normatività – pattern di comportamento usualmente seguiti (normalità), la deviazione dai quali è considerata scorretta, inappropriata (normatività). Perché da uno sfondo simile emerga un vero e proprio ordinamento giuridico, però, sono necessarie, secondo Mortati, due condizioni ulteriori. Da un lato, devono esservi forze sociali, in posizione di prevalenza, che hanno la volontà di perseguire il fine dell'ordinamento e, in funzione di ciò, di sostenerne, anche attraverso pressioni normative, la struttura organizzativa, e di svilupparla attraverso la produzione di norme ulteriori. D'altro lato, è necessario che la volontà delle forze prevalenti sia, in un senso da precisare (*infra*, § 4), auto-vincolata normativamente al fine. È questo il decisionismo normativo di Mortati: l'ordinamento in quanto tale esiste grazie alla volontà di forze sociali prevalenti che mirano a dare una certa forma organizzativa alla vita associata; questa volontà, oltre ad esplicitarsi attraverso la produzione di norme, pone un vincolo normativo a sé stessa⁷.

Nei paragrafi che seguono, tenterò di fare emergere questi aspetti dell'ordinamento giuridico mortatiano attraverso l'analisi dei suoi elementi essenziali: l'organizzazione, la normatività che la permea, e le forze sociali che la sostengono.

3. Organizzazione

⁶ Mortati, in realtà, considera giuridico anche l'ordine volontario dell'azione e dell'esistenza di un singolo individuo (MORTATI 1975a, 5, nt. 1). Come vedremo, la normatività di Mortati si irradia, per così dire, dalla strutturazione normativa dell'azione volontaria individuale verso la composizione di strutture di coordinazione sociale via via più complesse.

⁷ Sta qui il principale punto di distacco fra la decisione schmittiana – tanto la “decisione di un popolo sulla propria forma di esistenza politica” della *Verfassungslehre* (SCHMITT 1928), quanto la decisione sullo stato di eccezione di *Politische Theologie* (SCHMITT 1922) – rispetto alla volontà delle forze politiche prevalenti che, secondo Mortati, sostiene sia la creazione che la difesa dello stato. Laddove ciò che conta nella prima è il fatto stesso della decisione e il suo sfuggire a qualsiasi criterio normativo (si tratta di un “dato meramente esistenziale”), ciò che conta nella seconda è il fatto di essere una decisione il cui contenuto si è “oggettivato”, trasformandosi in un auto-vincolo normativo. V. sul punto CATANIA 1987, 168 ss. (sulla mancanza dell'elemento normativo nella decisione schmittiana) e CATANIA 2001, 117 ss. (sulla normatività della decisione fondamentale come differenza centrale tra Schmitt e Mortati). Nella rilettura di Schmitt che Mortati propone nelle *Brevi note*, la decisione sullo stato di eccezione è ormai interpretata alla luce della propria concezione, e trasformata in una decisione vincolata da norme, seppur diverse da quelle espresse dalla costituzione formale – è decisione vincolata dalla costituzione materiale (MORTATI 2020, 136 s.).

In via generale, una “organizzazione” consiste nella coordinazione di più elementi – e in particolare di *azioni* di una *pluralità di individui* – in funzione di un risultato (HATCH 2011). Il nesso funzionale fra coordinazione e risultato è un nesso esplicativo: la coordinazione esiste, e ha quella struttura, *proprio perché* conduce (o si crede che conduca) a quel risultato. Il nesso funzionale può anche essere, in tutto o in parte, un nesso *intenzionale*: l’instaurazione o il mantenimento di una coordinazione con quella struttura dipende, in parte almeno, dal fatto che qualcuno vuole instaurare o mantenere una coordinazione con quella struttura, come mezzo in vista di quel risultato. In questo caso, il risultato costituisce, in senso proprio, il *fine* dell’organizzazione.

Gli ordinamenti giuridici sono, secondo Mortati, organizzazioni almeno in parte intenzionali di campi di attività e rapporti sociali, finalizzate alla soddisfazione di una certa configurazione ordinata di interessi, una gerarchia di scopi da raggiungere attraverso l’attività sociale. Mortati chiama “politici” gli ordinamenti che organizzano l’esistenza complessiva di una comunità, orientandola verso un “fine politico” – una specifica, sufficientemente determinata visione degli interessi che devono essere prioritariamente soddisfatti in quella comunità, e dei modi e le strutture organizzative attraverso cui soddisfarli (MORTATI 1975a, 19). Lo “stato” è, per Mortati, l’ordinamento politico che pretende di organizzare – con prevalenza su ogni altro ordinamento – l’esistenza complessiva della comunità vivente su un determinato territorio (MORTATI 1975a, 21-23).

Le organizzazioni possono avere una costruzione complessa e stratificata, in cui pattern di coordinazione più semplici sono inclusi in strutture di coordinazione più complesse, a loro volta iscritte entro ulteriori livelli di coordinazione. Ciò che consente di identificare i vari pattern e strutture di coordinazione interconnesse come parti di un’organizzazione unitaria è l’effettivo nesso funzionale/intenzionale che esse mantengono, nel complesso, con un fine unitario, sufficientemente determinato e riconoscibile. Così intese, le organizzazioni non sono dunque entità discrete, ma piuttosto network funzionali, che possono sovrapporsi con, o inglobare, altre organizzazioni.

Quanto appena detto si applica, secondo Mortati, anche a quelle peculiari organizzazioni che sono gli ordinamenti giuridici: essi non sono entità discrete, ma network funzionali, che tipicamente si sovrappongono, o inglobano, altri ordinamenti giuridici – è questo il nocciolo della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici (ROMANO 2018, cap. II), che Mortati sottoscrive (MORTATI 1975a, 13-18). Lo stato, in particolare, non è altro che una organizzazione complessa, che abbraccia in una superiore unità funzionale la miriade di ulteriori organizzazioni – alcune delle quali costituiscono, a proprio titolo, ordinamenti giuridici – esistenti all’interno del suo territorio e della sua popolazione, coordinandole verso un unico fine politico. Lo stato – inteso in questa accezione del termine, «in quanto specie del *genus* ordinamento giuridico» (MORTATI 1975a, 22) – esiste solo nella misura in cui una simile unità funzionale si sia effettivamente creata, raggiungendo un grado sufficiente di integrazione.

Essendo l’organizzazione un’unità funzionale imperniata sul fine, è quest’ultimo che ne fissa il centrale criterio di identità: l’organizzazione può mantenere fissa la sua identità nonostante il mutare di parte dei suoi elementi e della sua struttura, nella misura in cui resti orientata verso il medesimo fine, e conservi quegli aspetti strutturali indissolubilmente connessi al fine. Di contro, l’organizzazione cambia identità se, nonostante il permanere di altri suoi elementi, si orienta verso un fine significativamente diverso da, e incompatibile con, quello precedente.

Lo stesso vale, secondo Mortati, per lo stato. Il suo criterio centrale di identità è il fine politico verso cui è effettivamente orientata la sua organizzazione. Una trasformazione del fine politico, come vedremo, determina una trasformazione dello stato (*infra*, § 7).

4. Normatività

4.1. L'ordinamento giuridico di Mortati è un'organizzazione di carattere normativo, a tutti i suoi livelli: dai pattern di coordinazione più semplici, alle strutture organizzative più articolate, fino al fine a cui sono orientate.

Ad una prima lettura, il tipo di normatività che Mortati ha in mente sembra riconducibile ad una forma di imperativismo (CROCE, GOLDONI 2020, 151), e nemmeno fra le più sofisticate: una norma è, semplicemente, un comando (MORTATI 1998, 84-86; MORTATI 1975a, 304 ss.).

Le cose sono, però, più sfumate e interessanti. La visione mortatiana della normatività, per quanto costruita con strumenti molto limitati e un po' grossolani, è comunque ben più elaborata di quanto appaia a prima vista. Sotto molti aspetti, inoltre, essa sfugge a schemi imperativisti, di cui pure condivide il tentativo "naturalizzatore" di radicare il normativo nelle dinamiche psicosociali della volontà umana. La "concezione imperativa" a cui egli dichiara di aderire è solo l'etichetta che, fra quelle a lui disponibili, meglio poteva caratterizzare le sue idee. Ma le caratterizza molto superficialmente.

Credo che queste idee meritino più attenzione di quella che gli viene usualmente prestata. Anzitutto perché sono idee in sé e per sé interessanti: per quanto costruite in modo un po' grezzo e con categorie antiquate, intercettano strade successivamente percorse dall'espressivismo contemporaneo (v. sul punto BRIGAGLIA 2021, nt. 31) e da studi di psicologia della normatività. In secondo luogo, perché hanno, entro la teoria di Mortati, un ruolo chiave. Le dinamiche normative che Mortati cerca di mettere a fuoco costituiscono, secondo lui, il collante principale degli ordinamenti giuridici di qualsiasi livello di complessità. Ed è da queste dinamiche normative che dipende il senso e la tenuta di una delle sue tesi centrali, ribadita con insistenza ne *La teoria del potere costituente*: che la costituzione materiale e la forza sociale che la sostiene occupino uno spazio di identità tra fatto e norma, siano "fatti normativi" (MORTATI 1975a, 31; MORTATI 2020, 38).

Suggerirò dunque, in questo paragrafo, un'interpretazione della normatività – del tipo di normatività che caratterizza un ordinamento giuridico – secondo Mortati. Mi baserò su spunti e suggestioni sparse in diverse sue opere, ma i testi che userò come riferimenti principali, perché più chiari, sono, nel paragrafo 4.2, le pagine introduttive della seconda edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* (MORTATI 1952, 1 ss.), e, nel paragrafo 4.3, alcune pagine di un'opera giovanile, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (MORTATI 1972b [1935], 476-480).

4.2. Le norme o regole sono modelli di condotta che svolgono due funzioni strettamente connesse.

La prima funzione riguarda il *controllo volontario dell'azione*: la rappresentazione della norma motiva uno sforzo di controllo per mantenere il proprio comportamento conforme ad essa, inibendo impulsi, abitudini, desideri contrastanti. Quando questo sforzo ha successo, e determina l'azione finale, dirò che l'agente "osserva" la norma.

La motivazione a osservare la norma deriva, dice Mortati, da un senso di "necessità" (MORTATI 2020, 77). Può trattarsi, anzitutto, della necessità di evitare conseguenze negative che altri minacciano in caso di inosservanza. Può trattarsi della necessità di osservare la norma in vista di un fine (diverso dall'evitare sanzioni) che si intende conseguire. Può trattarsi, ancora, di un senso di vincolatività esercitato dalla mera rappresentazione della norma, indipendentemente dalla riconnessione della sua osservanza o inosservanza a conseguenze desiderate o indesiderate – un senso di vincolatività spesso connesso a emozioni auto-dirette, come la colpa, scatenate dalla mera violazione della norma. Per riferirmi a questo tipo di motivazione, parlerò di motivazione "intrinseca"⁸. Per semplicità, dirò che chi è motivato intrinsecamente da una norma "aderisce" ad essa.

La motivazione intrinseca esercitata da una norma va distinta dalla convinzione della sua "giustizia" – e cioè, per Mortati, dalla sua conformità ad un ordinamento normativo "ideale", la

⁸ Cfr. la nozione kelseniana di motivazione *diretta* (KELSEN 1945, 15).

cui esistenza e validità è indipendente da atteggiamenti umani. È possibile che la motivazione intrinseca si accompagni, o dipenda da, una convinzione di questo genere (MORTATI 2020, 78), ma non è necessario. Come vedremo fra poco, può consistere semplicemente in senso di “vincolo” al mantenimento di un proprio piano, prodotto da un auto-controllo rafforzato; o in un senso di “obbligo” (TOMASELLO 2020) o “impegno” nei confronti degli altri (MICHAEL et al. 2016), prodotto dalle loro aspettative e da emozioni sociali come la lealtà e il sentimento di appartenenza a un gruppo (HAIDT 2012, 161).

La seconda funzione delle norme riguarda la *valutazione dell'azione*: il comportamento effettivo è confrontato con la norma, e valutato negativamente in caso di difformità. La valutazione negativa, a sua volta, può motivare l'adozione di interventi correttivi, riparativi, punitivi, che possiamo indicare come “pressioni normative”.

La motivazione a esercitare pressioni normative può derivare da conseguenze positive associate all'osservanza e/o conseguenze negative associate all'inosservanza. Ma può trattarsi, anche qui, di motivazione intrinseca: la mera violazione della norma, indipendentemente dalle conseguenze a cui è riconnessa, motiva l'applicazione di pressioni normative, e in particolare la punizione dei violatori, e scatena emozioni negative (tipicamente, rabbia) nei loro confronti.

4.3. L'aspetto più peculiare della concezione della normatività di Mortati è l'idea che la volontà di conseguire un fine possa strutturarsi normativamente, in modo tale da *auto-vincolarsi* al perseguimento del fine stesso.

La ordinaria volontà di conseguire un fine ha già una struttura normativa. Si dà, infatti, vera e propria *volontà* di conseguire un fine nella misura in cui la rappresentazione di esso (i) motivi sforzo di controllo volontario per individuare ed eseguire azioni funzionali al suo conseguimento, inibendo altri motivi confliggenti, e (ii) sia usata come schema di valutazione della propria azione, motivando interventi correttivi in caso di deviazione. Il fine, cioè, opera come norma.

Quando il fine è complesso e articolato nel tempo, la volontà assumerà una struttura auto-referenziale: sarà volontà di *continuare a volere* perseguire quel fine anche in futuro, di mantenersi fedeli ad esso. La volontà includerà, in questo senso, un micro-progetto di costruzione del sé (MORTATI 1975a, 5, nt. 1).

Da questa struttura della volontà può emergere un vero e proprio “auto-vincolo”, nella misura in cui un fine complesso, a lungo termine, si radichi effettivamente nell'assetto motivazionale dell'agente, acquisendo forza motivazionale intrinseca: emerge un senso di “obbligo” a continuare ad agire e perseguire quel fine, accompagnato da un senso di fedeltà ad esso (MORTATI 1972b [1935]), fatto di emozioni auto-dirette, positive, come l'orgoglio, in caso di persistenza nel fine, e negative, come la colpa, in caso di deviazioni e desistenze, o addirittura di azioni auto-punitive (MORTATI 1975a, 4). Il fine non è più un mero stato psicologico contingente, soggetto a fluttuazioni arbitrarie, ma è divenuto il contenuto di una “norma di scopo”, capace di auto-vincolare nel tempo la propria stessa volontà al suo conseguimento.

Quando tutto questo accade, la volontà si “obiettiva” in una norma (MORTATI 2020, 37). Con questa espressione Mortati tenta di catturare un fenomeno complesso e variegato. Il contenuto della volontà viene bloccato in una rappresentazione astratta inscritta in memoria, che tende ad essere richiamata e a vincolare il proprio “volere futuro” (MORTATI 1975a, 5, nt. 1). Questa rappresentazione è suscettibile di essere comunicata ad altri, e usata anche da loro come criterio di valutazione del nostro comportamento. Questa rappresentazione, soprattutto, si aggancia ad uno sdoppiamento gerarchico della propria volontà: essa funziona infatti *in modo analogo* ad un comando, rivolto però a sé stessi⁹.

⁹ Mortati fa più volte riferimento, nel contesto di questa discussione allo “sdoppiamento” di chi «si pone come legislatore e giudice di sé stesso» (v. ad es. MORTATI 2020, 39; MORTATI 1975a, 4 s.).

Per esprimere tutto questo insieme di atteggiamenti e disposizioni in modo sintetico, parlerò semplicemente di “adesione al fine”.

L’adesione al fine può riguardare anche l’agire meramente individuale. Ma essa appartiene soprattutto a contesti di condivisione sociale di uno stesso fine. La condivisione di un fine comune fa emergere aspettative reciproche ed emozioni sociali, come sentimenti di lealtà e di appartenenza al gruppo, che alimentano un senso di obbligo e impegno, nei confronti degli altri membri del gruppo, al perseguimento del fine condiviso. Il fine non è più, in questo caso, solo una norma di scopo individuale, ma è divenuto una “legge oggettiva del gruppo”.

È proprio questa, mi sembra, la dinamica che sta sullo sfondo di questo passo de *La teoria del potere costituente*:

«il diritto non è veramente tale se non si presenti [...] quale volontà costante, cioè volontà fedele al fine da essa posto». Ma ciò può accadere «anche senza che si verifichi uno sdoppiamento sensibile fra l’autore della norma e il suo destinatario, allorché la trascendenza con cui si presenta l’interesse perseguito dal primo, rispetto alla limitatezza delle persone fisiche che lo pongono a fine della loro attività, fa sorgere in queste il sentimento dell’obbligo di osservare la norma, di escludere l’arbitrio che ostacolerebbe la soddisfazione dell’interesse stesso» (MORTATI 2020, 39).

5. Coordinazione normativa

5.1. La coordinazione costitutiva di un’organizzazione può anzitutto dipendere da meccanismi *automatici* – tendenze ad adottare regolarmente certi comportamenti in assenza di riflessione o sforzo di controllo volontario. In particolare, nelle organizzazioni umane, la coordinazione dell’azione riposa, in gran parte, su uno sfondo di automatismi non innati, ma *appresi* – come l’abitudine ad adottare, in modo irriflesso, i comportamenti appropriati al proprio ruolo, o un certo sfondo di emozioni e credenze implicite culturalmente plasmate (SEARLE 1995; BRIGAGLIA 2019, cap. 6).

Mortati non contesta la rilevanza di questo sfondo – a cui si riferisce nei termini di un accordo “spontaneo” nei comportamenti, o di una base di “omogeneità culturale”. Ma la caratteristica delle organizzazioni umane, insiste, è di fondarsi non *solo* su uno sfondo di automatismi, ma *anche* su norme e pressioni normative.

Del resto, la coordinazione basata su norme offre, rispetto a quella meramente automatica, un vantaggioso *trade-off* tra stabilità e flessibilità. Le norme, nella misura in cui motivano all’osservanza, tendono a stabilizzare, rendere regolare, l’adozione del comportamento prescritto. La stabilità è minore di quella garantita da una rete di automatismi condivisi e radicati (le norme, richiedendo sforzo di attenzione e controllo, sono molto più esposte al rischio di deviazioni rispetto a meri automatismi). Ma la minore stabilità è compensata da una molto maggiore flessibilità. Gli automatismi, infatti, si apprendono con lentezza, e resistono al cambiamento. Le norme, invece, possono essere apprese, modificate, eliminate con estrema rapidità.

Perché le norme possano dar vita ad una coordinazione stabile ma flessibile, non può ovviamente bastare che vi sia convergenza su un certo insieme di norme di condotta predeterminate. È necessario, invece, che vi sia convergenza su un criterio per individuare *nuove* norme. Convergenza significa che (nel complesso, e con margini di fallimento più o meno ampi), le norme appropriatamente collegate a quel criterio, e solo quelle norme, motivano stabilmente all’osservanza (prevalendo, in genere, su altre norme). Una norma che motiva stabilmente all’osservanza è, dirò, una norma “accettata”.

Per alcuni agenti, la convergenza si realizzerà in modo esplicitamente normativo: il criterio è una norma di secondo livello N_1 che loro accettano, e che gli prescrive di osservare le norme N appropriatamente collegate a N_1 . (Non è necessario che ciò valga per *tutti* gli agenti del gruppo.

È possibile che alcuni agenti accettino le norme N per ragioni diverse, che però convergono di fatto verso il criterio N₁. Di seguito mi concentrerò solo sulla convergenza che deriva dall'*accettazione* di un criterio comune. Ma va tenuto presente che le dinamiche di coordinazione possono essere diverse, e molto più complesse.)

Mortati ha in mente essenzialmente *due* tipi di criteri sui quali può crearsi convergenza.

Si può, anzitutto, convergere verso l'accettazione di uno stesso fine. Questa convergenza, se accompagnata da credenze condivise sulle relazioni causali rilevanti, tenderà a tradursi anche in una convergenza sui piani d'azione da mettere in atto in vista del fine, che saranno accettati come norme, la motivazione all'osservanza delle quali deriverà dal fine stesso. Questo è un criterio *sostanziale*: fra la norma e il fine c'è una relazione contenutistica, di tipo teleologico.

In secondo luogo, può crearsi convergenza sull'accettazione di qualcuno come "autorità" (grossomodo, qualcuno è accettato come autorità quando le norme da lui prodotte vengono accettate proprio in virtù del fatto che sono state da lui prodotte). Questo è un criterio *formale*, indipendente dal contenuto della norma prodotta. A sua volta, l'accettazione di quel soggetto come autorità potrà dipendere dalla convinzione che osservare le norme da lui prodotte sia necessario per raggiungere un fine condiviso, o sia necessario per evitare punizioni probabili in caso di violazione, oppure potrà dipendere dall'adesione all'autorità – cioè, da una motivazione intrinseca all'osservanza delle sue norme (MORTATI 2020, 140 s.).

5.2. Fatte queste premesse, è possibile ricostruire il modello attraverso cui Mortati rappresenta la formazione e il mantenimento di un ordinamento giuridico.

Un gruppo di individui, una "forza sociale", ha la volontà di perseguire un certo insieme di interessi, un fine comune, in vista di questo fine stabilisce un insieme di norme che regolano le attività sociali rilevanti in modo strumentale al suo raggiungimento, e riesce a far sì che, nel contesto di riferimento, queste norme siano, nel complesso, accettate – nei termini di Mortati, "mediamente obbedite". Una soglia critica di membri della forza sociale, inoltre, aderisce al fine: essi sono, cioè, intrinsecamente motivati a perseguire il fine, anche applicando pressioni normative per far sì che le attività sociali siano orientate verso di esso, e si sentono vincolati a restare fedeli al fine. Questa soglia di individui costituisce il "nucleo attivo" della forza sociale. L'adesione al fine di questo gruppo più ristretto garantisce la costanza del loro sforzo a supporto dell'organizzazione.

Perché questa complessiva strutturazione dell'attività sociale avvenga, devono darsi due condizioni. È necessario anzitutto che, nel contesto di riferimento, vi sia una distribuzione di potere tale da mettere la forza sociale che sostiene il fine, e in particolare il suo nucleo più attivo, in una posizione prevalente. Negli ordinamenti più semplici e a base volontaria, il potere potrà consistere soltanto nella capacità di leadership e convincimento, oltre che nella abilità nel mettere in atto forme "morbide", non coercitive, di pressione sociale. Negli ordinamenti politici, il potere includerà la disponibilità di mezzi di coercizione, ma anche di strumenti di controllo economico, di egemonia culturale, ecc.

In secondo luogo, è necessario che la forza sociale che sostiene il fine, e in particolare il suo nucleo attivo, agiscano in modo coordinato, siano cioè "organizzate". Negli ordinamenti più semplici, la coordinazione potrà limitarsi alla condivisione di una struttura organizzativa, normativamente supportata, in vista di un fine convergente. Negli ordinamenti più complessi, come gli ordinamenti politici, saranno invece necessarie forme di coordinazione esplicita, strutture e procedure decisionali, apparati organizzativi.

In ordinamenti più complessi, inoltre, le norme dell'organizzazione includeranno anche criteri formali, che attribuiscono a certi soggetti il potere di istituire nuove norme, o riservano ad essi il potere di accertare la violazione delle norme dell'organizzazione e di decidere della applicazione di sanzioni – le hartiane "norme secondarie". Nell'ottica di Mortati, però, i criteri formali

giocano sempre un ruolo subordinato: sono mezzi in vista di uno scopo ulteriore, il fine dell'organizzazione, che costituisce il criterio di valutazione dell'operato delle stesse autorità formali.

(Con gli opportuni adattamenti, si può immaginare facilmente un modello analogo per il mantenimento di un ordinamento giuridico già esistente.)

Ed ecco il punto centrale. Nel modello appena ricostruito, l'ordinamento esiste in quanto tale, come unità normativa teleologica, in virtù della "volontà" della forza sociale prevalente, e in particolare del suo nucleo più attivo. Questa volontà è, anzitutto, un fatto, un fatto psico-sociale complesso. Non è però un puro fatto, ma un fatto *normativo*, e cioè un «fatto che ha in sé la sua legge e le garanzie della sua persistenza nell'avvenire» (MORTATI 2020, 38). Sappiamo in cosa consista questa garanzia: la volontà della forza sociale prevalente è una volontà normativamente auto-vincolata al perseguimento del fine.

5.3. Mortati ritiene che il modello ricostruito sopra sia in grado di dar conto di *tutti* gli ordinamenti giuridici, qualunque sia il loro livello di complessità. A qualsiasi livello di complessità, dall'organizzazione di un club sportivo all'organizzazione dello stato, il collante dell'ordinamento è sempre lo stesso, e cioè, da un lato, una rete di processi psicologici di tipo normativo – accettazione di, o adesione a, norme e criteri per la loro identificazione e produzione, insieme all'esercizio di pressioni normative, più o meno penetranti – e, d'altro lato, l'ancoraggio di questi atteggiamenti e comportamenti normativi a una rete di relazioni di potere.

Prima di vedere come questo modello si applichi allo stato, è necessario preavvisare il lettore di una difficoltà. L'attribuzione ad un'entità collettiva, la forza sociale, della "volontà" normativamente strutturata di perseguire un certo fine, e della capacità di agire in modo coordinato in vista di esso, è, ovviamente, tanto più problematica quanto più complessa sia la forza sociale in questione – estremamente problematica quando si tratti della forza politica che dovrebbe sostenere un macro-ordinamento come lo stato moderno. Dietro l'apparenza di facile unità prodotta da un lessico intenzionalista che sfrutta analogie con la volontà individuale, c'è una rete infinitamente complessa di attitudini diverse, interessi parzialmente confliggenti, disaccordi, comportamenti conflittuali e non coordinati, ecc.

Allo stesso modo, dietro l'immagine di una realtà efficacemente plasmata dalla forza sociale, vi è un groviglio di situazioni di incertezza, di conflitto, di resistenza.

Chiedo al lettore, per il momento, di tenere questo problema sullo sfondo, e di accettare il lessico metaforico di Mortati. Nell'ultimo paragrafo tornerò sul punto, spiegando quali risorse (non so se sufficienti) la teoria di Mortati abbia per fronteggiare il problema.

6. Costituzione materiale

6.1. Gli stati moderni a struttura burocratica sono caratterizzati da una forte tendenza alla formalizzazione. L'edificio del diritto si presenta come un immenso apparato nomodinamico e autopoietico, in cui le norme che appartengono al sistema, e di cui si pretende l'osservanza, sono individuate non in base al loro contenuto, ma attraverso criteri formali: il fatto di essere espresse in documenti (o comunque attraverso atti comunicativi) che provengono da autorità ufficiali attraverso procedure ufficiali, a loro volta disciplinate da norme che soddisfano criteri formali. La stessa tendenza alla formalizzazione investe l'applicazione di sanzioni, soprattutto se coinvolgono l'uso della forza.

Ma, nell'approccio anti-formalista di Mortati, criteri formali, autorità ufficiali e norme formalmente prodotte – chiamiamolo "diritto ufficiale" – sono solo una parte, e nemmeno la parte principale, della struttura normativa dell'ordinamento statale. Il diritto ufficiale, infatti, non è in grado di supportare da solo la coordinazione complessiva delle attività sociali nella forma unitaria che fa di esse un vero e proprio ordinamento. In primo luogo, il diritto ufficiale è fatalmen-

te lacunoso. Il suo funzionamento è sempre affiancato da un network complesso di norme e pratiche normative non ufficiali che lo integrano e ne condizionano l'interpretazione. In secondo luogo, l'accettazione del diritto ufficiale, e dunque la sua effettiva capacità di regolare normativamente l'attività sociale, è subordinata al suo accordo di massima con pratiche normative non ufficiali profondamente radicate.

A queste due ragioni – cifra distintiva degli approcci anti-formalisti – Mortati ne aggiunge una terza: ciò che fa dell'eterogeneo network costituito dal diritto ufficiale e dal suo sfondo e completamento non ufficiale una struttura organizzativa unitaria, e ciò che mantiene stabile questa struttura, è il ruolo normativo svolto, di fatto, dal fine politico – una certa visione della “forma” da dare alla comunità, degli interessi e valori che devono prioritariamente essere soddisfatti nella, e attraverso la, vita associata¹⁰.

Il fine politico, però, non opera da solo, ma grazie al supporto di una forza politica portatrice del fine – gruppi di individui aggregati attorno al perseguimento di quel progetto politico – che, grazie alla propria azione coordinata e alla posizione di prevalenza in cui si trova, riesce a ottenere che le norme dell'organizzazione siano, nel complesso, accettate, motivino stabilmente all'osservanza.

La forza politica, come vedremo, può avere diversi livelli di organizzazione e integrazione. Ma la sua esistenza richiede sempre almeno due condizioni. La prima condizione è che vi sia una soglia critica di agenti rilevanti che accetta il fine come criterio normativo supremo, che (i) orienta, sulla base della riconducibilità o meno ad esso, la valutazione della legittimità o illegittimità di qualsiasi norma e pratica normativa dell'ordinamento, (ii) orienta normativamente l'attività di produzione, interpretazione e applicazione del diritto ufficiale, e (iii) ne giustifica la disapplicazione, o anche la sospensione di intere parti, quando ciò appaia necessario per il raggiungimento del fine.

La seconda condizione è che vi sia una soglia critica di agenti rilevanti che *aderisce* al fine, rendendo così stabile il suo ruolo di criterio normativo supremo, e con esso il mantenimento, nelle sue linee, dell'intera struttura organizzativa. In questo senso, il fine funziona come “auto-garanzia”: è il modo stesso in cui esso esiste nella struttura psicologica di una soglia critica di agenti rilevanti, la sua capacità di motivarli intrinsecamente, che garantisce il suo perseguimento.

Se si vuole, queste due condizioni possono essere rese abbastanza fedelmente in un lessico più familiare, come quello hartiano. La prima condizione è che il fine conti, per una soglia critica di agenti rilevanti (che non sono solo i “funzionari”), come norma di riconoscimento accettata. La seconda condizione è che una soglia più ristretta di agenti rilevanti accetti il fine *per convinzione*. “Rilevanti” significa, in questo contesto, posti in posizione di potere.

Nelle pagine iniziali de *La teoria del potere costituente*, Mortati riassume in modo molto chiaro questo insieme di idee:

«Perché uno Stato possa formarsi nel seno di una società [...] è necessario che nell'ambito di una comunità sociale, vivente su un certo territorio, si determini una distribuzione di forze [...] tale da consentire ad alcune di esse di esprimere una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita come obbligatoria [...] almeno entro certi termini di media obbedienza [...] La forza di cui si è parlato, perché possa dar vita ad uno Stato, deve divenire [...] capace di obiettivare la sua volontà, di sottrarla all'arbitrio, di sottoporla ad una norma, suscettibile di raccogliere in unità tutta l'infinita serie di rapporti sociali, determinando la rilevanza o il grado di rilevanza dei vari interessi della consociazione, quali sono intesi dalla potestà dominatrice» (MORTATI 2020, 36 s.; cfr. MORTATI 1940, 62 ss.).

Riassumendo: lo stato secondo Mortati è un network di norme, pressioni normative, e comportamenti da esse plasmati, il cui funzionamento complessivo e la cui trasformazione sono, di fat-

¹⁰ Sull'originalità di questa concezione teleologica dello stato v. FIORAVANTI 1990, 134.

to, governati normativamente da un fine politico unitario, che, per una soglia critica di agenti rilevanti, giustifica l'istituzione e la difesa di una struttura organizzativa volta al suo conseguimento, guida e giustifica le revisioni di quella struttura organizzativa a fronte di nuove circostanze, e fornisce il criterio interpretativo da impiegare per l'interpretazione, l'integrazione, la applicazione o disapplicazione, di tutte le norme dell'ordinamento¹¹.

6.2. Per indicare il fine politico, considerato nella sua capacità di fungere da “norma fondamentale” che regola efficacemente, nel complesso, il funzionamento dell'intera organizzazione autoritativa dello stato e di tutte le attività sociali rilevanti, trasformando una molteplicità eterogenea e multiforme di azioni e strutture in un'unità funzionale stabile, un vero e proprio stato, dotato di una specifica identità, Mortati ricorre – qualificandole espressamente come sinonimi (MORTATI 2020, 68) – a tre espressioni familiari del lessico giuridico politico: “regime politico”, “forma di Stato” e, soprattutto, “costituzione materiale”.

Il termine “costituzione” serve a indicare la capacità del fine di sostenere e orientare l'intera organizzazione, conferendole la sua specifica identità. Il termine “materiale” vale invece a marcare una serie di opposizioni polemiche verso concezioni della costituzione che Mortati rifiuta (ZAGREBELSKY 1989, 66). La costituzione, infatti, è *materiale* perché: (a) non consiste soltanto, né tanto, in un assetto di procedure e competenze, suscettibili di orientarsi verso qualsiasi contenuto, ma consiste, invece, in un nucleo di obiettivi contenutisticamente determinati, che vincolano l'attività delle autorità ufficiali; (b) non è solo una norma “presupposta”, che rende possibile *pensare* l'ordinamento come unità normativa, ma è, invece, una norma “positiva”, e cioè, nel lessico di Mortati, efficace, capace di informare, di fatto, la struttura e le dinamiche dell'ordinamento statale; (c) non consiste in un principio normativo “ideale”, ma in una norma radicata nella struttura motivazionale di una soglia critica di agenti rilevanti o “forze sociali”, e nella rete di relazioni di potere in cui si trovano inserite¹²; (d) non si identifica con il contenuto della costituzione formale, ma lo eccede, e può dissociarsi da esso.

Quest'ultimo punto richiede un approfondimento.

Il tipico assetto costituzionale dello stato moderno prevede la presenza di un documento normativo ufficiale, la costituzione formale, nella quale è contenuta la formulazione di un insieme di interessi che devono essere prioritariamente realizzati attraverso l'apparato autoritativo e l'intera organizzazione dei rapporti sociali, programmi di trasformazione a lungo termine della società, lineamenti della struttura organizzativa funzionale a questi obiettivi, e in particolare della organizzazione degli organi di vertice – la “forma di governo”. Ma le formulazioni della costituzione formale, avvisa Mortati, non riescono ad esaurire, e possono anche dissociarsi da, il fine politico effettivo, la costituzione materiale (MORTATI 1998, 115-123).

In primo luogo, il fine politico in cui consiste la costituzione materiale, secondo Mortati, non è un progetto esplicitamente definito in tutti i suoi dettagli, che possa essere catturato in una formulazione conclusiva. È uno schema orientativo, costituito da un nucleo essenziale di preferenze e orientamenti di fondo, che, da un lato, sono abbastanza vaghi da consentire di essere variamente specificati e riformulati, abbracciando nuovi interessi emergenti all'interno della comunità e nuove strutture organizzative rese necessarie dal mutamento delle circostanze, e, d'altro lato, sono abbastanza determinati da consentire, almeno in un ampio numero di casi, di contrapporre quel fine

¹¹ Sul ruolo del fine come criterio che vincola la discrezionalità di tutti gli apparati del diritto ufficiale v. ad es. MORTATI 1936. Sul ruolo del fine come giustificazione della sospensione di intere parti del diritto ufficiale, v. MORTATI 2020, 136. Un'ottima caratterizzazione dell'ordinamento mortatiano come network di poteri discrezionali coordinati dall'orientamento verso un unico fine si trova in FIORAVANTI 1990, 147. V. anche BERSANI 2007; DELLA CANANEA 2003, 329-331.

¹² Il termine “costituzione materiale”, dice Mortati, designa l'unità esistenziale del fine politico e delle forze che ne sono portatrici (MORTATI 1973, 7).

politico a fini diversi e incompatibili, e di discriminare fra ciò che costituisce una sua mera specificazione, adattamento o riformulazione, e ciò che è invece una vera e propria deviazione da esso (MORTATI 1998: 74, 117, 206). In virtù di ciò, il fine può funzionare come criterio che vincola la revisione della costituzione formale, discriminando fra aggiustamenti e riformulazioni legittime, e modifiche illegittime perché stravolgono il suo nucleo essenziale¹³.

In secondo luogo, non vi è una necessaria armonia fra il fine dichiarato nella costituzione formale, e quello effettivo della costituzione materiale. Può infatti accadere che il primo non riesca a mobilitare un sostegno sufficientemente intenso e durevole tra le forze sociali rilevanti, restando lettera morta, o che esso sia, sin dall'inizio, una mera copertura ideologica rispetto ai reali interessi della classe dominante (MORTATI 1975a, 406). Il tenore della costituzione formale fornisce solo *indizi* sul contenuto della costituzione materiale, che deve essere accertato anche attraverso fonti testuali diverse (dichiarazioni di partito, convenzioni tra forze sociali, ecc.) ma, soprattutto, attraverso una (in molti casi complessa, non univoca) analisi dei *fatti sociali* rilevanti: della struttura concreta della società e delle relazioni di potere, delle interpretazioni dominanti del diritto ufficiale, delle prassi costituzionali, dell'ideologia diffusa tra classi sociali che hanno accesso alle posizioni dominanti, ecc. (MORTATI 1998, 194 s.; MORTATI 1972a [1962], 143 s.).

6.3. Che il fine politico costituisca il criterio normativo supremo sulla base del quale valutare la legittimità o illegittimità di ogni componente dell'ordinamento non significa che il fine politico sia intrinsecamente “giusto”, conforme ad un ordinamento normativo ideale, né che vi sia il dovere morale di osservarlo. La normatività che pervade l'ordinamento è quella che oggi si chiama normatività “formale” (MCPHERSON 2011) o “istituzionale” (JOYCE 2001), relativa cioè ad una certa pratica o sistema normativo. “Legittimità” significa correttezza *dal punto di vista del fine politico*, e cioè dal punto di vista di una pretesa che ha avuto successo. Il successo della pretesa di regolazione in cui il fine consiste non crea alcun dovere morale di conformarsi ad essa. Crea soltanto un rafforzamento della pretesa – maggiori pressioni normative verso la conformità, e maggior soglia di agenti che accettano la pretesa, o aderiscono ad essa. È questo che Mortati intende dire quando insiste sulla relatività dei valori giuridici. (Il punto richiederebbe altro approfondimento, ma non è questa la sede.)

7. Potere costituente

La teoria del potere costituente sviluppata da Mortati è una diretta applicazione della concezione dello stato e della sua costituzione materiale ricostruita sopra.

C'è in realtà, nel modo di trattare questo concetto, uno scarto importante consumato nel passaggio da *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1940) a *La teoria del potere costituente* (MOR-

¹³ Il ruolo pervasivo che Mortati assegna alla costituzione materiale come principio (tras)formativo dell'intero ordinamento, dal funzionamento degli apparati pubblici alla regolazione delle attività private, richiama, per molti aspetti, quello che è stato individuato come il carattere centrale degli stati costituzionali contemporanei, il processo di “costituzionalizzazione” (GUASTINI 1998): «un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali», attraverso la diffusione di un insieme di pratiche e dottrine come l'applicazione diretta della costituzione da parte dei giudici, la sovra-interpretazione della costituzione, la sua applicazione ai rapporti tra privati. Analogamente, la “superlegalità costituzionale” della costituzione materiale, con la sua sottrazione alla potestà di revisione, richiama fortemente la dottrina del “nucleo immodificabile” della costituzione (su cui v. PINO 2010, 146 ss.). Ci sono, però, anche delle grandi differenze. Mentre questi processi, nel costituzionalismo contemporaneo, sono comunque ancorati al testo della costituzione formale, per Mortati se ne possono completamente sganciare. Per Mortati, inoltre, la validità della costituzione materiale non dipende né dal suo essere contenuta in un documento ufficiale, né dalla sua corrispondenza ad una morale (ritenuta) oggettiva, ma semplicemente dalla sua effettività.

TATI 1945). Sebbene questo scarto si dimostri, a conti fatti, puramente terminologico, è importante in quanto indizio della maturazione delle categorie di Mortati e della sua accresciuta sicurezza nell'applicarle.

Ne *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1998, 120), Mortati recepisce la nozione di potere costituente come potere di revisione costituzionale – o in alternativa, in una osservazione qui confinata in nota, come potere della nazione sovrana (Sieyès). Assumendo come punto di riferimento *questo* concetto di potere costituente – l'altro concetto, quello di Sieyès, nella sua prospettiva risulta già dissolto dalla considerazione che la “nazione” è un'entità inesistente – Mortati si preoccupa di distinguere da esso la nozione, da lui messa a punto, di volontà delle forze politiche dominanti orientata all'instaurazione di un certo regime politico (una certa forma di stato, o costituzione materiale). Il potere costituente *non* è la volontà delle forze politiche dominanti.

Ne *La teoria del potere costituente*, invece, Mortati non si sente vincolato da concetti preesistenti, e ridefinisce direttamente la nozione di potere costituente nei termini delle sue categorie:

«Potere costituente è precisamente la forza predetta, vista nel momento in cui si ordina, nel momento in cui, dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica, determini una differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, instauri rapporti di comando e obbedienza [...]

Potere costituente è il termine che designa il lato attivo di questo processo di differenziazione, quello da cui deriva l'idea politica posta come centro di unificazione dei comportamenti, nonché l'apparato autoritario destinato a presidiarla.

Il potere costituente, nel momento stesso in cui si afferma come tale, nel momento in cui riesce a determinare la convinzione diffusa circa la sua idoneità ad attuare l'ordine del quale esso è portatore [a ottenere regolare osservanza], si identifica con lo Stato, diviene già esso stesso Stato» (MORTATI 2020, 37).

Qui, ormai, il potere costituente indica direttamente la formazione dello stato come ordinamento giuridico: o l'intero processo di emersione e strutturazione di una forza politica dominante, portatrice di un certo fine politico, o il nucleo più “attivo” di questo processo, quello immediatamente connesso all'elaborazione del progetto istituzionale e la creazione, o la presa di possesso, di un apparato autoritativo volto ad attuarlo e garantirlo. In questo nuovo assetto dei concetti, il potere costituente è la volontà delle forze politiche dominanti.

Una volta pervenuto a questa ridefinizione, Mortati, facendo leva sulla rappresentazione della volontà della forza dominante come fatto normativo, si sbarazza con pochi tratti di penna della questione della natura giuridica o meramente fattuale del potere costituente. La volontà della forza politica, dal momento in cui esiste come tale, è giuridica perché normativamente vincolata. È, appunto, un “fatto normativo”.

Anche la questione del momento in cui lo stato viene ad esistere, e del suo ambito di esistenza, è liquidata come poco significativa, banale. Lo stato esiste dal momento e nello spazio in cui la volontà della forza politica riesce, attraverso l'uso di un proprio apparato coercitivo o attraverso il controllo del vecchio apparato statale, ad ottenere, nel complesso, osservanza. Non vi è invece ancora stato quando si siano solo create le condizioni per l'emersione di una forza politica, né quando la sua pretesa sia ancora inefficace. E non vi è stato nemmeno dove questa pretesa sia rimasta inefficace, e cioè in zone del territorio che la forza politica pretende di organizzare secondo il suo progetto, ma che non sono sotto il suo controllo (MORTATI 2020, 38).

Nelle pagine successive, la nozione così ridefinita di potere costituente diventa lo strumento per ribadire e difendere, a proposito dei mutamenti di regime, la sua concezione anti-formalistica della costituzione materiale. Se si ammette

«che ogni singolo Stato non viene ad esistere se non per il determinarsi di un principio organizzativo specifico [la costituzione materiale], che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli

appartenenti ad esso, e cioè il predominio di certe forze, le quali riescono ad imporre una propria concezione dell'ordine associativo ed a coordinare intorno ad essa tutta la serie delle relazioni sociali, allora si deve concludere che il mutamento dello Stato si ha tutte le volte che al posto di un principio organizzativo ne subentri un altro» (MORTATI 2020, 51).

Si ha dunque esercizio di potere costituente ogni volta che, al di là delle procedure applicate e degli organi che ne sono protagonisti, si ha non solo l'instaurazione *ex novo* di uno stato, ma anche un mutamento della costituzione materiale o regime di uno stato preesistente, pur nel permanere di altri suoi elementi – territorio, popolazione, e, spesso, buona parte del precedente diritto ufficiale.

Muovendo da questa premessa, Mortati traccia, col suo consueto spirito sistematico, una tassonomia coerente, che ridisegna categorie problematiche e controverse del diritto pubblico (MORTATI 2020, 46 ss.).

La tassonomia è costruita su una coppia di opposizioni: la prima opposizione è tra, da un lato, mutamento della costituzione materiale (o regime, o forma di stato), e cioè esercizio del potere costituente, e, d'altro lato, la conservazione o difesa della costituzione materiale; la seconda opposizione è tra, da un lato, processi portati avanti da organi di vertice dell'apparato statale, nel rispetto o in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, e, d'altro lato, processi portati avanti da forze esterne all'apparato statale o ai suoi vertici. L'applicazione di questa tassonomia genera le seguenti figure.

Mutamento legale della forma di stato: nel rispetto delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, si procede ad un mutamento della costituzione materiale, portato avanti da una forza politica che subentra alla forza prima dominante. È un esercizio legale (sulla base della legalità della costituzione formale) di potere costituente. L'esempio, ovvio, è la presa del potere dei nazisti, e in particolare il decreto dell'incendio del Reichstag (*Verordnung der Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, o “*Reichstagsbrandverordnung*”) del 28 febbraio 1933 e, poche settimane dopo, l'approvazione della legge dei pieni poteri (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, o “*Ermächtigungsgesetz*”) del 24 marzo 1933. Con questi atti la costituzione formale weimeriana non è invalidata, ma solo sospesa, mentre l'assetto delle competenze è completamente stravolto, in vista della instaurazione di un regime radicalmente diverso, una nuova costituzione materiale.

Revisione della costituzione: nel rispetto delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, vengono modificate parti della costituzione formale che non incidono sulla costituzione materiale, o non al punto da trasformarla – sono meri sviluppi del fine politico, che non stravolgono il suo nucleo essenziale.

Colpo di stato: in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, organi di vertice dell'apparato statale ne prendono il controllo, allo scopo di sovvertire la costituzione materiale. È un esercizio illegale e “top-down” di potere costituente.

Stato di eccezione: in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, organi di vertice dell'apparato statale agiscono in difesa della costituzione materiale vigente. È una difesa “top-down” della costituzione materiale, illegale (sulla base della costituzione formale) ma legittima (sulla base della costituzione materiale)¹⁴.

Rivoluzione: forze estranee all'apparato statale, o comunque ai suoi organi di vertice, rovesciano il regime vigente allo scopo di mutare la costituzione materiale. È un esercizio illegale e “bottom-up” di potere costituente.

Diritto di resistenza: forze estranee all'apparato statale, o comunque ai suoi organi di vertice, intervengono, al di fuori delle forme previste dal diritto ufficiale, in difesa della costituzione

¹⁴ Sullo stato di eccezione, v. anche MORTATI 1931, 133-148; MORTATI 1972a [1962], 195 ss.; MORTATI 1998, 152-155. Una ricostruzione generale delle idee di Mortati sul punto si trova in CARLASSARE 1990.

materiale vigente, contro tentativi di suo sovvertimento, che possono essere portati avanti anche da organi di vertice dell'apparato dello stato. È una difesa “bottom-up” della costituzione materiale, illegale (sulla base del diritto ufficiale) ma legittima (sulla base della costituzione materiale). (Questa figura in realtà non è menzionata ne *La teoria del potere costituente*, ma emerge dalla tassonomia su indicata, ed è comunque inquadrata, esattamente in questi termini, in altri lavori – v. MORTATI 1975b, 32 s.; MORTATI 1976, 1245 s.).¹⁵

La sussunzione di eventi costituzionali concreti sotto una delle categorie su indicate può essere una questione difficile – la differenza tra mutamento della costituzione materiale o sua mera revisione è un fatto di grado (MORTATI 2020, 58) –, e può essere resa ancora più sfuggente dalla copertura ideologica che spesso l'azione di sovversione cerca nei valori dell'ordinamento precedente, che però ha intenzione di sovvertire – tipicamente, il colpo di stato viene presentato come stato di eccezione.

Per quanto sfumate in concreto, le categorie sono però, in astratto, chiare, e consentono quanto meno di distinguere casi paradigmatici. Così, ad esempio, l'azione del Generale Pinochet in Cile, per quanto presentata come difesa dell'assetto costituzionale contro i tentativi eversivi imputati al Presidente Allende, anche se fosse stata avviata in buona fede (certamente non lo era), è un'istanza chiara di colpo di stato, essendosi tradotta nella profonda trasformazione dell'equilibrio di poteri e della forma di stato precedentemente vigente. (Tipicamente, un colpo di stato è giustificato dalla necessità di difendere la “costituzione”, intesa come mantenimento dell'ordine e dell'unità politica, contro il pericolo di una guerra civile; ma, direbbe Mortati, il mero mantenimento dell'ordine e dell'unità politica non fa una costituzione materiale, e, di fatto, raramente chi si erge a suo difensore cede il potere una volta ripristinato l'ordine, ma avvia piuttosto un processo di trasformazione volto al suo mantenimento).

8. Sfocature

8.1. Possiamo adesso tornare, in conclusione, sul problema lasciato in sospeso sopra (§ 5). L'idea che l'ordinamento giuridico sia il prodotto della volontà, auto-vincolata normativamente, di forze sociali prevalenti, che riescono a organizzare un campo di attività orientandolo ad un certo fine, può forse funzionare se riferito a micro contesti sociali. Ma può essere esteso anche a macro-contesti, come quelli degli stati moderni?

Questa difficoltà ha almeno due versanti. Il primo versante riguarda la nozione di “volontà”. Mortati la costruisce con riferimento a processi psicologici di individui, estendendola poi a entità collettive. Ma se è forse (e solo forse) chiaro in che senso un gruppo ristretto di individui possa essere portatore di una volontà comune, non è affatto chiaro come possa esserlo una macroforza sociale come quella operante in uno stato. Si tratta di una estensione metaforica del concetto di volontà. Ma è una metafora accettabile?

Il secondo versante riguarda la riduzione della complessità e variabilità della vita di un ordinamento complesso come uno stato sotto le linee di un “fine” unico, un progetto unitario e coerente. È una riduzione credibile?

Non si tratta di problemi che affliggono esclusivamente la teoria di Mortati. L'estensione dei concetti intenzionali che siamo abituati a usare per spiegare l'azione individuale a macro-dinamiche sociali è una pratica diffusissima e, direi, irresistibile – è uno dei pochi modi attraverso i quali il mondo sociale può apparire (anche se forse solo ingannevolmente) comprensibile. Ma il problema è particolarmente grave per Mortati, perché il suo modello è *interamente fondato* su un'idea di volontà collettiva che pretende di catturare *reali fenomeni psico-sociali*. Nel suo caso,

¹⁵ V. sul punto CARLASSARE 1990, 490; CERVATI 1990, 456 ss.; SERRA 2017.

l'ascrizione di volontà a una entità collettiva non è una metafora innocua, né una *black box* che si limita a segnalare un fenomeno ignoto, ma è un vero e proprio tentativo di spiegazione.

Non sono sicuro che, in ultima analisi, i problemi siano risolvibili. Credo però che, raccogliendo vari spunti sparsi da Mortati, e tendendo conto dell'evoluzione complessiva del suo pensiero, il suo modello possa essere interpretato in un modo che, quanto meno, tempera le difficoltà.

Riguardo al primo problema, l'interpretazione che propongo è la seguente. Ad un macro-gruppo G può essere attribuita la volontà di un fine P se: (i) G ha un livello di organizzazione, quale che sia la sua forma, tale da far sì che le azioni dei suoi membri siano, nel complesso, sufficientemente simili a quelle di un individuo portatore di quella volontà; (ii) c'è, nel complesso, una convergenza sufficiente fra P e la volontà individuale dei membri di G (i fini perseguiti dai membri di G sono, nel complesso, sufficientemente prossimi a P, e la volontà individuale di una soglia critica di essi ha la appropriata struttura normativa); (iii) G agisce, nel complesso, in vista di P, *proprio perché*, nel complesso, la volontà dei suoi membri converge verso P. La condizione (i) rende esplicita l'analogia con la volontà individuale, ma le condizioni (ii) e (iii) ancorano la legittimità del ricorso a questa analogia all'*effettiva* esistenza di volontà individuali dal contenuto appropriato.

Alla luce di questa interpretazione, la coordinazione e l'integrazione della forza sociale diventano chiaramente questioni di grado. Ad un estremo, vi saranno casi in cui la forza sociale ha un alto grado di coordinazione (ottenuto nei modi più vari), ed è portatrice di fini con un alto grado di integrazione (al suo interno, conflitti e divergenze sono molto meno significativi delle convergenze). All'altro estremo, vi sono casi in cui la coordinazione e l'integrazione della forza sociale sono al minimo compatibile con l'attribuzione di una volontà collettiva (tipicamente, casi in cui la forza sociale è attraversata da conflitti di interesse profondi, solo precariamente contenuti). Fra i due estremi, vi è un variegato spettro di situazioni intermedie.

Quest'ultima considerazione vale anche per rispondere al secondo problema. L'integrazione della società in un ordinamento unitario è questione di grado, e il grado dipende dalla maggiore o minore integrazione della forza politica, e dal suo maggiore o minore grado di successo.

8.2. Una forza politica *più o meno* coordinata e *più o meno* integrata. Una costituzione materiale *più o meno* effettiva, e *più o meno* definita e leggibile. È proprio questo l'arco lungo il quale si svolge l'evoluzione del pensiero di Mortati.

Nella prima fase del suo pensiero¹⁶, che va dagli anni trenta alla caduta del fascismo, egli tratta la forza politica come un'entità fortemente coordinata e altamente integrata. Il suo paradigma è il partito di massa di stampo leninista, che poggia su una classe mobilitata attorno ad un nucleo di interessi essenziali apertamente incompatibili con quelli di classi contrapposte, ed è guidato da una élite altamente organizzata e centralizzata. Non è affatto strano che, in questa fase, egli scelga proprio di chiamare "partito" la forza politica stessa, al di là della sua organizzazione parlamentare. E del partito, pur segnalando la possibilità di divisioni in "fazioni" (MORTATI 1998, 72 s., 102 s.), quello che Mortati mette in primo piano è l'*unità*. L'esperienza degli stati a partito unico e totalitari, inoltre, lo mette di fronte ad assetti caratterizzati da una costituzione materiale quanto più univoca, e con un alto grado di effettività. La stessa integrazione, univocità e leggibilità egli attribuisce, con sguardo retrospettivo, anche allo stato liberale mono-classe – la costituzione materiale borghese per eccellenza.

Le vicende costituzionali italiane – che egli visse dall'interno, prima come deputato all'Assemblea Costituente e poi come giudice della Corte costituzionale¹⁷ – lo misero di fronte ad assetti che sfuggivano alla nettezza di tratti dei prototipi iniziali.

¹⁶ Seguo qui la periodizzazione proposta da DOGLIANI 1994, 332-343. Per una ricostruzione più dettagliata del rapporto fra gli sviluppi delle idee di Mortati ed i mutamenti del contesto politico-sociale italiano rinvio a BRIGAGLIA 2021, par. V.

¹⁷ Su Mortati deputato all'Assemblea Costituente e giudice della Corte Costituzionale v. rispettivamente BRUNO

La seconda fase del suo pensiero va dalla fine della guerra alla fine degli anni cinquanta. La situazione con cui si confronta, qui, è quella del compromesso costituzionale tra forze portatrici di interessi conflittuali, ma alleate nella lotta al fascismo, e capaci di convergere verso un progetto condiviso. Qui il livello di integrazione delle forze politiche è molto minore, le linee dei vecchi conflitti sono ancora salienti, e minore è anche il livello di coordinazione – non una struttura unitaria, ma molteplici strutture che trovano modalità di coordinazione attraverso il lavoro di redazione della costituzione formale, le dinamiche parlamentari, e il faticoso mantenimento del compromesso sociale nel conflitto di classe. *La costituente* (1945) – di cui *La teoria del potere costituente* è la prima parte – è il saggio più rappresentativo di questa fase (ma v. anche, ad es., MORTATI 1972c [1952], 107). Qui il termine “partito”, a rimarcare il minor livello di integrazione e coordinazione, cede il passo alle “forze sociali”, che possono anche non essere unitarie. Ecco un passo emblematico:

«La formazione del nuovo stato «può derivare da forze sociali unitarie nella loro composizione e che si presentano quale unico soggetto, perché portatrici di uno stesso interesse e rappresentative di un unico centro di unità politica, oppure risultare dall'accordo di forze distinte fra di loro, le quali si incontrano, precisamente nel campo dell'attività costituente, nel determinare i punti di confluenza dei vari interessi suscettibili di dar luogo ad un assetto stabile, ad una pacifica convivenza sulla base dei principi concordati in comune» (MORTATI 2020, 63)¹⁸.

La terza (e ultima) fase del suo pensiero va dai primi anni sessanta alla metà degli anni settanta. Questa fase si apre con una svolta terminologica, nelle *Dottrine generali sulla costituzione* (MORTATI 1972a [1962], la prima parte della voce *Costituzione* redatta per l'Enciclopedia del diritto). Qui la forza politica è designata come “classe governante”, e questa scelta terminologica vale a indicare una composizione molto più fluida, una coordinazione più lasca, una rete di accordi contingenti fra «i gruppi detentori delle varie posizioni che di fatto sono capaci di assicurare un predominio (il possesso delle armi, o del suolo, o di beni mobili, o di quello che può chiamarsi patrimonio spirituale, costituito da valori religiosi e culturali)» (MORTATI 1972a [1962], 130). E, ancora, un livello di integrazione relativamente basso: «la “classe” non può essere considerata quale blocco unitario e compatto, risultando invece composta da più ceti (o sottoclassi), che possono trovarsi anche in lotta fra loro» (MORTATI 1972a [1962], 133). Se, da un lato, questa struttura è simile a quella del partito, diviso in fazioni, della prima fase, l'enfasi è invece molto diversa: non tanto sulle linee di coesione, ma sulle linee di divisione che la minacciano¹⁹.

Anche la visibilità della costituzione materiale, in questa fase, si affievolisce: l'affidabilità dei programmi politici pubblici come indizio dei reali interessi perseguiti è messa ripetutamente in questione (MORTATI 1975a, 406).

È proprio nelle *Brevi note* che, al culmine di questo processo di sfocatura dell'ordine, Mortati si confronta con la possibilità di una costituzione materiale ancora meno integrata di quella, compromissoria, della sua seconda fase – una costituzione materiale in cui il compromesso non è più il tentativo di integrazione che occupava la scena trent'anni prima, ma una mera dilazione, che si scompone in una costellazione di poteri conflittuali la cui integrazione e coordinazione è estremamente flebile, al bordo della disgregazione nel disordine:

1989 e CARUSI, PIZZORUSSO 1989.

¹⁸ Si confronti anche il passo di Mortati 2020, 36 s. (citato per esteso sopra, § 6), con un passo parallelo di 5 anni prima (MORTATI 1940, 62 ss.). I passi sono quasi identici. Ma mentre in quest'ultimo si parlava di “forza”, al singolare, nel primo si parla di “forze”, al plurale.

¹⁹ Sul passaggio dal “partito” alla “classe”, v. BARTOLE 1990, 526 s.; ZAGREBELSKY 1998, XXIX s.; VOLPE 2000, 119-124; BRIGAGLIA 2006, 206 s.

«Il vero problema è quello di stabilire quale senso sia da dare alla costituzione materiale negli ordinamenti contemporanei dell'Europa occidentale, sorti da accordi fra parti rappresentative di interessi fra loro gravemente divergenti, ed anzi in conflitto latente, e che hanno assunto carattere compromissorio, avendo esse voluto evitare di procedere a scelte in ordine alla grande alternativa che si poneva fra la conservazione dell'ordine sociale borghese e quello socialista, il che ha condotto ad operare una giustapposizione di proclamazioni interpretabili nell'uno e nell'altro senso» (MORTATI 2020, 149).

«È chiaro che se la spinta proveniente dai presupposti del principio democratico e dell'assetto economico riuscirà ad avere ragione delle resistenze opposte agli svolgimenti ad essi corrispondenti, realizzando un lineare processo dinamico di integrazione, allora la costituzione materiale riuscirà a trovare la base unitaria, l'omogeneità di cui abbisogna. Se altrimenti dovesse avvenire, la costituzione compromissoria si dissolverebbe nell'urto informale delle parti contrapposte, al cui esito sarebbe poi da affidare il conseguimento di un nuovo ordine» (MORTATI 2020, 151)²⁰.

Siamo ormai ai margini estremi dell'ordine di Mortati.

²⁰ V. anche, in termini quasi identici, MORTATI 1975a, 37 s.

Riferimenti bibliografici

- BALBONI E. 1989. *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 157 ss.
- BARTOLE S. 1990. *Giudici, funzione giurisdizionale e interpretazione del diritto: glosse ad alcuni testi di Costantino Mortati*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 511 ss.
- BERSANI C. 2007. *Appunti su Amministrazione e Costituzione in Costantino Mortati*, in GALIZIA M. (ed), *Forme di stato e forme di governo: Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, 141 ss.
- BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica.
- BRIGAGLIA M. 2021. *The Will to Order. In Conversation with Mariano Croce and Marco Goldoni on Costantino Mortati's Account of the Legal Order and the Material Constitution*, in «Italian Law Journal», 7, 2, 2021, 557 ss.
- BRUNO F. 1989. *Costantino Mortati e la Costituente*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 135 ss.
- CARLASSARE L. 1990. *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 479 ss.
- CARUSI V., PIZZORUSSO A. 1989. *Mortati e la Corte Costituzionale*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 205 ss.
- CATANIA A. 1987. *Carl Schmitt e Santi Romano*, in ID., *Il diritto tra forza e consenso*, Edizioni scientifiche italiane, 135 ss.
- CATANIA A. 2001. *Mortati e Schmitt*, in CATELANI A., LABRIOLA S. (eds), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, 109 ss.
- CERVATI A.A. 1990. *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 417 ss.
- CROCE M., GOLDONI M. 2020. *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University Press.
- DELLA CANANEA G. 2003. *Mortati and the Science of Public Law: A Comment on La Torre*, in JOERGES C., SINGH GHALEIGH N. (eds), *Dark Legacies of Law in Europe*, Hart Publishing, 321 ss.
- DOGLIANI M. 1994. *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino.
- FIORAVANTI M. 1990. *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 45 ss.
- GOLDONI M. 2019. *From Structure to Integration: The Trajectory of the Material Constitution*, in Join C. (ed), *La constitution matérielle de l'Union européenne*, Pedone, 29 ss.
- GOLDONI M., WILKINSON M.A. 2018. *The Material Constitution*, in «The Modern Law Review», 81, 4, 2018, 567 ss.
- GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ss.
- HAIDT J. 2012. *The Righteous Mind. Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, Penguin.
- HATCH M.J. 2011. *Organizations. A Very Short Introduction*, Oxford University Press.

- JOYCE R. 2001. *The Myth of Morality*, Cambridge.
- KELSEN H. 1945. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press.
- MCPHERSON T. 2011. *Against Quietist Normative Realism*, in «Philosophical Studies», 154, 2, 223 ss.
- MERLINI S. 1989. *Sovranità popolare e partiti politici. Una difficile riflessione sulla democrazia contemporanea*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 185 ss.
- MICHAEL J., SEBANZ N., KNOBLICH J. 2016. *The Sense of Commitment: A Minimal Approach*, in «Frontiers in Psychology», 2016, 6.
- MORTATI C. 1940. *La costituzione in senso materiale*
- MORTATI 1952. *Istituzioni di diritto pubblico. Seconda edizione interamente rifatta*, CEDAM.
- MORTATI C. 1972a. *Raccolta di scritti. Tomo I*, Giuffrè.
- MORTATI C. 1972b. *Raccolta di scritti. Tomo II*, Giuffrè.
- MORTATI C. 1972c. *Raccolta di scritti. Tomo III*, Giuffrè.
- MORTATI C. 1973. *Le forme di governo*, CEDAM.
- MORTATI C. 1975a. *Istituzioni di diritto pubblico. Nona edizione rielaborata e aggiornata. Tomo I*, CEDAM.
- MORTATI C. 1975b. *Commento all'articolo uno della Costituzione*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12: principi fondamentali*, Zanichelli, 1-50.
- MORTATI C. 1976. *Istituzioni di diritto pubblico. Nona edizione rielaborata e aggiornata. Tomo II*, CEDAM.
- MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.
- MORTATI C. 2000. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè.
- MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- ROMANO S. 2018. *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet (ristampa dell'edizione del 1946).
- SCHMITT C. 1922. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, Duncker & Humblot.
- SCHMITT C. 1928. *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot.
- SCHMITT C. 1972. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, il Mulino, 245-275 (versione rivista, in occasione della traduzione italiana, del saggio *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlangsanstalt, 1934).
- SEARLE J. 1995. *The Construction of Social Reality*, Penguin.
- SERRA T. 2017. *Il "diritto di resistenza" in Costantino Mortati*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma - 14 dicembre 2015*, 141 ss.
- TOMASELLO M. 2020. *The Moral Psychology of Obligation*, in «Behavioral and Brain Sciences», 43, 56, 2020, 1 ss.
- VOLPE G. 2000. *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza.
- ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.
- ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, VII-XXXVIII.