



BERNANDO SORDI*

MORTATI E I ‘GRANDI WEIMARIANI’**

SOMMARIO: 1. Il fascino di Weimar. – 2. Tra Kelsen e Schmitt: le zone grigie dell’ordinamento. – 3. La Costituzione materiale di fronte alla frattura costituente.

1. Il fascino di Weimar

Basta scorrere le dense note de *L’ordinamento del governo* e ancor più de *La costituzione in senso materiale* per rendersi conto di quanto Mortati sia stato, nella scienza giuridica italiana, un ponte fondamentale, e tempestivo, di accesso e di importazione delle dottrine weimariane.

E, questo, ben prima della traduzione della costituzione di Weimar nel 1946 e della messa a disposizione del testo della *Reichsverfassung* per il dibattito costituente italiano.

Lo spiega il suo stesso difficile cursus honorum¹, almeno sino al ruolo protagonista svolto in Costituente: le tre lauree; il lungo funzionariato alla Corte dei Conti; la lontananza dalla linea discendente della Scuola giuridica nazionale (Santi Romano compreso) e la sua vicinanza a Luigi Rossi e soprattutto a Sergio Panunzio²; l’approdo tardivo alla carriera accademica.

Lo spiega, soprattutto, il suo essere in senso pieno e sin dalle sue magistrali opere tra le due guerre, uno *Staatsrechtslehrer*, un cultore di *Allgemeine Staatslehre*, di Diritto pubblico generale, e in particolare, come subito vedremo, di *Dottrina della costituzione*, sia pur sempre “avvicina(ta) al diritto positivo”³.

Un Mortati tutt’altro che passivo spettatore, ma al contrario attivo protagonista del dibattito metodologico fra le due guerre, che con una continuità sorprendente (da

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze.

** Relazione al Convegno *Mortati nella scienza costituzionalistica italiana ed europea*, prima giornata delle *Celebrazioni per il 40° anniversario della scomparsa di Costantino Mortati (1891-1985)*, promosse sotto l’Alto patronato del Presidente della Repubblica, 15 ottobre 2025, Sapienza - Università di Roma.

¹ Ben sintetizzato da M. FIORAVANTI, *Mortati, Costantino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013, 1386-89.

² Per una più ravvicinata contestualizzazione, si può vedere quanto scriviamo in *Le dottrine costituzionali nell’Italia fascista*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 43/2022, 55-70.

³ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. Citiamo dalla ristampa inalterata con una premessa di G. ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 1998, 12.

L'ordinamento del governo del 1931 sino alle *Brevi note* del 1973) pretende di dire la sua e di esprimere una sua dottrina generale.

Il confronto è sin dall'inizio e, per tutto lo stesso periodo repubblicano, con i massimi esponenti europei: Santi Romano, certo; ma subito i grandi francesi della Terza Repubblica, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Raymond Carré de Malberg; i grandi weimariani, appunto: Rudolf Smend e, con un'attenzione tutta privilegiata, Carl Schmitt. Senza dimenticare il continuo confronto critico con Hans Kelsen⁴ e la Scuola di Vienna. Il costituzionalista calabrese era tutt'altro che rimasto chiuso – anche all'inizio del suo itinerario scientifico – nel recinto intellettuale di San Demetrio Corone.

Ed il confronto è incredibilmente aperto. Se il germanismo delle discipline giuspubblicistiche, impostosi dagli anni '70 del XIX secolo e in particolare dopo la rivoluzione parlamentare del 1876, aveva conosciuto non pochi episodi di piatta recezione degli autori tedeschi, qui c'è un dialogo volitivo e tra pari.

Con una precisa pregiudiziale ed un altrettanto netta scelta di metodo. È compito precipuo del giurista restituire per intero il processo attraverso il quale “una società diviene Stato”⁵. È compito del giurista identificare, e far uscire dall'ombra delle immagini tradizionali del *popolo* e della *nazione*, le *forze reali* che posseggono, legittimandola, l'autorità da cui un ordinamento trae vita e viene indirizzato verso i fini politici di cui esse sono esponenti⁶.

L'attenzione al reale diviene e resta sempre martellante: prima della costituzione formale (e pure in continuo dialogo con questa) c'è un'intera *realtà sociale* che deve esser indagata; ci sono le *forze reali*. C'è il *supporto reale* di una *molteplicità di principi*, che esprimono una normatività fondativa che si riflette sull'assetto formalizzato delle norme della costituzione giuridica: un processo articolato e complesso che per Mortati non può immiserirsi in una ipotetica norma fondamentale alla Kelsen, ma che richiede un processo instaurativo condotto da precisi e ben individuati attori politici: quei portatori (*Träger*) di un determinato assetto istituzionale, che a questo danno e assicurano direzione di senso ed unità politica.

Per Kelsen – il giurista non italiano più citato ne *La costituzione in senso materiale*⁷ – l'attenzione è capillare e costante, ma la distanza è netta. Secondo Mortati il compito del giurista non è quello di individuare il limite del giuridico, il confine tra concetto sociologico e giuridico dello Stato, tra teoria della democrazia e ordine giuridico, sul cui crinale si colloca appunto la norma fondamentale. Né, tantomeno, il giurista può espungere, sino a negarlo, “il problema di fondo del concetto di sovranità”: “la conciliazione del potere supremo di fatto e di diritto”⁸.

⁴ Già significativamente presente nel dibattito italiano sin dall'apparato di note de *L'ordinamento* romaniano: B. SORDI, *Kelsen giurista e teorico del diritto: una controversa attualità*, in *Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 59/2023, 142-157; ID., *Editoriale – H. Kelsen “Diritto pubblico e privato”*, in *Antologia di diritto pubblico*, n. 1/2024, 102-107.

⁵ C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 161.

⁶ *Ibid.*, 146.

⁷ Tanto da totalizzare (secondo i calcoli di D. SCHEFOLD, *Mortati e la “dottrina” tedesca*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, ESI, 1989, 117), ben 39 citazioni.

⁸ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapiteln zur Lehre der Souveränität*, II ed., 1934, trad. ital., in *Le categorie del ‘politico’*. Saggi di teoria politica a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, 44 ed ivi la critica a Kelsen.

C'è, al contrario, un continuum tra politica e diritto, che il giurista deve far proprio e problematizzare.

Il giurista non deve fermarsi alle rassicuranti formule connotative, siano pure quelle dello Stato di diritto (che nella versione ottocentesca dello Stato liberale trova in Mortati un critico di particolare severità⁹) o dello Stato sociale.

Deve approdare, appunto, alla costituzione, alla dialettica tra costituzione materiale e costituzione giuridica. Deve afferrare il sostrato sociale fondativo che conferisce validità all'azione e alle finalità degli organi costituiti. Deve disserrare, per ogni particolare formazione statale, quella “intrinseca normatività quale le è appunto data dal suo ordinarsi intorno a forze ed a fini politici”¹⁰.

Ed è questa costituzione delle forze reali, delle forze storicamente dominanti, il principio primo, la norma fondamentale, da cui far discendere l'articolazione istituzionale soggiacente della comunità politica e del suo ordine giuridico.

Ritorna quindi, in questa ricerca di unità dell'ordine giuridico, qualche consonanza con Kelsen, ma non la *Grundnorm* del giurista praghese, costruita – a partire da una drastica separazione tra essere e dover essere - sull'anatomia stilizzata dello Stato costituzionale e sulla dissoluzione della sovranità nell'ordinamento, secondo un processo argomentativo di carattere esclusivamente logico che Mortati vede esposto ai rischi di una mera tautologia.

Come scriverà nel 1940, se Kelsen ha perfettamente ragione nel sostenere che “lo Stato non ha altra realtà che quella giuridica in quanto si pone come punto di riferimento delle attività destinate ad essere incluse nel sistema ... e la costituzione è il criterio attraverso cui si opera tale riferimento”¹¹, occorre però abbandonare una concezione obiettiva e impersonale dell'ordinamento. Bisognerà – scrive ancora Mortati – determinarla esattamente questa costituzione, “precisare il soggetto da cui emana, precisare che ad essa è da attribuire un carattere non puramente ipotetico ma positivo, un contenuto non meramente formale, ma anche sostanziale”¹².

Se quindi in Kelsen la norma fondamentale ha carattere ipotetico, prescinde da “ogni ricerca del soggetto di essa”, ha come obiettivo peculiare quello di costruire una “concezione impersonale dell'ordinamento in cui la sovranità è della norma e non degli individui”. In Mortati, invece, ferma la identità tra Stato e diritto, ferma la realtà esclusivamente giuridica dello Stato, è indispensabile ricostruire altrove un fondamento materiale, indagare *in rebus*, tra “costituzione reale” e “costituzione giuridica”, tra *Sein* e *Sollen*, “il fondamento primo di un concreto ordine giuridico”, “il principio primo dell'organizzazione statale”, scoprendo e identificando il “soggetto da cui emana”¹³.

Sono i grandi weimariani, allora, a restituire quella maggiore concretezza, tanto ricercata da Mortati.

⁹ Al punto da definirlo, nel 1973, “strumento di assoluto predominio di una élite dirigente”: C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 2/1973, 523.

¹⁰ C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 165.

¹¹ ID., *La costituzione in senso materiale*, cit., 25-26.

¹² *Ibid.*, p. 26.

¹³ *Ibid.*, pp.11-12.

Rudolf Smend è già un passo avanti a Kelsen. Sa cogliere, grazie alla dottrina dell'integrazione, il fatto che la costituzione non vive solo di norme, ma di realtà e di valori: quei valori che risultano poi indispensabili per determinare il rango spettante a norme e istituti, a stabilire gerarchie e prevalenze tra i principii. Eppure, la suddivisione nelle diverse tipologie di integrazione, “personale”, “funzionale”, “materiale”¹⁴, appare a Mortati, che non esita a utilizzare, contro le “oscurità” di Smend, le critiche kelseniane¹⁵, ancora troppo meccanica, quasi didascalica.

Finisce, così, per giganteggiare proprio Carl Schmitt¹⁶ – sono praticamente coetanei, scompariranno entrambi, ultra novantenni nel 1985 -: quel Carl Schmitt cui dedica, nel 1973, un ampio riconoscimento, nel secondo numero dei *Quaderni fiorentini*, appena fondati da Paolo Grossi, all'interno di una preziosa sezione dedicata agli itinerari della moderna giuspubblicistica¹⁷.

È uno Schmitt completamente depurato – quasi anestetizzato – del suo ingombrante ruolo nella crisi di Weimar. Assunto senza una qualche contestualizzazione in quel Novecento giuridico che il giurista di Plettenberg ha attraversato quasi per intero. Ed infine distillato nelle sue scelte di metodo, secondo un processo di astrazione che analogamente Mortati ha seguito anche per gli altri grandi europei. Per Schmitt, c'è comunque qualcosa di più, perché quelle scelte di metodo si coniugano – scrive Mortati – con il suo “singolare fascino e altissimo magistero scientifico”¹⁸.

Ed il fascino è tutto nella presa di distanza dal formalismo; nell'approccio diretto alle *forze reali*, nello spazio dedicato alla decisione politica; in quell'approccio teologico-politico al mistero della sovranità: una sovranità – come scrive efficacemente Carlo Galli – che “è estrema, coinvolta nella nascita e nella morte degli ordinamenti molto più che nel loro normale funzionamento”¹⁹.

La convergenza tra i due grandi è qui. Solo un approccio realistico, che muova dalla consapevolezza che “il politico non può essere separato dallo Stato, dall'unità politica di un popolo”²⁰; dalla consapevolezza che la costituzione può sorgere soltanto da una suprema decisione politica e non da una norma fondamentale ipotetica, consente di svelare il mistero della sovranità.

¹⁴ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, trad. ital., a cura di F. FIORE e J. LUTHER con *Introduzione* di G. ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 1988, 82-110.

¹⁵ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 19-20, in nota, dove Mortati utilizza le critiche di H. KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien, 1930, ora in ID., *Drei kleine Schriften*, Aalen, Scientia, 1971.

¹⁶ Ma è un giganteggiare su di un panorama che Mortati è in grado di perlustrare a tappeto, da Ernst Rudolf Huber a Otto Koellreutter, da Richard Thoma ad Hermann Heller, da Adolf Merkl a Franz Wilhelm Jerusalem....

¹⁷ C. MORTATI, *Brevi note*, cit., pp. 511-532.

¹⁸ *Ivi*, 511.

¹⁹ C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, Il Mulino, 2019, 96.

²⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. ital. a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 171. Anche in questo caso Mortati dimostra, sin da *La costituzione in senso materiale*, una approfondita conoscenza della bibliografia schmittiana, che ha sì al suo centro la *Dottrina della costituzione*, ma può agevolmente spaziare da *Il concetto di politico* a *Legalità e legittimità*, da *Il difensore della Costituzione* a *Stato, movimento, popolo*, sino all'edizione a cura di D. CANTIMORI de *I principii politici del nazionalsocialismo*.

È un assillo già ampiamente presente negli scritti degli anni Trenta, oggetto di una serrata rilettura in sequenza nella successiva sessione del nostro incontro. Ed è un assillo che persiste, intatto, anche nel dopoguerra, sino alla grande voce di sintesi, dedicata, nella *Enciclopedia del diritto*, alle *Dottrine generali* della costituzione e infine al traguardo delle *Brevi note*, prima ricordate e al celebre Commento dell'art.1 della costituzione.

Ha perfettamente ragione Gustavo Zagrebelsky: “nulla di più politico, nulla di più esposto alle contese politiche, nulla di più dipendente dai rapporti tra le forze e, in fondo, delle situazioni di potere, della costituzione materiale”²¹.

2. Tra Kelsen e Schmitt: le zone grigie dell'ordinamento

Tutto politico, dunque, il momento genetico della costituzione materiale, frutto di un processo instaurativo che il giurista è chiamato a ricostruire. Certo, un giurista della costituzione, più che un giurista dello Stato persona, direbbe Maurizio Fioravanti, in un saggio non dimenticabile²². Un giurista alla Schmitt, che nella celebre intervista del 1983 a Fulco Lanchester pure confessava di essersi sempre sentito niente altro che un giurista²³.

Di nuovo, però, via via che ci si allontana da questa teologia politica della genesi dell'ordinamento, Kelsen inevitabilmente ritorna. Questa politicità non esclude infatti per Mortati una precisa valenza normativa della costituzione e dei suoi valori, che a cascata si propagano a valle, lungo i canali di attuazione dell'ordinamento.

Al contrario, proprio la costituzione materiale con i suoi fini, i suoi indirizzi, i suoi interessi fondamentali, consente di stendere un manto di giuridicità sulle zone grigie dell'ordinamento, dove esecuzione e creazione del diritto inestricabilmente si legano. E la costituzione materiale, non troppo diversamente dalla *Grundnorm*, riesce così ad assicurare, insieme alla dinamicità dell'ordinamento, la sua *reductio ad unum* e la sostanziale unità dell'ordine giuridico.

E non è un caso se negli studi sul potere discrezionale, che da *La volontà e la causa* del 1935, passando per le *Note sul potere discrezionale* dell'anno successivo e che poi, attraverso molti scritti minori, relativi al merito e alla motivazione degli atti amministrativi²⁴, approdano infine alla voce *Discrezionalità* sul *Novissimo Digesto* del 1960, ritorni ancora una volta, una qualche consonanza con Kelsen e lo *Stufenbau* della Scuola di Vienna.

Anche su questo delicatissimo versante e, sin dai primi scritti, Mortati dimostra di poter seguire l'intera filiera della riflessione austro-tedesca sul potere discrezionale. Ma quelli che

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., 65.

²² M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 114 e ss.

²³ F. LANCHESTER, *Un giurista davanti a sé stesso. Intervista a Carl Schmitt*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, 32.

²⁴ C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, 101 e ss.; ID., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, ora *ibid.*, 1034 e ss.; ID., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur.it.*, 1943, ora *ibid.*, 1067 e ss.

gli premono sono i risvolti di teoria generale – i profili, appunto, messi in luce dalla Scuola di Vienna - e in polemica con Giannini del celebre volume sul potere discrezionale del 1939, è fermo nel sostenere che il tema pertiene in primo luogo ai costituzionalisti e solo in seconda battuta agli amministrativisti.

La discrezionalità, assunta nella sua essenziale unità concettuale, trascende dunque ampiamente i confini del potere amministrativo, il problema dei limiti al sindacato del giudice, la barriera tra legittimità e merito e diviene elemento costante e ineliminabile di attuazione dell'ordinamento, coinvolgendo, nella ricerca di una *causa legis* del tutto rinnovata rispetto alle sue antiche radici pre-moderne, la stessa volontà del legislatore.

Di Kelsen continua però a non convincere la pregiudiziale normativistica, anche se questa è stata arricchita, con l'approdo alla concezione nomodinamica, dai meccanismi di *interpositio auctoritatis* nella attuazione discendente dell'ordinamento.

Così, se la costituzione materiale era la stella fissa, il momento e il luogo della genesi dell'ordine attraverso la sua derivazione dalle situazioni effettive di potere, anche la discrezionalità, come “potere di traduzione di norme giuridiche”²⁵ nella dinamica dell'ordinamento, va disserrata - grazie ad una precisa evocazione di Schmitt -, attraverso un puntuale temperamento tra decisione e norma, tra legalità e legittimità, tra vincolo delle regole sociali e libertà dell'interprete.

Ora che è alle prese con gli ordinari percorsi della sovranità, con il “diritto in movimento”²⁶, Mortati riesce così a fissare, spigolando tra Kelsen e Schmitt, una griglia concettuale di notevole spessore, che potrà adattare a partire dal secondo dopoguerra alle necessità di elasticità, interpretazione, diffusività dei principi, proprie dello Stato costituzionale.

All'interno della costituzione democratica, non da ultimo per il ruolo crescente delle Corti costituzionali, apparirà chiaro che la costituzione non dà vita a un sistema che si realizza solo nelle norme e dovendosi continuamente adattare a emergenze ed eventi sempre nuovi, avrà “bisogno di attingere da fonti extrastatali gli elementi necessari a far abbracciare la totalità della vita sociale unificata dalla costituzione in senso materiale”²⁷. Un traguardo che spiega la critica alle tardive conversioni legalistiche, degli anni '50 e '60, di un Ernst Forsthoff.

3. La Costituzione materiale di fronte alla frattura costituente

Con il varo della costituzione repubblicana, saranno i principi fondamentali, proclamati nei primi 5 articoli dalla Carta, a dar corpo alla costituzione materiale, a una diversa costituzione materiale rispetto a quella dell'autoritarismo fascista. A questo complesso di principi, anche se “formulati in modo generico e in funzione programmatica”, Mortati –

²⁵ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, 1936, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., 1000.

²⁶ ID., *La costituzione in senso materiale*, cit., 110.

²⁷ ID., *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 181.

come è ben noto - riconosce immediatamente “carattere direttamente normativo”: ora come preciso criterio direttivo dell’interprete, se già oggetto di svolgimento in altre disposizioni costituzionali o di legge ordinaria; ora come specifica direttiva nei confronti del legislatore se non ancora svolti²⁸.

Qui sta la rivoluzione copernicana rispetto al regime fascista e allo stesso precedente statutario: una rivoluzione che Mortati stesso ha contribuito a realizzare, schierandosi sin dal 1943 contro il regime; avvicinandosi al personalismo di Dossetti²⁹ e infine contribuendo, da assoluto protagonista, proprio muovendo dal binomio profondamente innovativo di persona e comunità, ai lavori costituenti.

Qui si realizza l’inversione dei diritti, ancora relegati nella seconda parte della costituzione di Weimar, rispetto all’ordinamento della Repubblica.

Qui, grazie al presupposto personalistico e a quella democrazia che diventa elemento costitutivo della forma di Stato³⁰, prende vita una costituzione che muove dal pluralismo dei diritti delle persone, delle comunità, dei gruppi (il grande serbatoio cui nelle *Istituzioni* darà, in seguito, il nome di *Stato comunità*) e che in loro funzione appresta (e delimita) la sovranità e le finalità di governo del duro nucleo istituzionale ancora definibile come *Stato apparato*³¹.

La rottura della costituzione precedente, propria di un regime totalitario a partito unico è completa e radicale.

E’ ormai alle spalle Il partito unico, tramite essenziale ed esclusivo nel flusso di legittimazione tra Nazione e Stato fascista, ma orientato dai poteri direttivi che nei suoi confronti esercita il Capo del Governo, tanto da essere “in costante armonia con i fini politici dello Stato”³².

Al suo posto la Costituzione provvisoria ha già sostituito il pluralismo della democrazia dei partiti, alla cui dialettica spetta di incanalare il popolo sovrano nel processo costituente: una transizione profonda che proprio Mortati, in *La costituente. La teoria. La storia. Il problema*

²⁸ ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II edizione, Padova, Cedam, 1952, cap. VI, I, § 1, 471.

²⁹ Sul fatto che l’iscrizione alla DC, nel novembre 1944, avesse all’inizio incontrato qualche riserva di Mario Scelba in ordine ad alcune affermazioni contenute nello scritto del 1940 su *Esecutivo e legislativo nell’attuale fase del diritto costituente in Italia*, si veda la ricostruzione operata sulle carte dell’Archivio Mortati da F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica dallo Stato liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi*, Padova, Wolters Kluwer – Cedam, 2024, 114-115.

³⁰ C. MORTATI, *Commento all’art.1*, in *Commentario della Costituzione* diretto da G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, vol. I, 7.

³¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II edizione, cit., cap. I, § 8, 62-75, riprendendo “quel concetto di Stato duale”, già ampiamente emerso nel dibattito degli anni Trenta sulla rappresentanza nello Stato fascista, a partire in particolare dalla riflessione di Carlo Esposito: L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1972, vol. II, 859-67.; F. MODUGNO, *La dicotomia “Stato ordinamento” – “Stato soggetto” nel pensiero dei tre maestri*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*. Atti del Convegno di studio per celebrare la casa editrice Cedam nel I centenario dalla fondazione 1903-2003, Padova, Cedam, 2004, 35-50; M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, 263-72. Ancora convincenti le critiche di G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*. Padova, Cedam, 1986, 14-18, a proposito di una ridislocazione concettuale della statualità che non riusciva a spostare lo Stato “dal piedistallo della sua autolegittimazione” e non lo lasciava mai interamente “penetrare dalla società”.

³² C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, ARE, 1931. Citiamo dalla ristampa inalterata con una prefazione di E. CHELI, Milano, Giuffrè, 2000, 189, con le nostre osservazioni, *Le dottrine costituzionali nell’Italia fascista*, cit., 63-65.

italiano, del 1945, accompagnando il percorso della “prima assemblea popolare della storia d’Italia”³³, attraverso la rottura del precedente ordinamento, operata da una “volontà assolutamente primaria” che sta erigendo il “gradino primo” della nuova formazione statale, ha iniziato lucidamente a raffigurare.

E a raffigurare giuridicamente, perché la stessa “decisione costituente” e il processo giuridico di formazione del nuovo Stato, superando l’antitesi di diritto e politica, dovevano essere ricondotti, in quanto processi eminentemente ordinanti, al diritto³⁴.

Anche per questo, non muta per Mortati l’assetto concettuale. La barra della costituzione materiale rimane fissata sul parallelogramma delle forze e delle situazioni di potere. Così come “ogni Stato necessariamente sorge per opera di un potere costituente, indipendentemente dai modi e forme del concretarsi di questo... . In altri termini, in qualsiasi formazione statale è dato rintracciare un momento creativo, caratterizzato da un atto di decisione, diretto a dar vita ad una organizzazione autoritaria”³⁵.

Come scrive nelle *Istituzioni*, al di sotto dell’ordinamento formale si sviluppa un “ordine istituzionale sottostante” che risale “ad una comunità sociale ordinata intorno a gruppi formati nel suo seno, portatori di un’ideologia politica, cioè di una particolare concezione degli scopi dello Stato e dei valori da affermare attraverso l’azione dell’ordinamento statale, e forniti di una capacità di azione, di un’effettività di potere capace di ottenere un’obbedienza media da parte dei cittadini”³⁶.

Il tomografo di Mortati, nel 1940, nel 1945, nel 1949, allo scoccare delle date delle sue opere maggiori, nonostante gli sconquassi epocali che segnano la transizione tra fascismo e Repubblica, nonostante una dinamica sociale che, abbattuto il totalitarismo, riprende il suo intrinseco pluralismo, restituisce il medesimo tracciato. Quel tracciato, che come ci aveva ben spiegato Maurizio Fioravanti, transitava “inalterato nei suoi elementi essenziali dal fascismo alla democrazia repubblicana”³⁷.

Può apparire sorprendente per un costituente della visione e dell’impegno di Mortati. Ma occorre sfogliare oltre 70 pagine delle sue *Istituzioni* (mi riferisco alla seconda edizione del 1952, la prima a stampa, dopo la litografata del 1949) avanti di leggere una norma della Costituzione repubblicana.

Nessun cedimento, quindi, alle letture normativistiche; nessun cedimento alle visioni compiutamente ordinamentali, in grado di dissolvere l’immaginaria realtà dello Stato e, con questa, anche ogni plusvalore del *pubblico* nell’unità dell’ordinamento. Nessun cedimento

³³ C. MORTATI, *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, VIII. Una recente, parziale, riedizione dell’opera, che isola la teorizzazione mortatiana del potere costituente, in ID., *La teoria del potere costituente*, a cura di Marco Goldoni, Macerata, Quodlibet, 2020.

³⁴ Così l’attenta lettura di M. FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, Saggio introduttivo alla ristampa di Mortati, *La costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, VII-X. La prima edizione era uscita per i tipi di Sansoni, a Firenze, nel 1946, come n.15 della Collana di Testi e Documenti costituzionali promossa dal Ministero della Costituente.

³⁵ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, cit., 41-42.

³⁶ ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., cap. I, § 8, 68.

³⁷ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., 171. Lo stesso avviene per la tematizzazione del partito nel passaggio dal partito unico al sistema dei partiti: P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 355-56.

neppure a una lettura in senso essenzialmente garantistico o personalistico della decisione costituente, che asseconi l'avvento dell'età dei diritti e dello Stato costituzionale.

Tra una costituzione garanzia e una costituzione indirizzo, Mortati non ha dubbi. Così come rimane la prospettiva realistica. Così come si conserva questa ipoteca schmittiana, che costringe a leggere il processo costituente come processo di *Staatswerdung*, scandito ora dalla decisione fondativa, vero *fatto normativo* “già produttivo di ordine”³⁸; ora dal traguardo della sovrana unità politica. Mentre, sempre e solo nella nascita e nella morte degli ordinamenti, sondando i misteri della sovranità, si può giungere a cogliere l'alfa e l'omega della costituzione materiale.

Sarebbe errore imperdonabile concludere con un giudizio sommario su di un personaggio di questa complessità. Almeno a mio avviso, però, a quella altezza della storia, i grandi weimariani stavano diventando un ingombro, più che un valido ausilio.

³⁸ M. GOLDONI, *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in Mortati, *La teoria del potere costituente*, cit., 15.