

Recensione a Costantino Mortati, *La teoria del potere costituente*, a cura di Marco Goldoni, Quodlibet Ius, Macerata, 2020, pp. 1-160

ROSARIO STRABONE*

Indice disponibile all'indirizzo: www.quodlibet.it/libro/9788822904669.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

R. STRABONE, *Recensione a Costantino Mortati, La teoria del potere costituente, a cura di Marco Goldoni, Quodlibet Ius, Macerata, 2020, pp. 1-160*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: rosario.strabone@uniroma1.it.

Marco Goldoni ha dato alle stampe per i tipi della *Quodlibet Ius* un saggio importante per gli/le studiosi/e del diritto costituzionale, che ripropone in chiave critica l'attualità del pensiero giuridico sul potere costituente di uno dei più importanti autori del '900 italiano, Costantino Mortati, con l'intenzione, dimostrata anche dalla chiosa finale relativa al confronto con il pensiero schmittiano, di valorizzare gli aspetti originali della sua teoria, la quale rimane la più solida e sofisticata.

Il testo, oggetto della presente recensione, rappresenta la riedizione parziale di una raccolta di scritti pubblicata per la Giuffrè nel 1972 e, prima ancora, nel 1945 dall'editore Darsena. Come ricorda Augusto Barbera nella prefazione al saggio, *La teoria del potere costituente* non è il testo più noto dei notevoli studi del grande maestro Mortati, tanto che la sua presentazione si presenta "sottotono" e, come ebbe a dire lo stesso studioso, con lo scopo di "fornire alle persone colte, non specializzate negli studi giuspubblicistici, gli elementi necessari alla comprensione dei problemi sollevati dalla costituente" (p. 7).

Il saggio si propone l'intento tacito e polemico di rappresentare tutte le versioni irrazionaliste del potere costituente, secondo le quali quest'ultimo non sarebbe altro che un evento imprevedibile da catalogare poiché incondizionato da un nuovo inizio. Muovendo da tale assunto, nell'opera di Goldoni, si presenta uno studio che appare agli occhi del lettore sistematico, con l'obiettivo principale di tratteggiare le fondamenta del potere costituente, attraverso l'elaborazione delle fasi che si susseguono lungo il percorso costituente e di individuare gli attori principali. Lavoro e ricostruzione scientifica, dunque, che lo stesso Mortati portò avanti con un emblematico rigore metodologico, che egli fece suo utilizzando l'asse storico-temporale e allo stesso tempo quello logico.

Il curatore, nel corso dell'opera, interpreta egregiamente l'originaria concezione mortatiana del potere costituente, intesa come "forza materiale vista nel momento in cui si ordina, nel momento in cui, dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica" (pag.37). Mortati punta l'accento sensibilmente sul concetto di volontà politica, proprio perché da essa derivano il fine della Costituzione e il tipo di Stato, dunque il suo carattere fondamentale, che gli consente di resistere e di adattarsi ai continui mutamenti dei rapporti sociali; non può non rilevarsi, a tal proposito, l'attualità del pensiero del grande autore novecentesco, se pensiamo alla resilienza e alla capacità nomopoietica della nostra Costituzione di fronte alle sfide del XXI secolo.

Ritornando al concetto di forza, per Mortati essa deriva da un fatto che ha il proprio fondamento in sé stesso. Si tratta di una affermazione che permette di cogliere tutta l'originalità del suo pensiero rispetto a quello di altri autori e che ci fornisce gli strumenti per comprendere il carattere tutto giuridico del momento ordinante: fin dal primo istante, per l'Autore, il sorgere di un ordinamento statale

è giuridico. È per tale ragione che egli descrive il fenomeno qui considerato come “fatto normativo, quando questo si intenda nell’esatto significato di fatto che ha in sé la sua legge e le garanzie della persistenza anche nell’avvenire” (pag.38). Mortati rifiuta categoricamente tutte le opinioni che classificano la fase formativa dello Stato come non giuridica e secondo cui il diritto sarebbe qualcosa di successivo alla formazione dello Stato, in quanto tutti i principi che animano il processo costituente sono già di per sé parte integrante del nuovo ordinamento e quindi oggetto di analisi squisitamente giuridica. Rifiuta, dunque, tutte le concezioni meramente formali del potere costituente “le quali trascurano l’esame dei procedimenti formativi dello Stato, in quanto li ritengono estranei alla considerazione del giurista, perché di mero fatto e destinati quindi a rimanere in una fase pregiuridica, affidata alla conoscenza solo del sociologo o dello storico” (p. 40) e abbraccia un approccio realista “nel quale le forze materiali e principi politici entrano quali elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell’ordine” (p. 40). Merita sottolineare, prima di passare ad analizzare il nucleo centrale dell’opera, relativo ai modi di manifestazione del potere costituente, l’importanza che assume per Mortati il partito politico nel processo costituente: esso viene qualificato da Goldoni come “centrale rispetto alla distribuzione di valori e posizioni fra membri” (p. 20). Solo il partito politico sarebbe in grado di incidere sull’organizzazione della società le coordinate e l’impronta dei fini fondamentali. Per utilizzare le parole di Zagrebelsky, in premessa al noto testo “*La Costituzione in senso materiale*”, il concetto di partito politico in senso mortatiano “non è stato impiegato per indicare i singoli raggruppamenti fra loro contrapposti, bensì l’insieme delle forze politiche, omogenee fra loro, intorno a cui si ordina lo Stato”.

L’analisi prosegue, nel capitolo secondo dell’opera, ed entra nel vivo della questione costituente analizzando, nello specifico, le modalità di manifestazione, la natura che assume e il fondamento di legittimità del potere costituente. Emerge, con estrema chiarezza, l’approccio tutto istituzionalista dell’Autore Mortati, ove rileva, dopo avere definito le differenze tra formazioni derivate, in cui persiste almeno uno degli elementi formativi dello Stato, e formazioni statali “primarie”, che “ogni singolo Stato non viene ad esistere se non per il determinarsi di un principio organizzativo specifico, che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli appartenenti ad esso [...]”. Continua Mortati con affermazione, che appare centrale nell’analisi di costituente, “che il mutamento dello Stato si ha tutte le volte al posto di un principio organizzativo ne subentra un altro” (p. 51). Nell’analisi del famoso Autore è centrale l’elemento della rottura rispetto al precedente ordinamento: rottura che avviene se, e solo se, il nuovo principio organizzativo si trovi rispetto al precedente in un rapporto di totale incompatibilità. Ed è qui, che, per Mortati, emerge l’importanza del soggetto del potere costituente cui si accennava sopra, con riferimento a gruppi più o meno ampi della popolazione ispirati ad orientamenti

“che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze e interessi” (p. 52).

L'Autore passa, a questo punto della trattazione scientifica, ad analizzare i criteri di classificazione del potere costituente, operando ben cinque distinzioni, che egli analizza con grande intelligenza e acutezza. Potrà bastare, in questa sede, e rimandando al saggio per i dovuti approfondimenti, accennare alle ipotesi saggiamente delineate, ovvero: *i*) la distinzione concernente il modo di esercizio del potere, cioè se l'esercizio del potere medesimo operi per mezzo di organi e con l'impiego di strumenti previsti dal precedente ordinamento; *ii*) la distinzione riferibile alla diversa natura degli atti attraverso cui si esplica il potere oggetto della trattazione; *iii*) la distinzione attinente alla natura dell'instaurazione della nuova Costituzione, che può essere pacifica o violenta; *iv*) la distinzione che si riferisce all'entità del mutamento, facendo esplicito riferimento all'“*essenza vitale della costituzione scritta*” (p. 68) e focalizzando l'analisi, quindi, sulla natura delle modifiche, mediante la distinzione tra quelle che si contengono in costanza con la medesima forma di Stato preesistente e quelle che giungono sino al punto di farne venire meno *la sua essenza* o, come direbbe la Corte Costituzionale, il suo *spirito*. E non è un caso che nella prefazione del testo originario del 1945 Mortati, riferendosi alla *coscienza costituente del popolo*, affermi che “*in fondo il valore sostanziale della costituente [...] è di natura spirituale, è in quel “sovraccitamento della vitalità popolare” [...]; v*) l'ultimo criterio distintivo attiene alle modalità organizzative e “*al procedimento seguito dal potere stesso nell'attività rivolta alla formazione della Costituzione*” (p. 69).

Il significato della nozione di potere costituente si lega indissolubilmente al concetto di sovranità popolare: come scrisse pregevolmente Gerhard Leibholz, “*ogni democrazia presuppone che il popolo sia sovrano, vale a dire che tutto il potere derivi dal popolo, e che il popolo sia soggetto e portatore del potere costituente*”¹. È a questo rapporto che il terzo capitolo (conclusivo) del saggio si dedica, delineando i fondamentali principi organizzativi del potere costituente, e che, in questa sede, cercherò di delinearne brevemente le coordinate essenziali.

Se l'attività costituente non può prescindere dal principio democratico e quindi dalla partecipazione della collettività popolare, come si qualifica la fase dell'iniziativa costituente? A questo primo quesito, sollevato implicitamente nel saggio, l'Autore risponde chiarendo che “*non essendo possibile una intesa diretta fra i membri di una collettività numerosa, spetta naturalmente a gruppi più o meno ristretti*” (p. 93), i quali sono necessariamente rappresentativi del popolo, assumere l'iniziativa. Un popolo, si chiarisce nel corso del volume, non astrattamente inteso

¹ G. LEIBHOLZ, *La rappresentanza nella democrazia*, ed.it. a cura di S. FORTI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 314.

e dunque incapace di agire giuridicamente, bensì un popolo organizzato attorno a una idea politica e in grado di creare un apparato coattivo che consolidi la medesima idea e dia sostanza a una forma di Stato.

Per quanto riguarda i principi di organizzazione, l'Autore si interroga sulle modalità di formazione della volontà popolare. L'Autore rifiuta il criterio del riferimento al concetto di *pars-sanior*, ritenuto inidoneo, per dare risalto, invece, al criterio della *pars-maior*, comunemente denominato principio maggioritario. Principio, questo, che permette di promuovere al meglio l'*idem sentire de Republica*, sebbene necessiti di alcuni contemperamenti tali da evitare che l'azione della maggioranza degeneri in tirannia. E, non a caso, l'Autore rileva l'importanza dei sistemi di rappresentanza proporzionale e dell'introduzione di una serie di forme di controllo sull'operato della maggioranza. Appare chiaro agli occhi dei lettori il *file rouge* del ragionamento: potere costituente che deriva da una sovranità popolare, la quale si esprime con metodo democratico e mediante l'operare di una serie di principi organizzativi, tra cui il fondamentale principio maggioritario, i quali permettono di garantire il c.d. *leale giuoco* tra le parti.

Nella seconda parte del capitolo, l'Autore del saggio si sofferma, specificamente, sul problema relativo alla compatibilità del principio della sovranità popolare con gli istituti della democrazia rappresentativa. Egregiamente, riprende le autorevoli tesi dei "classici" del pensiero politico continentale, in particolare quelle di Rousseau, di Montesquieu e dell'abate Emmanuel-Joseph Sieyès. È proprio all'interno della teoria di quest'ultimo, autore dell'autorevole teoria sul *pouvoir constituant* nel periodo delle costituzioni rivoluzionarie francesi, che Mortati rileva l'importanza dell'applicazione del "*regime rappresentativo*" (p. 105) all'attività costituente. La suddetta attività necessita, inevitabilmente, di una dichiarazione di volontà espressa in modo diretto dal popolo; dichiarazione "*che si esplicita attraverso un procedimento di nomina nell'affidare ai rappresentanti la definitiva relazione ed approvazione della costituzione*" (p. 107). A tal proposito, appare utile riportare quanto scritto nel 1792 da Marie-Jean marchese di Condorcet a proposito dell'*Exposition des principes et des motifs du plan de la Constitution*, in cui afferma che il popolo, ancorché deleghi l'esercizio del potere costituente, conserva tre importanti diritti: di iniziativa e/o veto su tutte le leggi; di richiedere la revisione della costituzione; di esprimersi, per il tramite di un *Referendum*, sulla costituzione. Al referendum l'Autore dedica la parte finale del capitolo conclusivo del saggio, con riferimento alle forme di rappresentanza e alla rilevanza delle stesse nell'ambito del potere costituente, chiarendo, saggiamente ed in modo chiaro, il significato di *referendum* e differenziandolo dalle altre forme di partecipazione (iniziativa, plebiscito, ecc.).

Giunti al termine di questa stimolante recensione, appare opportuno sottolineare l'acutezza di Marco Goldoni nel dedicare le pagine finali del saggio a delle, tanto brevi quanto intense, note sul rapporto fra costituzione e politica nel

pensiero di Carl Schmitt, redatte dal maestro Mortati e pubblicate nel 1973 dai *Quaderni fiorentini*, in cui si evidenziano egregiamente differenze ed analogie dei pensieri di entrambi i due grandi autori del '900.