



## MORTATI E LA “LEGISLATURA COSTITUENTE” \*

di Fulco Lanchester \*\*

SOMMARIO: 1. L'occasione del Convegno. — 2. Mortati e il potere costituente. — 3. Il periodo costituzionale transitorio - provvisorio. — 4. Mortati e i limiti della revisione costituzionale. — 5. La riemersione del potere costituente. — 6. Conclusioni.

### 1. L'occasione del Convegno

L'occasione di questo Convegno è descritta in maniera sintetica nel *dépliant* di invito distribuito. Siamo a trenta anni dalla scomparsa di Costantino Mortati (1985), il maggior rappresentante dell'indirizzo realistico nel diritto costituzionale italiano, e a settanta dalla pubblicazione della sua prima monografia del secondo dopoguerra <sup>1</sup>. Entrambi gli anniversari sollecitano da un lato a ripensare alla vicenda mortatiana nell'ambito della storia della Costituzione repubblicana e del costituzionalismo italiano, dall'altro ad approfondire – proprio nel momento in cui si parla di legislatura costituente – il tema relativo alla revisione costituzionale e dei limiti posti alla stessa.

L'articolazione del Convegno si sofferma su temi teorici e pragmatici relativi all'argomento principale del potere costituente e dei limiti alla revisione costituzionale, e, anche attraverso l'approfondimento di aspetti particolari della vicenda intellettuale di Mortati, cerca di chiarirlo alla luce dell'attuale situazione “storico-spirituale”. A questo fine ricordo che presso la Fondazione Galizia si sta catalogando l'Archivio Mortati, lasciato in legato – come la biblioteca – a Mario Galizia e a Vittoriana Carusi, che desidero ringraziare in questa sede in modo affettuoso, e il dottor Roberto D'Orazio della Camera dei deputati fornirà indicazioni preziose sulla consistenza e l'articolazione del materiale in esso contenuto <sup>2</sup>. I documenti, che sono in via di riordino, offrono, assieme alla biblioteca e agli estratti a lui inviati dalla dottrina italiana nel corso di circa mezzo secolo (donati dal 1987 al Dipartimento di Teoria dello Stato della Facoltà di Scienze politiche e poi catalogati nel 1994/95) un panorama importante per

\* Relazione al Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015. Gli Atti completi, contenenti tutti gli interventi presentati al Convegno, saranno pubblicati all'interno della Collana “Quaderni di Nomos” per i tipi della casa editrice Giuffrè.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

<sup>1</sup> V. C. Mortati, *La Costituente*, Roma, Darsena, 1945 (ora in idem, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. I, pp. 3 ss.).

<sup>2</sup> V. R. D'Orazio, *L'Archivio Mortati: prime considerazioni*, in questo fascicolo.

comprendere meglio evoluzione e rapporti nel mondo costituzionalistico italiano del periodo 1930-1970 ed una ulteriore chiave di lettura per la storia costituzionale italiana e per la storia della Costituzione repubblicana nella sua prima fase.

In questa introduzione ai generale chiarirò in modo sintetico entrambe le dorsali del Convegno, lasciando aperte le conclusioni. Cercherò di evidenziare:

- in primo luogo come per Mortati, figlio dello Stato accentrato ottocentesco e nello stesso tempo aperto alle trasformazioni incrementali che questo subisce con l'ingresso delle masse, il potere costituente sia praticamente limitato dalle condizioni reali di contesto interno ed internazionale;

- in secondo luogo come, dal punto di vista normativo, per Mortati esistano precisi elementi di limite implicito ed esplicito alla revisione costituzionale derivanti dai principi e dai valori costituzionali, che si connettono con il regime istituito dalla forza o dalle forze che si pongono alla base dell'ordinamento;

- in terza istanza che, nel secondo dopoguerra, la prospettiva mortatiana, nata all'interno di un ordinamento statutale in cui il ruolo attivo veniva esercitato dai poteri Legislativo ed Esecutivo, si apre progressivamente all'intervento incisivo degli organi di controllo e di stimolo rappresentati dall'opinione pubblica e dalla giurisdizione.

Da un'analisi prospettica di storia costituzionale e di storia della Costituzione repubblicana il suo contributo non può essere ipostatizzato, ma deve essere analizzato in maniera dinamica sulla base delle trasformazioni intense degli ordinamenti contemporanei, che investono sia lo Stato sociale che la stessa democrazia rappresentativa. L'implicita elasticità delle costituzioni rigide, nel caso italiano implementata dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 11 della Costituzione e dalla trasformazione intensa dei soggetti politicamente rilevanti, rischia tuttavia di giungere a punti di snervamento e di rottura, di cui gli attori e gli interpreti devono essere consapevoli.

## 2. Mortati e il potere costituente

Non è la prima volta che la dottrina costituzionalistica si trova a dibattere i temi del potere costituente e della revisione costituzionale, ma oggi il momento è singolarmente rilevante per l'argomento ed opportuno seguirlo, anche sulla base della traccia segnata da Mortati. In Italia il potere costituente nel periodo liberale oligarchico era sempre stato considerato con estremo sospetto come elemento palesemente sovversivo e destabilizzante<sup>3</sup>. La crisi di partecipazione derivante dall'allargamento del suffragio (1912) e dalla modifica del sistema di trasformazione

---

<sup>3</sup> Fa eccezione significativamente l'analisi di G. Zanardelli, *Studi sulla sessione parlamentare, 1861-1862*, Brescia, Apollonio, 1863, strettamente collegata a quella "specie di Costituente italiana" del primo parlamento cui «era affidato tutto quell'ordinamento civile e militare in cui, più che ne' pochi articoli di un patto sempre docile e flessibilissimo, si adempie e concretasi la libertà, la potenza, la vita interna ed esteriore di una nazione» (p. 2). Le dispense di Zanardelli, non presenti in Italia in alcun catalogo, non sono soltanto utili per la individuazione della posizione della dottrina statutaria classica, ma anche per la profonda conoscenza delle teorie e degli esempi alternativi (pp. 34 ss.). Per un'analisi approfondita della questione in chiave diacronica (ma manca appunto Zanardelli), si rinvia ora a P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, *passim*.

dei voti in seggi (1919) lo aveva portato in modo implicito all'attenzione più generale <sup>4</sup>, mentre il compromesso monarco-fascista post-1922 apparentemente lo aveva ibernato con un falso ritorno allo Statuto <sup>5</sup>. Già negli anni Venti il dibattito sulle riforme incrementali del regime aveva però evidenziato la realtà di un ordinamento che stava smontando l'impalcatura flessibile dello Statuto <sup>6</sup> addivenendo ai limiti della elasticità dello stesso e ponendo in maniera concreta il tema del potere costituente con la discussione del compromesso precedentemente citato <sup>7</sup>.

Nel volume del 1945 Mortati affronta l'argomento nella versione democratica rappresentata dalla convocazione della Assemblea costituente, nella esplicita consapevolezza che il potere costituente, quel terribile strumento di ristrutturazione straordinaria degli assetti di potere e di diritto, potesse essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell'ambito di un auspicato "compromesso efficiente" (su cui si v. rel. Mortati nel corso della Commissione Forti). In quel periodo Egli seguì in modo attento e da protagonista lo svolgersi di quello che Vincenzo Gueli chiamerà il *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio* <sup>8</sup>, in un volume cui cooperò come giovane assistente anche Leopoldo Elia.

Come è noto, Mortati aveva iniziato la sua produzione scientifica nel 1931, pubblicando la tesi discussa con Rossi e Panunzio nel 1929 <sup>9</sup>; aveva proseguito nel 1936 con il volume su *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* <sup>10</sup>, per poi produrre *La costituzione in senso materiale* nel 1940 <sup>11</sup>. Queste tre opere evidenziano il modo originale in cui Mortati riesce a sintetizzare gli elementi caratterizzanti la scuola giuspubblicistica italiana. Si badi bene, non ho detto "scuola giuspubblicistica nazionale" ma "italiana", ricomprendendo in essa sia la corrente giuspositivistica che quella storico-politica. In Mortati e nella giovane dottrina costituzionalistica degli anni Trenta si possono, infatti, trovare da un lato gli elementi fondamentali del giuspositivismo orlandiano fino ad arrivare all'istituzionalismo romaniano, dall'altro la consapevolezza della natura specifica del diritto costituzionale, condizionato dalla politica.

Non soltanto Mortati consapevole della esistenza della cosiddetta "zona grigia" del diritto costituzionale in cui il politico ed il giuridico si condizionano, ma considera fondamentale tenere in debito conto la condizione dello Stato di massa <sup>12</sup>.

<sup>4</sup> V. T. Tittoni, *Conflitti politici e riforme costituzionali*, Bari, Laterza, 1919; F. Ruffini, *Guerra e riforme costituzionali*, Torino, Paravia, 1920.

<sup>5</sup> V. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 93 ss.

<sup>6</sup> V. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Relazioni e proposte della commissione presidenziale per lo studio delle riforme costituzionali*, Roma, Provveditorato Generale dello Stato, 1925; Documenti per la storia del fascismo a cura dell'Istituto Nazionale Fascista di Cultura, *Relazioni e proposte della commissione per lo studio delle riforme costituzionali*, Firenze, Le Monnier, 1932; F. Ercole, *La rivoluzione fascista*, Palermo, Ciuni, 1936; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani. II - Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>7</sup> V. L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Studi in onore di Santi Romano*, 1, Padova, Cedam, 1940, pp. 70 ss.; su cui F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 5 ss.

<sup>8</sup> V. V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Foro italiano, 1950.

<sup>9</sup> V. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, A.R.E., 1931 (rist. inalterata con pref. di E. Cheli, Milano, Giuffrè, 2000).

<sup>10</sup> V. C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, De Luca, 1935.

<sup>11</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, A. Giuffrè, 1940 (rist. inalterata con pref. di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1998).

<sup>12</sup> Mi riferisco all'opera Giacomo Perticone, su cui oggi le osservazioni di L. Elia e di F. Lanchester, in *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, a cura di C. Palumbo, Giappichelli, 2015, pp. 11 ss.

Si tratta di una percezione consapevole del salto di qualità che l'ingresso delle masse nelle istituzioni statuali certifica e che viene espresso nel tempo. Giuseppe Capograssi lo aveva enunciato all'interno de' *La nuova democrazia diretta* (1922)<sup>13</sup>, che non ebbe alcun successo nell'ambito della dottrina giuspubblicistica dei primi anni Venti, Mortati lo mostrò ancor prima in uno *straordinario* documento (uso il commento di Giuliano Amato quando ne è venuto a conoscenza) della sua gioventù, recuperato da Perri qualche tempo fa<sup>14</sup>. Nel suo primo scritto su "*La giovine Calabria*" (1910) Mortati, appena diciannovenne, evidenziò infatti già alcuni elementi invariati della sua posizione scientifica successiva: il ruolo delle masse, della loro indispensabile coscienza e dell'organizzazione politica e sindacale sotto l'ombrello del diritto di associazione. Una costante di Mortati nel tempo è, infatti, l'interesse per il diritto di associazione ed in particolare per il partito politico. Da questo documento, pubblicato sul periodico del liceo di San Demetrio Corone, vocato sin dal '700 alla emancipazione della minoranza italo-albanese e dove Mortati si era rifugiato dopo il terremoto di Messina, è possibile incominciare ad illuminare aspetti della sua formazione che sono ancora poco conosciuti. Laureato in giurisprudenza (1914) e in filosofia (1917), dopo il servizio militare nel primo conflitto mondiale, Mortati divenne funzionario della Corte dei conti e poi, iscrittosi nel 1927 alla Facoltà di Scienze politiche ed al Pnf affrontò nel corso del suo lavoro di tesi il problema del Governo alle spalle della *legislatura costituente* 1924 -1929, in cui il fascismo era divenuto regime – dopo l'assassinio Matteotti – con il discorso del 3 gennaio 1925<sup>15</sup>. In quel periodo si erano succedute le due Commissioni dei Soloni presiedute da Gentile (prima quella dei 15, istituita dal Pnf, poi quella dei 18 istituita dal Governo) con la produzione di innovazioni istituzionali incisive: dalla legge sul Primo ministro (1925) a quella sulla decretazione d'urgenza (1926), dalla Carta del lavoro (1926) alla legge sul Gran consiglio del fascismo (1928). Si trattava di un'epoca di grandi innovazioni nell'ambito del regime nato dal "colpo di Stato" del 3 gennaio 1925 (come riconosciuto dall'art. 3 del DLLgt. 159 del 27 luglio 1944), a cui corrispondevano grandi decisioni personali di Mortati, connesse con l'iscrizione già ricordate al Pnf e alla neonata Facoltà di Scienze politiche, dove – per poco – tempo insegnerà Bernardino Varisco (suo relatore di tesi a Lettere e filosofia) e dove incontrerà sia Rossi che Pannunzio.

Il volume sull'ordinamento del Governo evidenziò indubbiamente l'importanza dell'Esecutivo per quanto riguardava quello che in seguito verrà chiamato l'*indirizzo politico*, ma lo stesso risulta ancora inserito nell'ambito di una costruzione concettuale che risentiva del diritto costituzionale dell'immediato dopoguerra. Esso precede l'elaborazione concettuale forte che, attraverso *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1936) porta a *La costituzione in senso materiale* (1940). Nell'esaminare il tema della costituzione in senso sostanziale Mortati non si sofferma solo sull'importanza della riflessione schmittiana, ma la integra con l'istituzionalismo romaniano e con la persistente attenzione implicita alla proposta moschiana.

<sup>13</sup> V. G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta*, Roma, Pinnarò, 1922.

<sup>14</sup> <http://pasqualescura.blogspot.it/2012/04/il-primo-maggio-di-costantino-mortati.html>.

<sup>15</sup> V. F. Ercole, *La rivoluzione fascista*, cit., pp. 383 e 389, che fa riferimento al discorso di Mussolini dell'8 dicembre 1928.

### 3. Il periodo costituzionale transitorio-provisorio

Il problema storico relativo al pensiero di Costantino Mortati è verificare quale rapporto vi sia tra l'opera del 1940 a quella del 1945, ovvero all'ampia ed approfondita disamina sul tema del potere costituente. La questione non è certo quella degli accostamenti che l'epoca della *epurazione* produsse (su cui v. il doc. di Scelba contenuto nell'Archivio Mortati), ma quella relativa alla coerenza concettuale della sua opera. In primo luogo si può dire che il tema fosse già presente nella ampia riflessione del 1940, perché il momento istitutivo di un ordinamento è costitutivo del regime dello stesso e ne identifica i parametri fondamentali che si trasfondono eventualmente nella costituzione formale e cui deve rapportarsi l'interpretazione reale dei soggetti politicamente attivi. La costituzione in senso materiale rispondeva infatti allo stesso interrogativo concettuale che si era posto Luigi Rossi con il saggio sull'elasticità dello Statuto<sup>16</sup> e si muoveva nell'ambito dell'ulteriore fase delle riforme incrementali del regime. La legge sul maresciallato dell'Impero e quella sulla Camera dei fasci e delle corporazioni (senza parlare delle leggi razziali) ponevano il problema del rapporto – al di là della flessibilità dello Statuto – tra elasticità dello stesso e distorsioni plastiche, snervatura e rottura del materiale della costituzione formale. Nel volume del 1945 c'è però qualcosa di più. Letto in stretta correlazione con la riflessione sull'esperienza di Weimar<sup>17</sup>, la monografia evidenzia una consapevolezza del nuovo e dei condizionamenti di contesto che accompagnano i fenomeni di instaurazione di nuovi ordinamenti costituzionali. Chi legga oggi il Mortati del 1945, nota come la sua opera non sfiguri in alcun modo anche di fronte alla produzione più recente sui fenomeni di democratizzazione post-1989 e possieda contenuti molto più ampi ed articolati della coeva produzione di Emilio Crosa, Paolo Biscaretti di Ruffia, Antonio Amorth. In essa, oltre al piano teorico profondo, esiste – infatti – una intensa sensibilità realistica che connette il mondo dei principi e dei valori alla concretezza dei rapporti di forza.

Il momento costituente costituisce un tempo di rottura che, nell'ambito democratico, corrisponde ad una profonda modificazione della classe dirigente (in particolare del ceto politico) e del rapporto con le masse (v. l'Introduzione a *La Costituente*). La *coscienza costituente del popolo* ovvero quel *sovraeccitamento della vitalità popolare* costituisce, per Mortati, un sentimento indispensabile per la *buona riuscita dell'opera dello Stato intrapresa, in mancanza del quale non può supplire neppure la più scaltrita capacità tecnica dei compilatori del testo costituzionale, poiché una costituzione costituisce una totalità di vita associata, un organismo vivente*<sup>18</sup>. Al di là di questi accenni che evidenziano le radici schmittiane della sua impostazione, Mortati sa però che alla base dei processi di instaurazione di nuovi ordinamenti ed in particolare di quelli democratici deve esservi una forza o un gruppo di forze trainanti che non soltanto operi la decisione fondamentale nel momento della rottura, ma che la implementi nella fase di redazione del testo costituzionale e che la sostenga nel tempo per la sua tendenziale applicazione. Ma si rende anche conto che il potere costituente è frutto di spinte endogene ed esogene che lo condizionano ed evidenzia come nel caso italiano siano le condizioni esogene che hanno

<sup>16</sup> V. L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, cit.

<sup>17</sup> V. C. Mortati, *Introduzione alla Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946.

<sup>18</sup> V. C. Mortati, *La Costituente*, in *Raccolta di scritti*, I, cit., pp. 4-5.

imposto la democratizzazione dell'ordinamento, mentre gli accordi endogeni hanno certificato sia la tregua istituzionale sia il percorso del cambiamento. Mortati non ritiene, dunque, che il potere costituente sia senza limiti e ritiene che ancor più il potere di revisione sia condizionato dall'ordinamento che lo ha generato. Sul primo tema Mortati si era soffermato nel cap. IV de *La Costituente*<sup>19</sup>, in cui aveva evidenziato come l'Assemblea costituente, astrattamente libera, fosse vincolata sia da ragioni di ordine internazionale che di ordine interno<sup>20</sup>. In questa prospettiva i vincoli di ordine internazionale erano le clausole di armistizio richiedenti un governo popolare (e qui discute sulle conseguenze interne dell'eventuale difformità. I vincoli interni non sono solo di ordine giuridico, evidenziando – quindi – una ricostruzione condizionata dalla situazione di politica internazionale<sup>21</sup>. Mortati indica però come il costituente possieda “un ampio margine di libero apprezzamento nella scelta dei particolari congegni organizzativi del nuovo Stato”<sup>22</sup>. L'osservazione mette in evidenza come la tesi della scomparsa del potere costituente<sup>23</sup> possa essere articolata *nella scomparsa del potere costituente principale, ma nella persistenza di quello secondario*. E, tuttavia, anche il principale appare interpretabile. Ma nel marzo 1946 Mortati parla anche dei limiti all'attività Costituente<sup>24</sup> sgombrando le argomentazioni esilaranti che avrebbero portato la Costituente a dipendere – sulla base del D.Lgt 15 del 25 giugno 1944 – da organi del passato regime. I limiti logici e politici della rottura lo fanno, dunque, esprimere dunque in maniera caustica ai tentativi di condizionamento luogotenenziale da parte dei continuisti. Il momento centrale della concezione della costituzione in senso materiale (che esclude le interpretazioni negative e polemiche dei suoi avversari) sta dunque nel connettere il mondo dell'essere a quello del dover essere, cercando di giuridicizzare il politico e rifiutando, quindi, la concezione esistenziale dello stesso.

Una simile impostazione che funzionalizza l'azione delle autorità politiche e dell'intero ordinamento ai valori ed ai principi della Costituzione originaria e che ne misura lo scostamento, le deformazioni plastiche, le eventuali snervature, fino a dichiarare il raggiungimento del punto di rottura del materiale costituzionale costituisce il grande contributo fornito da Mortati e dal dibattito della giovane dottrina costituzionalistica italiana degli anni Trenta, sulla base della citata sintesi metodologica tra gli indirizzi formalistico e realistico espressi all'interno della scuola giuspubblicistica. Si tratta di una riflessione che nasce nell'ambito del regime autoritario, ma che lo trasgredisce sulla base dei differenti principi e valori di base, fino a divenire uno schema generale di interpretazione recuperabile negli anni Sessanta nelle voci sulla Costituzione<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> V. C. Mortati, *La Costituente*, cit., par. 4: *i limiti sostanziali dell'attività costituente*, pp. 316 ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>21</sup> V. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., *passim*.

<sup>22</sup> V. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 318.

<sup>23</sup> V. M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1, pp. 7-32.

<sup>24</sup> V. C. Mortati, ora in *Raccolta di scritti*, I, pp. 387 ss.

<sup>25</sup> V. C. Mortati, *Dottrine generali sulla Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, ora in *Raccolta di scritti*, II, pp. 79 ss.

#### 4. Mortati e i limiti della revisione costituzionale

Ma c'è anche qualcosa di più che rende la riflessione di Mortati del 1945/46 (e include ovviamente anche il lavoro dello stesso nella Commissione Forti ed in altre Commissioni di questo periodo) di estremo interesse. Una simile elaborazione si connette in maniera dinamica, da un lato, con le considerazioni del 1950/1951 sui limiti della revisione costituzionale, dall'altro con quelle sui pericoli dell'instabilità. In primo luogo nel saggio introduttivo alla *Costituzione di Weimar* Mortati effettuò in modo esplicito un vero e proprio psicodramma della classe dirigente italiana, spiegando le ragioni profonde del cedimento al fascismo sulla base del desiderio di ordine nei confronti del caos. Nel 1951 Mortati evidenziò, invece, i pericoli dell'involutione costituzionale e nello stesso tempo la normatività della decisione di regime presa alle origini del testo costituzionale. Già quattro anni dopo la promulgazione del testo costituzionale, in occasione della pubblicazione degli *Studi costituzionali in memoria di Luigi Rossi*, Mortati scavò il tema dei limiti impliciti ed espliciti alla revisione costituzionale<sup>26</sup>, nel clima di quello che Massimo S. Giannini chiamò la Costituzione *fluida*<sup>27</sup>. Il mancato scatto della legge elettorale con premio di maggioranza nel 1953 riportò i soggetti politicamente rilevanti a considerare l'attuazione del testo costituzionale come la bussola fondamentale per l'integrazione di tutte le forze presenti nel sistema. Mortati molto si spese nel quarto di secolo successivo per l'applicazione del testo costituzionale nella consapevolezza della situazione peculiare dell'ordinamento italiano, caratterizzato da opposizioni bilaterali antisistema. Una simile consapevolezza può essere, ad esempio, individuata nella dinamica della posizione mortatiana in tema di regolazione del partito politico, che dalle spinte organiciste e strutturanti del periodo costituente fino ad arrivare alla conferenza per i giovani FUCI del 1949<sup>28</sup> arriva alla abiura del 1958, in cui qualsiasi regolazione viene considerata pericolosa (v., 1958<sup>29</sup>). La posizione mortatiana durante gli anni Sessanta, ed in particolare nel secondo lustro di quel decennio, divenne sempre più critica nei confronti dei soggetti politicamente rilevanti dell'epoca e sempre più vocata a suscitare l'azione dal basso del *popolo*. Il suo coinvolgimento dal 1965 nel Movimento di opinione pubblica (MOP), di cui parlerà il Presidente Riccardo Chieppa anche in correlazione con l'altro movimento di Alleanza costituzionale animata da Giuseppe Maranini, evidenzia l'insoddisfazione di Mortati per la dinamica di un sistema politico-costituzionale che iniziava ad avvitarci su sé stesso. Di questo sentimento è certificazione il biglietto inviato a Vincenzo Atripaldi del maggio 1969 (v. Archivio Mortati), con un giudizio più che drastico sui partiti e il funzionamento del sistema parlamentare. Negli anni Settanta Mortati si esprimerà in favore di un rafforzamento delle capacità di governo (*Gli Stati*, 1973), ma anche – nell'art. 1 del Commentario Branca (1975) – per l'eventuale introduzione di sistemi elettorali più selettivi all'interno dell'ordinamento.

<sup>26</sup> V. C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in "Studi costituzionali in memoria di Luigi Rossi" (ora in *Raccolta di scritti*, II, pp. 5 ss.).

<sup>27</sup> V. M. S. Giannini, *La Costituzione fluida*, in *Società*, 1951, n. 3, pp. 497 ss.

<sup>28</sup> V. *Nomos*, 2015, n. 2.

<sup>29</sup> V. *I partiti politici nello Stato democratico*, *Atti Convegno UGCI*, Roma, Studium, 1959.

La lenta conversione maggioritaria di Mortati (così è stata definita da Barbera–Ceccanti nel 1995<sup>30</sup>) partiva però dal presupposto che l'ordinamento si fosse omogeneizzato (siamo alla fine del 1974) e che potesse sopportare strumenti di rappresentanza più selettivi. Ciò nel 1974 – dopo il risultato del referendum sul divorzio – sembrava essere ipotizzabile, mentre lo stesso maggior partito di opposizione incominciava faticosamente a discutere il dogma del principio maggioritario-minoritario.

Si stava aprendo una stagione di dibattiti sulla innovazione costituzionale, di cui Mortati poté seguire da protagonista solo il primo periodo, ma che risultò incapace di introdurre risultati, mentre alcuni evocavano – ma lo avevano già fatto negli anni Sessanta – la possibilità di uno *sbrero*<sup>31</sup> (Miglio).

## 5. La riemersione del potere costituente

Dopo il 1989 gli avvenimenti che portarono alla crisi di regime del 1993-94 favorirono la discussione sul tema del potere costituente. Nel 1992 non uscì solo il cosmogonico volume di Antonio Negri *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*<sup>32</sup>, ma anche quello curato da Paolo Pombeni su *Potere costituente e riforme costituzionali*<sup>33</sup>. Nel primo, Negri, dopo un'analisi lucida ma liminare della posizione della dottrina giuspubblicistica sul tema, preconizzava nel mondo post-1989 il ruolo di quello che poi chiamerà la moltitudine, ovvero il nuovo soggetto extra-statuale derivante dal rifiuto di Hobbes e dall'adesione a Spinoza. In questa specifica dimensione, la moltitudine, risulta composta “da un complesso di singolarità”, ovvero di “differenze che restano differenti”, cosicché «[l]e singolarità plurali della moltitudine si contrappongono punto per punto all'unità indifferenziata del popolo». Ma la prospettiva di Negri (poi con Hart) non supera l'obiezione che la moltitudine sia un ectoplasma incontrollabile rappresentato, nell'ambito di un ordinamento costituito, dal cosiddetto popolaccio e, quindi, non sia popolo, l'unico da cui in regime democratico può provenire una decisione o un impulso espressione della sua sovranità. Nel volume di Pombeni veniva, invece, ripercorsa soprattutto la vicenda italiana, in una previsione del crollo in cui sarebbero scomparsi tutti i soggetti politicamente rilevanti che avevano contribuito a redigere e a sostenere il testo costituzionale. La crisi sistemica durava da tempo e – come si è detto – lo stesso Mortati l'aveva individuata nel 1969, inducendolo a prospettare nell'ambito dei principi e dei valori costituzionali anche correzioni istituzionali necessarie.

Ma la conseguenza del crollo, certificato da Amato nel suo discorso alla Camera dei deputati dell'aprile 1993, provocò una singolare reazione per il prodotto più noto di Mortati: la costituzione in senso materiale. Dopo la morte di Mortati nel 1985, la dottrina e la storiografia avevano riflettuto in modo collettivo sul suo contributo tra il 1988<sup>34</sup> e il 1990<sup>35</sup>, ma – nel

<sup>30</sup> V. A. Barbera-S. Ceccanti, *La lenta conversione maggioritaria di Costantino Mortati*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1, pp. 67 ss.

<sup>31</sup> Su questo argomento si v. F. Lanchester, *Miglio costituzionalista*, in *Rivista di politica*, 2011, n. 3, pp. 75 ss.

<sup>32</sup> V. A. Negri, *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, Milano, Sugarco, 1992.

<sup>33</sup> V. *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 1992.

<sup>34</sup> V. *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, Esi, 1988.

<sup>35</sup> *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia-P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990.

corso del Convegno annuale dell’AIC tenuto a Genova il 9-10 dicembre 1994 – Livio Paladin credette di esorcizzare le difficoltà sistemiche, che porteranno alla crisi del primo Governo Berlusconi proprio alla metà di quel mese, scomunicando la teoria della costituzione in senso materiale. Si trattava però di una reazione che deformava la teoria mortatiana paventando le pressioni per una destrutturazione complessiva, che lo stesso Paladin aveva iniziato ad analizzare nella prospettiva storico-costituzionale, su basi metodologiche però molto specifiche <sup>36</sup>. Sempre a Genova, a chi evocava il potere costituente derivante dalla cesura di continuità, Mario Dogliani rispondeva negando che questo potesse essere attivato per la scomparsa dello stesso (in una singolare continuità con proposizioni di un altro costituzionalista torinese: Emilio Crosa <sup>37</sup>), mentre a Monteveglio (settembre 1994) uno dei Padri costituenti, Giuseppe Dossetti, aveva teorizzato, alla presenza di Leopoldo Elia e Valerio Onida, la necessità di una esternalizzazione del sostegno ai valori costituzionali vista la scomparsa dei soggetti originari che li avevano fino ad allora articolati. La seconda fase della storia della Costituzione repubblicana individuava, dunque, la consapevolezza di una oramai *pericolosa* snervatura del materiale costituzionale con l’ingresso nella fase del “bipolarismo imperfetto”, caratterizzato da coalizioni centrifughe di soggetti non completamente legittimati, ma sempre più personalizzati ed oligarchici. La vicenda successiva vide il tentativo di utilizzare lo strumento della *rottura* del procedimento di revisione costituzionale attraverso la Commissione bicamerale D’Alema, il cui fine era la riforma delle istituzioni ma anche la rilegittimazione del patto costituzionale (v. L. cost. n. 1/1997). Il dibattito si riaccese, dopo il fallimento del tentativo D’Alema e la riforma difensiva del 2001, nella legislatura 2001-2006 attraverso la doppia strategia della revisione della seconda parte della costituzione e del sistema elettorale. Quest’ultimo aveva finalità essenzialmente difensive, in presenza del bicameralismo perfetto, mentre la revisione costituzionale venne bocciata dal referendum confermativo del 2006. Oggi è, dunque, la quarta volta che il tema riappare, a seguito della soluzione di continuità del 2011 in cui il circuito partitico-parlamentare è risultato totalmente ingolfato e ha dovuto essere supplito dagli organi di controllo interno (Capo dello Stato) ed esterno (Corte costituzionale, altri organi giurisdizionali, Banca d’Italia, livello europeo). La sentenza n. 1 del 2014 con cui la Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima la parte del sistema elettorale per l’elezione delle due Camere, ci ha fatto penetrare nella terza fase della storia della Costituzione repubblicana, caratterizzata dal cosiddetto *bipersonalismo imperfetto*. In questa situazione eccezionale le Camere hanno proceduto – come qualcuno ha sostenuto (ad es. il Presidente del Consiglio attualmente in carica) – a svolgere *una legislatura costituente*, modificando sia il sistema elettorale in senso stretto, sia l’organizzazione della seconda parte della Costituzione. L’argomento, che diverrà tema di acceso dibattito l’anno prossimo in occasione del referendum confermativo, è forse troppo occultato ed è per questo che viene posto oggi all’attenzione dei costituzionalisti, in una prospettiva che non è soltanto nazionale, ma coinvolge le esperienze di altri paesi dell’Unione europea (in particolare Francia, Germania

<sup>36</sup> V. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004; per l’impostazione sostanzialmente formalistica della storia costituzionale come storia dei supremi organi costituzionali, v. dello stesso Paladin, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 1997, pp. 246 ss.

<sup>37</sup> V. M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, cit., pp. 7 ss.

e Spagna), nell'ambito di quella complessa ma anche perigliosa costruzione che caratterizza il costituzionalismo europeo contemporaneo. Al di là di ogni considerazione sull'emergenza di contesto su cui non è opportuno soffermarsi in questa sede, è però necessario ribadire che la doppia riforma, in presenza di una liquefazione delle afferenze partitiche, rischia di cercare la stabilizzazione sistemica attraverso ausili tecnici, che in altra sede ho paragonato ad una dose di "Viagra rinforzato", con pericoli di ischemia istituzionale e di priapismo politico<sup>38</sup>. Essi confermano, tuttavia, come la dinamica italiana di questi ultimi venticinque anni sia più comparabile con la dinamica degli ordinamenti dell'Europa centro-orientale che a quelli dei sistemi democratici stabili<sup>39</sup>.

## 6. Conclusioni

Le ragioni del Convegno odierno traggono – dunque – lo spunto dai ricordati anniversari, ma trovano acuta rispondenza nella situazione concreta italiana ed europea. I fenomeni di internazionalizzazione e di globalizzazione con l'indebolimento degli Stati nazionali nell'ambito di un processo di integrazione problematico a livello continentale pongono sotto tensione i paradigmi del costituzionalismo novecentesco basato sullo Stato sociale e la democrazia rappresentativa e soprattutto gli assetti costituzionali degli ordinamenti della seconda ondata di democratizzazione. Tra questi ultimi, in particolare l'ordinamento costituzionale italiano è stato soggetto a due crisi forti, che hanno caratterizzato fasi differenti della storia della Costituzione repubblicana nella continuità con la dinamica più profonda della storia costituzionale del Paese. Il contributo di Costantino Mortati si è confermato prezioso per connettere, forma e realtà costituzionale ed è risultato aperto a recepire e comprendere i cambiamenti intervenuti. Nel tempo la sua concezione della costituzione ha compreso l'importanza che negli ordinamenti contemporanei devono avere le giurisdizioni e le strutture tecniche per mantenere ferma la rotta verso l'inveramento dei valori e dei principi posti alla base del sistema. La sua concezione di una democrazia strutturata potrebbe apparire antiquata nell'epoca della società liquida, ma anche vero che negli ordinamenti di massa (e quelli contemporanei mantengono questa peculiarità anche nell'epoca della rete informatica) o vi opportuna strutturazione o esiste la pericolosa alternativa tra populismo e plebiscito. Solo rivalutando il circuito democratico sarà possibile rendere possibile una efficiente capacità di risposta delle *élites* rappresentative, evitando il ritorno agli incubi degli anni Venti-Trenta, che in questi giorni anche Cassese ha implicitamente evocato, per considerarli inattuali, sul *Corriere della Sera* (9 dicembre 2015). Era questo un indirizzo su cui Mortati molto ha investito sin dal suo primo scritto che ho citato in precedenza, sia nel periodo Costituente, sia negli anni Cinquanta e Sessanta, spendendosi sul lato della partecipazione referendaria, nei partiti, nell'opinione pubblica. Concludo, facendo riferimento alla recentissima relazione del Presidente della Corte costituzionale Criscuolo in occasione dell'attribuzione del premio Chiarelli

(3

dicembre

<sup>38</sup> V. F. Lanchester, *L'Italicum e gli incroci pericolosi*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2015, pp. 551 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

2015: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_presidente.lectio\\_crisuolo.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente.lectio_crisuolo.pdf)). In essa non soltanto viene fatto ampio e significativo riferimento all'opera di Mortati, ma, tra l'altro, si evidenzia: nel corso di circa un settantennio vi sono stati profondi cambiamenti nei principi e nei valori; che esiste una minore omogeneità valoriale rispetto al passato; che la Costituzione «possiede in sé gli strumenti per far fronte alle sopravvenienze storiche sia agendo sull'elasticità del testo, sia mediante l'intervento di una legge di revisione costituzionale», i cui limiti sarebbero rilevabili solo nell'art. 139, punto di incontro dei principi fondamentali. In questa prospettiva, che apparentemente pone la questione dell'opportuno bilanciamento degli stessi principi supremi di cui alla giurisprudenza della Corte costituzionale (mi riferisco alle sent. nn. 18 del 1982 e 1146 del 1988), si giocherà il futuro della nostra democrazia costituzionale ed è bene che – nel corso di questa che alcuni chiamano *legislatura costituente* – ciascuno di noi ne sia consapevole.