

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 28 - dicembre 2023

STATO, STATUTO ALBERTINO E
COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
IN COSTANTINO MORTATI

Giovanni Bianco

STATO, STATUTO ALBERTINO E COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE IN COSTANTINO MORTATI^{°*}

Giovanni Bianco

*Professore Associato di Istituzioni di Diritto pubblico
Università degli Studi di Sassari*

Il saggio si sofferma sui contributi scientifici più rilevanti del primo periodo della produzione scientifica di Costantino Mortati, “L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano” (1931) e “La Costituzione in senso materiale” (1940), con specifico riguardo al contesto storico-culturale ed alla dottrina giuspubblicistica degli anni '30 del Novecento, al concetto di Stato e di Stato moderno in Mortati ed alla critica dello Stato liberale, all’alterazione dell’ordinamento costituzionale dello Statuto albertino, alla teoria della costituzione in senso materiale.

The essay dwells on the most important scientific contributions from the first period of the scientific production of Costantino Mortati, “L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano” (1931) e “La Costituzione in senso materiale” (1940). It specifically looks at the historical and cultural context, at the constitutional scholarship of 1930's, at the notion of State and of modern State in Mortati and at the criticism of the liberal State, at the alteration of the constitutional order of the Statuto Albertino, at the theory of the constitution in a material sense.

Sommario:

1. Rilevanza della periodizzazione storica. Dottrina dello Stato e giuspubblicistica intorno al 1930, nel periodo di affermazione e consolidazione dello Stato fascista
2. Il contributo di Costantino Mortati del 1931 su “L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano”. Profili critici e questioni controverse
3. Il saggio monografico del Mortati del 1940 su “La Costituzione in senso materiale”. La categoria della Costituzione in senso materiale tra «considerazione giuridica dello Stato moderno» e «considerazione politica del regime». Alcune riflessioni conclusive e problemi attuali

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

* Il presente testo riproduce nelle linee essenziali la relazione tenuta al Convegno di studi su “Costantino Mortati a Macerata”, organizzato dall’Università degli Studi Macerata il 4 e 5 maggio 2023.

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

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

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

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

È del 1932 la voce "Fascismo" dell'Enciclopedia italiana, in cui è scritto che «un partito che governa totalitariamente una Nazione è un fatto nuovo nella storia»; che il fascismo è «contro il liberalismo classico», che ha esaurito la sua funzione storica «da quando lo Stato si è trasformato nella stessa coscienza e volontà popolare», «il fascismo è per la sola libertà che possa essere una cosa seria, la libertà dello Stato e dell'individuo nello Stato»², anche se si afferma che «la negazione fascista del socialismo, della democrazia, del liberalismo, non devono tuttavia far credere che il fascismo voglia respingere il mondo a quello che esso era prima del 1789, che venne indicato come l'anno di apertura del secolo demoliberale, non si torna indietro. La dottrina fascista non ha eletto a suo profeta De Maistre»³.

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

² B. MUSSOLINI, voce *Fascismo*, in *Enc. it.*, Roma, 1932, 847.

³ B. MUSSOLINI, voce *Fascismo*, cit., 850. Il DE FELICE sostiene al riguardo nella voce *Fascismo*, in *Enc. del Novecento*, Roma, 1977, II, 911 ss., riferendosi al secondo periodo del regime fascista, gli anni dal 1925 al 1929, secondo la periodizzazione da lui suggerita, che «momenti essenziali della costruzione del regime furono lo scioglimento di tutti i partiti e organizzazioni non fascisti, le 'leggi eccezionali', la 'costituzionalizzazione' del Gran Consiglio del Fascismo, l'introduzione del sistema elettorale a collegio unico nazionale e a lista unica, i provvedimenti in materia sindacale e, infine, la conclusione dei Trattati del Laterano con la S. Sede». Peraltro, nello studio dell'avvento e dell'affermazione del regime fascista «è un grave errore il credere che il fascismo sia partito dal 1920, oppure dalla marcia su Roma, con un piano prestabilito, fissato in precedenza, di regime di dittatura, quale questo regime si è poi organizzato» (così TOGLIATTI, *Lezioni sul fascismo*, Roma, 1969, 20), ed è di conseguenza «logico domandarsi se i destini del fascismo e dell'Italia più che il 28 ottobre 1922 non furono decisi successivamente, nello scontro tra la componente potenzialmente costituzionalizzabile del fascismo e quella più legata ad una prospettiva eversivo-piccolo borghese» (v. DE FELICE, voce *Fascismo*, cit., 914 ss.). In tema v. i perspicui e notevoli approfondimenti contenuti in C. AMIRANTE, *Introduzione*, in HELLER, *L'Europa e il fascismo*, Foligno, 2023;

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

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

In tal guisa scriveva che «lo Statuto albertino è in gran parte superato dalle più recenti dottrine politiche e in modo positivo dai nuovi principi dello Stato fascista», «molte parti restano tuttavia pienamente conservate dal nuovo regime, quelle che si riferiscono alla religione, al re, al Senato, ai giudici», così riconoscendo al Re il ruolo di autorità di collegamento e di coordinazione organica comune ai tre poteri, richiamando l'art. 3 dello Statuto albertino

GROTTANELLI DE SANTI, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1; PALADIN, voce *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, 887 ss. In particolare, per PALADIN, voce *Fascismo (diritto costituzionale)*, cit., 888, il momento instaurativo della dittatura vera e propria è incerto, ma l'Autore esclude che esso possa coincidere con la marcia su Roma (28 ottobre 1922) o con la nomina di Mussolini a Presidente del consiglio dei ministri (31 ottobre 1922), che rispettò «in pieno l'esigenza formale della legalità», così come i primi atti di governo. Diversa la tesi del CHELI, che in *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 55, parla invece, entro un'interessante ricostruzione, di «colpo di Stato del 28 ottobre 1922». Tuttavia, sul tema secondo il nostro sommesso avviso, è preferibile parlare di “colpo di stato graduale” senza dubbio fortemente alteratore dei meccanismi di funzionamento dello Stato liberale, in cui assume, ad esempio, un'importanza certamente significativa la legge n. 2263 del 1925, per l'individuazione sul terreno normativo del regime fascista, rafforzando sotto tre distinti profili il ruolo e la posizione istituzionale e le strutture del potere esecutivo: «in quanto estromette implicitamente dal sistema la sanzione del voto di sfiducia per le responsabilità politiche del governo, tenendo ferma la sola potestà regia di revoca; in quanto altera i rapporti fra i ministri, creando la figura del “Capo del governo Primo ministro Segretario di Stato”, in luogo di quel *primus inter pares* che era il Presidente del Consiglio, ed abrogando o svuotando i principi di solidarietà e della collegialità ministeriale; e finalmente in quanto conferisce al Capo del governo determinanti potestà di direzione dell'attività delle camere, le quali cessano in particolare di disporre dell'“ordine del giorno”» (cfr. PALADIN, voce *Fascismo (diritto costituzionale)*, cit., 889). V. altresì CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2016; GALLI DELLA LOGGIA, *La “rivoluzione fascista”*, in AA.VV., *Miti e storie dell'Italia unita*, Bologna, 1999, 115 ss.; QUAGLIA, *Il ruolo della Corona dopo le riforme fasciste*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 83 ss.; TRIPODINA, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1.

⁴ MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, Milano, 1964, 16. Per la concezione statalista, di derivazione hegeliana, del Gentile v. G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1954, 108 ss.

⁵ MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., 179.

⁶ ZANOBINI, voce *Stato (diritto costituzionale)*, in *Enc. it.*, Roma, 1936, XXXII, 620.

(«partecipa al potere legislativo»), l'art. 5 («è capo del potere esecutivo»), l'art. 68 («presiede alla giustizia, che è dai giudici amministrata in suo nome»)⁷.

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

Questo però entro la struttura dello Stato autoritario fascista che si stava affermando e consolidando. Ci si riferisce, in particolare, alla preminenza del potere esecutivo (indipendente dal legislativo) (l. n. 2263/1925); alla riforma della rappresentanza politica, anche per il superamento del liberalismo e del rapporto rigidamente oppositivo tra Stato e società, che ha dato alla Camera elettiva una base «prevalentemente economica-sindacale» in luogo di quella politica (l. 17 maggio 1928 n.1019); alla previsione di un nuovo organo costituzionale, il Gran Consiglio del fascismo (l. n. 2693/1928)⁸. È crescente, inoltre, in quel torno di tempo, la polemica verso l'89 francese ed i valori della Rivoluzione, in particolare verso l'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che affermava che «la società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri è determinata, non ha una Costituzione», definita «proposizione errata», perché «ogni Stato in quanto tale, cioè giuridicamente ordinato, ha una sua costituzione e ha un proprio diritto costituzionale», ma è «Stato costituzionale» «quello Stato in cui quei principi si trovano attuati»⁹. Felice Battaglia, filosofo del diritto, parlava di «Stato quale sintesi organica», di «individuo corporato» - «Stato corporativo», «tutto nello Stato nulla contro lo Stato», «l'individuo nello Stato fascista, nonché oppresso, è tutelato e protetto, elevato dall'empiria alla sublimità dell'associazione, valorizzato», «la persona umana, definita in nuovi diritti, quelli relativi al lavoro, esige ed ottiene nuove guarentigie»¹⁰.

2. Dai diritti della Natura alla personalità giuridica

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

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

⁷ v. Per la prima citazione cfr. ZANOBINI, voce *Statuto albertino*, in *Enc. it.*, 1936, XXXII, 632; per la seconda cfr. Id., voce *Divisione dei poteri*, in *Enc. it.*, 1935, XXVIII, 117 ss.

⁸ ZANOBINI, voce *Divisione dei poteri*, cit., 117.

⁹ ZANOBINI, voce *Divisione dei poteri*, cit., 117.

¹⁰ F. BATTAGLIA, *Stato*, in *Enc. it.*, Roma, 1936, XXXII, 618.

¹¹ P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in GALIZIA - GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 2.

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

Tuttavia, nello scritto del Mortati in considerazione, se l'analisi costituzionalistica e comparativistica è rigorosa, aggiornata e penetrante, ad esempio sul governo parlamentare¹⁴, la ricostruzione della nuova forma di governo italiana è del tutto modellata nel formante della dimensione politico-istituzionale-ideologica del regime fascista.

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

Perciò il Capo dello Stato non ha un potere di collaborazione attiva nella direzione dello Stato, pur essendotitolare del potere di dissoluzione (scioglimento), ma soltanto

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

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

¹⁴ CHELI, *Prefazione*, cit., III ss.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 114 ss., che ben pone in evidenza come a «Mortati appariva del tutto chiaro il fatto che anche lo Stato liberale, pur dopo molte incertezze e quasi alla fine del suo ciclo storico, era finalmente riuscito a porre il problema di quel minimo di omogeneità politica senza il quale non può dirsi alcuno stato nella sua “essenza”, e che non può non corrispondere ad un unico organo supremo, in questo caso al Parlamento». Peraltro il Fioravanti nota come Mortati sia debitore a Schmitt «a proposito di concetti come “omogeneità politica” o “organo supremo”», ma rileva puntualmente che «Schmitt fu per Mortati (...) più uno strumento di critica alla tradizione giuspubblicistica italiana che non una vera e propria fonte ispiratrice a livello propositivo e ricostruttivo». v. in tema MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 29 ss.

¹⁵ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 33.

per accertare la concordanza con la volontà del popolo – ad esso l’attributo di «supremo» è assegnato per «ragioni storiche formali» ed è «scarsamente importante la disputa intorno alla possibilità di attuare una vera forma parlamentare in uno Stato non monarchico»¹⁶; «il Gabinetto che non voglia piegarsi all’indirizzo politico fissato dalla Camera ha la sola possibilità di dimettersi»¹⁷.

Ora, volgendo lo sguardo alla nuova forma di governo italiana di quel tempo, quel che più conta ai nostri fini è cogliere il nesso profondo tra l’idea di “Stato nuovo”, costruito dai dottrinari fascisti e dai costituzionalisti, *in primis* Panunzio e Costamagna¹⁸, e gli argomenti del Mortati, ben consapevoli del «difficile innesto tra la monarchia statutaria e il nuovo regime»¹⁹, «regime del Capo del governo» «non suscettibile di essere ricondotto alle tradizionali classificazioni delle forme di Stato e di governo»²⁰.

Questo, peraltro, deve essere oggetto di studio e di interpretazione con precipua attenzione alla categoria dello Stato moderno, «nelle trasformazioni più generali di esso, che stanno conducendo ad una generale rivalutazione del ruolo costituzionale del governo»²¹, nell’ambito della «sottoposizione dello Stato al

¹⁶ MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 32.

¹⁷ MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 35.

¹⁸ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 92 ss., che tuttavia distingue tra la concezione del Costamagna, volta ad affermare la «critica della tradizione etico-politica» e quella del Panunzio, incentrata sulla «critica della tradizione corporativa-governativa»; tra una costruzione dello “Stato nuovo” finalizzata a restaurare «la gerarchia delle discipline morali», che restituisca il primo posto alla «dottrina dello Stato» (COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934, 14), per una «riscrittura della dottrina generale dello Stato, cui affidare il compito di rivalutare quella componente etico-politica dello Stato» (M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 103); ed una diversa idea di “Stato nuovo”, che manifesta «insoddisfazione nei confronti di uno Stato fascista che si ponga in chiave esclusiva di “Stato forte”» (M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 104, che richiama PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929, 136 ss.), per l’affermazione del ruolo dei sindacati, della «capacità di essere effettivo fattore organizzativo e rappresentativo di una pluralità di gruppi sociali, tra cui i sindacati medesimi» (M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 104).

¹⁹ CHELI, *Prefazione*, cit., VI.

²⁰ CHELI, *Prefazione*, cit., VI.

²¹ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 116. V. altresì LANCHESTER, *Costantino Mortati e la dottrina degli anni trenta*, in ID. (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, 89 ss. In argomento è opportuno richiamare gli sviluppi del dibattito dottrinario, in particolare CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015 con premessa di Modugno ed introduzione di Dogliani e Silvestri; CITINO, *Considerazioni sull’indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, 2016, n. 2, 3 ss.; CUNIBERTI, *L’organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 45 ss. (con particolare attenzione al rapporto governo-

diritto», «nei limiti del diritto obiettivo», ma nel solco della opposizione, che Mortati tiene in gran conto, tra la «considerazione giuridica dello Stato moderno» e la «considerazione politica del regime»²².

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

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

Ed è anche questo inciso che ci consente di porre in risalto la problematica «accumulazione storica di istituzioni diversamente stratificabili e non sempre

amministrazione in correlazione con l'indirizzo politico); GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007. È altresì importante cogliere l'attualità di questo argomento, pur nelle trasformazioni storiche e nel mutato regime politico. Di particolare pregio al riguardo sono le riflessioni sui rapporti tra i poteri dello Stato e sul ruolo costituzionale del governo contenute in DOGLIANI, voce *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 241 ss. e NANIA, *Prime considerazioni sulla “funzione di Governo” come “funzione di indirizzo”*, in *Annuario 2001, Il Governo. Atti del 16° Convegno annuale, Palermo, 8-9-10 novembre 2001, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, 2002, 295 ss.

²² M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 114 ss. Peraltro, la «considerazione giuridica dello Stato moderno» era a ben vedere strumentale alla prevalente «considerazione politica del regime», e questo entro la considerazione del fascismo come «uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno nella sua fase post-liberale» e «in chiave di nuovo diritto pubblico» (così M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 115), che fu poi indubbiamente l'impostazione della dottrina di quel tempo. v. in argomento *ex multis* CROSA, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Studi in onore di Ranalletti*, Padova, 1930 (su questo importante contributo v. LANCHESTER, *Emilio Crosa*, in *Diz. bibl. it.*, vol. 31, Roma, 1985); DONATI, *Il governo del Re nella classificazione delle forme di governo*, 1933 ed ID., *Divisione e coordinamento dei poteri dello Stato fascista*, 1938, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 335 ss.; BODDA, *Il Capo del governo nello Stato fascista*, Bologna, 1935; BISCARETTI DI RUFFIA, *Alcune osservazioni sul concetto politico e sul concetto giuridico della dittatura*, Padova, 1936; BONAUDI, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1936, 361 ss.; RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto italiano*, Padova, 1937, 217 ss.

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

²⁴ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 127.

conciliabili», la «continuità», non la rottura, «intorno al Re», «spogliato della funzione d'indirizzo politico», con cui «si realizza l'unità dello Stato»²⁵.

In effetti, è affermato che «l'attività del Capo del Governo si esplica, in via preventiva, nel consentire ad altri organi l'effettivo esercizio delle loro funzioni», nella «coordinazione ai fini della politica generale (...) indirizzata anche all'intervento per ottenere che le manifestazioni di volontà di tali organi siano contenute nei limiti della competenza assegnata ad ognuno di essi»²⁶. Ognun vede come da ciò discenda quella che Mortati definisce puntualmente, di certo superando il riparto di competenze costituzionali indicato dallo Statuto albertino, «posizione di superiorità sugli altri organi dello Stato» del Capo del Governo, che si manifesta anche in «caso di conflitti tra essi»²⁷.

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

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

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

Peraltro, sulla posizione istituzionale di quest'ultimo organo costituzionale Mortati tornerà a scrivere – rinforzandone il ruolo ed equiparandolo a quello del Capo del Governo – nel periodo maceratese, con due scritti, uno del 1941, “Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo”³², l'altro del 1942, “Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico”³³.

Ora, è d'uopo evidenziare aporie concettuali e tentativi ricostruttivi sempre volti a rimarcare l'«unità dello Stato» e l'accentramento del «potere di coordinamento del Capo di Governo», che però è ricondotto, in sintonia con la

²⁵ CHELI, *Prefazione*, cit., VII.

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

²⁷ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 195.

²⁸ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196.

²⁹ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196.

³⁰ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196.

³¹ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196.

³² MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, 1941, ora in ID., *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1972, 517 ss.

³³ MORTATI, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, IV, cit., 517 ss.

dottrina di quei tempi, al «campo più propriamente politico»³⁴, come nuova funzione dello Stato, sottratta ai limiti dello Statuto e della legge, che attiene alla «vita dello Stato considerata nel suo movimento per l'adeguazione ai nuovi fini, via via ad esso assegnati e quindi limitato alla direzione dell'attività discrezionale degli organi costituzionali»³⁵.

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

Per cui è proprio da queste pagine che emerge l'idea mortatiana di Stato in quegli anni, entro la dottrina costituzionale del governo e della sua attività e del «regime del Capo del governo»³⁹. L'«essenza dello Stato», che «attribuisce ad esso forma unitaria e precisa identità storica», «non sta più né nel primato liberale della legge generale ed astratta né nel valore della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata»⁴⁰.

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

³⁴ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 134 ss.

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

³⁶ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 122, nt.122.

³⁷ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 196, 202, 211.

³⁸ ZANOBINI, voce *Stato (diritto costituzionale)*, cit., 620.

³⁹ MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 157; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 114 ss., 115-116.

⁴⁰ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 132.

⁴¹ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 132.

Ora, se da un lato Mortati, come ben nota il Cheli⁴², «non esita a ritenere comparabile la nuova esperienza italiana, come “monarchia a premier”, con l’esperienza inglese, come “democrazia a premier”», così proponendo «una lettura moderata del regime», nel «compromesso tra fattori disomogenei ed al limite inconciliabili»; d’altro canto proprio il concetto di indirizzo politico, «capace di unificare tutta l’esperienza pubblicistica», si pone oltre i canoni dello Stato liberale e finisce con l’accentuare, sostanzialmente senza limiti, la posizione del governo e del Capo del Governo⁴³.

Quindi, la sfera di direzione politica dello Stato e della società si attua per le «funzioni veramente caratteristiche del Capo del Governo», «dirette a dare impulso all’attività degli organi dello Stato, a coordinare l’azione di questi con le finalità generali, a controllare l’esecuzione delle decisioni prese»⁴⁴. Dunque posizione di supremazia finisce con il significare controllo del Capo del Governo sui ministri e l’apparato statale nel suo complesso, quindi pure sulla pubblica amministrazione.

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

Tuttavia Mortati non è “giurista del regime”, ma non è neppure “giurista della tradizione”. Il Cheli, al riguardo, ha osservato che Mortati nel 1931 si pone «in rapporto di continuità»⁴⁶ con la legalità statutaria. Secondo il sommo parere dello scrivente si tratta di una continuità prevalentemente formale, proprio perché l’indirizzo politico del regime, espresso dal Capo del Governo, prevale sulla natura giuridica dello Stato moderno, finendo sostanzialmente con l’assorbirla, perché orienta l’attività degli organi costituzionali e della pubblica amministrazione. Perciò con ciò staccandosi, come prima accennato, dalle tesi del Romano e del Ranalletti, sia pure in parte diverse – il secondo sostenitore della prerogativa regia e di un ritorno alla monarchia costituzionale –, secondo le quali il rafforzamento del potere esecutivo significa «governo e amministrazione», «Stato amministrativo della tradizione», nello spettro della imparzialità ed originarietà della pubblica amministrazione, e non «funzione governativa»; quindi affermando sovranità, autonomia, originarietà del potere pubblico che si concentra ed esprime al massimo grado nel potere esecutivo⁴⁷.

⁴² CHELI, *Prefazione*, cit., X.

⁴³ CHELI, *Prefazione*, cit., VIII-IX; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 132 ss., 135-136.

⁴⁴ MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 202.

⁴⁵ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 117.

⁴⁶ CHELI, *Prefazione*, cit., X.

⁴⁷ MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 195 ss.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica*

3. Il saggio monografico del Mortati del 1940 su “La Costituzione in senso materiale”. La categoria della Costituzione in senso materiale tra «considerazione giuridica dello Stato moderno» e «considerazione politica del regime». Alcune riflessioni conclusive e problemi attuali

Sussiste un sostrato profondo che lega l’opera del 1931 a quella del 1940, sulla Costituzione in senso materiale. Nel quadro dell’individuazione di «elementi che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell’ordinamento»⁴⁸, di «penetrazione verso la realtà» (Smend), Mortati sostiene un realismo giuridico «non generico»⁴⁹, ma volto ad individuare i processi effettivi che generano le costituzioni politiche e ciò che di esse è il «*proprium* del dominio», che è intendibile soltanto accogliendo nello studio del diritto costituzionale «un punto di vista sostanziale». Sul tema deve osservarsi che senza dubbio la categoria della Costituzione materiale elaborata dal Mortati risente in parte del pensiero di Carl Schmitt, con il quale sussistono comunque differenze non trascurabili⁵⁰, ed è profondamente diversa rispetto ad altre definizioni ad essa fornite dalla dottrina costituzionalistica italiana degli anni ’20-’30.

Nell’opera del 1940 essa costituisce il presupposto giuridico di qualsiasi potere costituente, di uno Stato e di una Costituzione formale e scritta, perché attiene al formarsi di una «comunità organizzata in quanto rivolta a fini generali e destinata

italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre), cit., 114 ss., 134, ove è posto in risalto tutto l’insistere di Mortati sulla esigenza di individuare la suprema *potestas*, in contrasto con la tradizione liberale della parità, e dell’equilibrio, tra gli organi costituzionali. In realtà, senza suprema *potestas* non c’è Stato, perché manca l’indirizzo politico unificante. Quel certo organo supremo non è la cosiddetta “alta autorità” del costituzionalismo liberale, di regola riferita alla figura del Capo dello Stato, non si esprime solo in senso moderatore e coordinatore. La moderna forma di Stato non ha bisogno di un manovratore, ma di un pilota, che dia e scelga la direzione di marcia.

⁴⁸ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, rist., Milano, 1998, 228.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., XVIII; MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 14 (si afferma l’«esigenza di inserire nella considerazione giuridica il principio sottostante all’ordine normativo»).

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XIV-XV, che osserva che mentre Schmitt, «aveva teorizzato, in funzione del nazionalsocialismo, “nemico di ogni artificio normativistico e funzionalistico”, “la legge dell’irriducibile primazia della conduzione politica” concreta, orientata dal conflitto politico-esistenziale fondamentale sotto l’ombra minacciosa dello stato d’eccezione, come “ultimo” principio costituzionale, sempre di nuovo chiamato all’opera dal compito di imporre un ordine perennemente in potenziale pericolo», viceversa «Mortati non era affatto un occasionista di questo genere. Non era un giustificazionista di specifici, singoli episodi di vita costituzionale [...] Lo stato d’eccezione non occupa un posto di rilievo strategico nella sua teoria, una teoria rivolta alla costruzione di nozioni dotate di significato ordinamentale oggettivo, rispetto alle quali i singoli atti politici stanno sotto, non sopra». Ora, in tal guisa SCHMITT nella *Dottrina della costituzione (Verfassungslehre)*, Berlino 1928, tr. it., Milano, 1984, 16 ss.), entro la dicotomia tra «costituzione in senso assoluto» («in primo luogo» «il concreto modo di esistere che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente») (p.16), ma anche «una regolamentazione legislativa di base» cioè «un sistema più alto e chiuso delle norme più alte e ultime» (p.20), e «costituzione in senso relativo» (che «significa la singola legge costituzionale») (p.26), afferma infatti che «può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è concretamente vigente» (p.21).

a coordinate le società particolari»⁵¹, «comunità come tale, anche se omogenea» che «non può offrire quello stabile assetto complessivo capace di formare il contenuto (...) della Costituzione materiale»; quest'ultimo può essere dato da una forza politica che si forma «nel seno della comunità»⁵².

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

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

Mortati riconosce che «il diritto presuppone un'antitesi di interessi» e la «presenza di opinioni dissenzienti» rispetto a quelle dominanti, che vanno tuttavia ricondotte ad unità (sul punto cita Heller e Schmitt)⁵⁵ per la risoluzione del conflitto d'interessi nello Stato corporativo.

Del tutto eterogeneo è il contenuto della Costituzione materiale per altri costituzionalisti italiani di quel tempo, ci si riferisce in particolare a Donato Donati. Per quest'ultimo la Costituzione materiale è «il complesso delle norme giuridiche fondamentali che formano l'ordinamento giuridico dello Stato», «sinonimo di diritto costituzionale», da distinguere dalla «Costituzione empirica», cioè dal «modo di essere di fatto dello Stato nel suo ordinamento fondamentale», «assetto obiettivo e reale dell'organizzazione politica (Romano)» e dalla «Costituzione strumentale», cioè la «Costituzione documento», «atto scritto», «che sanziona il complesso almeno principale delle norma giuridiche costituzionali»⁵⁶. È altresì sul punto da richiamare il concetto di Costituzione in Agostino Origone, che pur non parlando espressamente di “Costituzione materiale”, ponendo soprattutto l'accento sulla bipartizione della “Costituzione giuridica” tra “Costituzione formale” e “Costituzione sostanziale”, tra «il testo fondamentale delle disposizioni costituzionali» e «il complesso delle figure primarie dell'ordinamento statale, necessarie e sufficienti ad esprimere la specifica struttura politica», riteneva però che l'esistenza e la vita di una Costituzione, negli Stati costituzionali moderni, derivassero da «da un vero principio essenziale della Costituzione», che «si riferisce all'esistenza stessa di questa» «e così stabilisce la volontà suprema e definitiva nella vita dell'ordinamento», da un potere costituente, potere primigenio ed originario, di natura giuridica, qualificabile

⁵¹ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 61 nt. 13.

⁵² MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 62. In tema cfr. BRIGAGLIA, *L'ordine dal centro ai margini. A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XXII, 2022, 1, 51-72, 62; ID., *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, 2006.

⁵³ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 62. In argomento cfr. M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 154 ss., 156.

⁵⁴ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 58.

⁵⁵ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 56, nt.4.

⁵⁶ DONATI, voce *Costituzione*, in *Enc. it.*, XI, Roma, 1931.

quale «una potestà dello Stato», «quella di porre la propria Costituzione», ma di evidente origine storico-politica⁵⁷.

Ora, se la suindicata teoria è elaborata nelle parti I e II dell'importante contributo del 1940, per «slargare l'ambito delle considerazioni giuridiche»⁵⁸ e cogliere gli «elementi che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell'ordinamento stesso»; tuttavia non può non ricordarsi che l'illustre Autore nella ricerca della «convergenza tra l'astratta speculazione sul concetto di Costituzione e la concreta esperienza moderna dello Stato» e di un «contenuto assoluto della Costituzione»⁵⁹ – verifica alla stregua dello Stato moderno – assume lo Stato fascista quale paradigma di quest'ultimo, quale compimento di una vicenda storica bicentenaria, iniziata con l'affermazione «dei principi che caratterizzano la forma di governo detta appunto costituzionale, comune alla maggior parte degli Stati moderni», dello Stato costituzionale che sorge come reazione allo Stato assoluto e si fonda quindi su principi opposti⁶⁰. Peraltro, l'interpretazione della richiamata vicenda storica bicentenaria vuole essere in sintonia, non senza contraddizioni, con le opinioni della dottrina di quell'epoca, che scriveva, riferendosi allo Stato moderno ed allo Stato di diritto, che «la caratteristica precipua della forma stessa consiste nel fatto che il governo viene esercitato da una pluralità di organi, fra cui sono istituzionalmente distribuite le funzioni statali, in modo da assicurare la legittimità dell'azione dello Stato e un'equa protezione dei diritti dei cittadini verso il medesimo. In relazione a siffatte modalità la forma stessa assume in dottrina la denominazione di Stato di diritto»⁶¹.

⁵⁷ ORIGONE, voce *Costituzione*, in *N. dig. it.*, Torino, 1938, IV, 382 ss., 383.

⁵⁸ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit. 228. In tema cfr. BERSANI, *Sul concetto di costituzione materiale in Costantino Mortati*, in *Clio*, vol. 24, 1988, 663-679.

⁵⁹ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 21.

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

⁶¹ BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Stato (storia del diritto)*, in *N. Dir. it.*, XII, Torino, 1940, 826 ss., 827. Tuttavia questa perspicua definizione di «Stato di diritto» quale forma di Stato moderna deve essere intesa quale integrata e superata dalla concezione mortatiana dello «Stato moderno», successivo alla Rivoluzione francese, fortemente connotato dall'accesso alla vita politica delle masse («estendersi progressivo a masse sempre più vaste della popolazione del potere di intervenire, a volte direttamente, ma per lo più indirettamente alla formazione della volontà dello Stato») (MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 70 e G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXI). Inoltre, osserva sull'argomento il Fioravanti che la concezione dello «Stato moderno» fondata «su una precisa formula istituzionale», «sulla divisione e l'equilibrio tra i poteri dello Stato», deve ritenersi confutata dal Mortati, che nega che la «posizione di tendenziale parità» e di «reciproco bilanciamento» tra una pluralità di organi costituzionali costituisca «la vera "essenza" della forma di Stato propria della esperienza politica statale moderna» (M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 118) Anche se dappresso il Fioravanti enucleando ulteriormente la sua tesi sul Mortati

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

D'altro canto, è proprio dai primi due capitoli del libro del 1940 che si evidenzia un'evidente «origine sociale e storica» dello Stato e della Costituzione in senso materiale – si ritiene ad esempio che se «si attribuisca alla società carattere direttamente giuridico e non si voglia immaginarla in una posizione di duplicazione e di contrapposizione con lo Stato, è necessario dimostrare l'esistenza di una relazione di penetrazione con questo, tale da non eliminare la società stessa come fattore di produzione giuridica»⁶⁴ –, che dappresso si trasforma, grazie alla «forza politica» egemone, in «istanza politica» dominante.

Questo *prius* non può essere tralasciato – e sarà in seguito oggetto delle condivisibili tesi critiche del Guarino, in un saggio del 1947⁶⁵, che fu il primo autore ad accogliere parzialmente la categoria in esame nel dopoguerra, dopo il totale ripudio di essa sostenuto dal Romano nel 1945⁶⁶, che evidenziò i nessi tra Costituzione materiale e forze sociali, anche di minoranza ed individuali –; in tal guisa è fondato sostenere che per Mortati «la politica produce lo Stato, il quale produce diritto politicizzato»⁶⁷.

Da qui «la funzione costituzionale delle forze politiche» ed il superamento dello Stato liberale obiettivo, neutrale, fondato sugli atti giuridici, mentre la politica è «soggettiva, parziale». Per cui, «uno Stato concreto non può pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata

del periodo fascista parla di «principio d'unità posto accanto al principio di divisione» (p. 132). Diversa la ricostruzione contenuta in LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in GALIZIA - GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 187 ss., 221, in cui si afferma che «Mortati, di fronte alle impostazioni che negano la persistenza della divisione dei poteri all'interno del regime, sostiene che – a differenza di quello sovietico – lo Stato fascista riconosce "una sfera di autonomia dei soggetti" anche davanti allo Stato». In tema v. anche DELLA CANANEA, *Mortati e la scienza del diritto pubblico durante il fascismo*, in *Studi urbinati*, Vol. 52, n. 4, 2001, 397-417.

⁶² G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XIII e XXV.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXIV.

⁶⁴ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 59-60.

⁶⁵ GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale*, in *Foro penale*, 1947, I, 113 ss., 115 ss. 121 ss., ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione Europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, I, Napoli, 1994, 128 ss.

⁶⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, 3.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXVII.

secondo un'idea politica»⁶⁸ e la Costituzione materiale non può non contenere in sé, come sua parte costitutiva, questa collettività.

Così nel pensiero dell'insigne giurista si compie «la centralità della Costituzione rispetto allo Stato», all'opposto della scienza costituzionalistica di matrice liberale, che assumeva come «fulcro delle sue concezioni lo Stato», con «una visione metaforica, ma piena di significato giuridico, di persona sovrana»⁶⁹. Più esattamente, abbandono della dottrina della tradizione giuspubblicistica italiana che incentrava lo studio dello Stato nell'ambito della coppia «personalità» - «sovranità dello Stato», per pervenire ad una compiuta definizione della forma di Stato nella sua unità e peculiarità storica⁷⁰.

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

Orbene, nel 1931 Mortati esponeva con ricchezza di riferimenti dottrinari l'argomento dello «Stato nuovo» enucleando la supremazia del Capo del Governo⁷², nel 1940 il tema centrale del suo saggio monografico è l'origine «sostanziale» dello Stato e della Costituzione attraverso il concetto di forza politica⁷³, allo scopo di chiarire la posizione costituzionale del «partito unico dominante» e di «indirizzo» nello Stato dominato dall'ideologia corporativa fascista e dall'unità dell'indirizzo politico⁷⁴. Dunque, entro un nuovo «monismo istituzionale»⁷⁵, la Costituzione in senso materiale, come suaccennato, è

⁶⁸ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 64.

⁶⁹ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXVI.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXVI-XXVII.

⁷¹ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 59.

⁷² CHELI, *Prefazione*, cit., VI ss.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 114 ss.

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

⁷⁴ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 160-161, 171-172.

⁷⁵ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 147 («lo Stato moderno è uno Stato monistico»); M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 132 ss., che parla di «nuovo diritto pubblico», di «essenza dello Stato» «che attribuisce ad esso forma unitaria e precisa, identità storica», che «non sta più né nel primato liberale della legge generale ed astratta, né nel valore della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata», essenza dello Stato nel governo inteso «non più come parte – anche se di vertice – di uno dei poteri dello Stato, ma come organo supremo titolare dell'indirizzo politico unificante» (p. 132); G.

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

ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XXIII, che però attribuisce a Mortati un pensiero essenzialmente antipluralista «per quel che riguarda la sfera politica» anche sotto la vigenza della Costituzione repubblicana, perché «la parola partito non è stata impiegata per indicare i singoli raggruppamenti fra loro contrapposti, bensì l'insieme delle forze politiche, omogenee tra loro intorno a cui si ordina lo Stato». Tesi a nostro parere meritevole di attenzione anche critica, considerando l'evoluzione del pensiero del Mortati e la sua complessità, perché il pensiero dell'illustre Autore, ad esempio nell'edizione del 1962 delle «Istituzioni di diritto pubblico», se da un lato riconosce la necessità di una «ideologia fondamentale», che determina «l'accordo sostanziale delle varie forze contrastanti intorno a certi principi fondamentali i quali valgono a caratterizzare il tipo di Stato», questo per consentire «l'alternanza al governo dello Stato di quelle forze che di volta in volta sono investite del potere dal suffragio popolare, secondo il principio maggioritario», d'altro canto menziona pure, proprio entro la cornice del pluralismo politico, degli «istituti del regime tendenti a garantire i diritti delle minoranze», sia pure nell'insuperabile dualismo tra «partiti di governo» e «partiti non di governo», che vuole indicare l'impossibilità di «intervenire nel funzionamento del sistema dell'alternativa dei partiti al potere forze che si pongono in posizione di antitesi radicale ed irriducibile con le istituzioni poste a base del regime che informa di sé lo Stato» (p. 736). Il Cheli sul tema ritiene, riferendosi all'opera del 1931, ma i rilievi sono ovviamente estensibili ed adattabili all'intero percorso intellettuale e scientifico del Mortati, che «la premessa monista da cui l'Autore parte non riesce quasi mai ad approdare a risultati completi e convinti», «perché continuamente contrastata tanto, sul piano oggettivo, da una storia del parlamentarismo liberale con cui occorre fare i conti, quanto, sul piano soggettivo, da una vocazione pluralista (o se vogliamo democratica) – ispirata da una matrice culturale cristiana – che impedisca all'Autore di accogliere, come corollario inevitabile del monismo, anche l'annullamento della persona nello Stato» (CHELI, *Prefazione*, cit., IX). Interessanti approfondimenti sul tema si trovano in RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in GALIZIA - GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 259 ss., che parla di «una visione “dinamica” della traduzione del pluralismo sociale in unità politica» (p. 278) entro la «problematica dell'impatto dell'assetto pluralistico della società sui modelli di organizzazione costituzionale» (p. 284) e nel quadro del sistema democratico, in cui Mortati riconosce una visione tendenzialmente ampia della legittimazione dei partiti nella competizione politica, anche «per un composito sistema di “controforze”, reso necessario dall'esigenza di temperare l'assolutismo della maggioranza» (p. 296).

⁷⁶ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 75.

⁷⁷ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 27.

⁷⁸ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 85.

Questa impostazione, certamente da considerare alla stregua del suo tempo storico, ma da confutare per i suoi esiti adesivi rispetto al regime autoritario fascista, sia pure, come detto, con argomenti diversi rispetto ai costituzionalisti organici al regime⁷⁹ (Mortati peraltro non accolse mai la nozione di “rivoluzione fascista”)⁸⁰, denota sempre una decisiva connotazione di metodo e di contenuto, di grande attenzione ai fatti storici, alla struttura economico-sociale, alle reali forze operanti nella società, entro l’integrazione del metodo dommatico della tradizione orlandiana con quello storico-giuridico o storico-dommatico⁸¹.

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

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

⁸⁰ CHELI, Prefazione, cit., IX-X.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., XVIII ss.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale allo Stato fascista ed oltre)*, cit., 114 ss., 121 ss.

⁸² Per una ricostruzione del dibattito, articolato e vivace, sia consentito di rinviare a BIANCO, *Quel che resta della costituzione materiale (tra congetture e confutazioni)*, in CATELANI - LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, 2001, 487 ss., ora in BIANCO, *Repubblica, potere costituente e costituzione materiale*, Roma, 2013, 123 ss., 135, 139-140.

⁸³ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 3; BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Milano, 1964, 148 ss. (Autore che si segnala per un tono spiccatamente polemico e per argomenti piuttosto critici, non accolti dallo scrivente, che parla, con riguardo ai sostenitori della costituzione materiale, di «teorie, le quali, lasciando più o meno fuori dal diritto la autorità politica in quanto mera forza, insistono però nell’asserire la rilevanza giuridica di ciò che da quella autorità immediatamente emana: i programmi, le ideologie, i fini concreti che essa si propone», peraltro ritenendo meritevoli di attenzione e di citazione autori stranieri, quali l’Hauriou e lo Schmitt ma non quelli italiani, tra cui anzitutto il Mortati, perché a suo dire «non sembra che nella dottrina italiana vi sia a questo riguardo alcun carattere di novità, avendo essa solo rielaborato, con minor rigore e precisione, quanto già era stato svolto da noti giuristi stranieri») (pp. 148-149); BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, 605-627; ID., voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1989, 308 ss. (per il quale la Costituzione materiale può essere utilizzata al massimo «in funzione strumentale dell’interpretazione») (p. 310); CRISAFULLI, voce *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, Roma, 1975, 1032; FOIS, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in CATELANI - LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, cit., 36 ss.; C. AMIRANTE, *La Costituzione materiale da Lassalle a Mortati*, relazione al Convegno di studi su “Costantino Mortati a Macerata”, Macerata 4-5 maggio 2023. Tra i costituzionalisti viceversa sostenitori della categoria in esame v. BARBERA, *Art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna, 1975; ID., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 2010, 311 ss.; BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, 40; CHELI, *Prefazione*, cit., X; MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957; MODUGNO, voce *Costituzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988; G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., VIII ss. Accoglie la categoria ma ridefinendone il contenuto, in un senso accolto dallo scrivente, cioè ritenendo che concorrono alla determinazione del contenuto della costituzione

e sarà alimentata dalle ulteriori e feconde riflessioni mortatiane, specie tra la metà degli anni '50 e metà degli anni '70⁸⁴, nel tentativo di adattare la categoria in considerazione alla fase di costruzione ed affermazione dello Stato democratico costituzionale pluralista e nella vigenza dell'attuale Costituzione del 1948⁸⁵.

Quindi, è fondato parlare, in una visuale più ampia, di decisiva innovazione metodologica⁸⁶, – pur con talune opportune confutazioni ed un tentativo di ridefinizione della categoria della costituzione materiale e dei suoi rapporti con la costituzione formale⁸⁷ –, anche entro la ricerca di una sintesi tra il sostrato concettuale dei costituzionalisti pre-orlandiani, in particolare la costante attenzione alla storia ed alla politica, e quello della scuola dell'Orlando, nei termini su affermati⁸⁸.

materiale non soltanto le forze politiche di maggioranza ma pure quelle di minoranza, le forze sociali, anche eventualmente quelle individuali, GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla Costituzione materiale*, cit., 113 ss., 115, 121.

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

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

⁸⁶ Sul metodo di Mortati cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., 51 ss.

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

⁸⁸ BIANCO, *Quel che resta della Costituzione materiale tra congetture e confutazioni*, cit., 141.

