

IL POTERE COSTITUENTE FRA NORMA, DECISIONE ED ISTITUZIONE.
UNO STUDIO A PARTIRE DAL PENSIERO DI HANS KELSEN, CARL SCHMITT E
COSTANTINO MORTATI

Emanuele Cornetta¹

Questo articolo è una sintesi ed una rielaborazione di alcuni concetti oggetto di analisi nella tesi di laurea in Filosofia del diritto discussa presso il Dipartimento di “Scienze Giuridiche” dell’Università degli Studi di Salerno, facoltà di Giurisprudenza, il giorno 08/06/2021 dal titolo “*Alle origini dell’ordinamento costituzionale. Uno Studio sul potere costituente*”.

Relatore: Prof. G. Preterossi. Correlatore: Prof. F. Mancuso.

Presentazione del lavoro:

Il lavoro prende in esame, con perizia, in chiave giusfilosofica e politico-filosofica il concetto di potere costituente.

Nella premessa, l’autore fornisce una definizione del potere costituente come di quel motore attivo “fondativo, dei poteri costituiti”: lo assume, quindi, come un fatto originario, storicamente determinato, indispensabile perché un ordinamento giuridico possa essere istituito.

L’analisi, che presenta non pochi elementi di originalità, prende le mosse dal pensiero di Hans Kelsen, Carl Schmitt e Costantino Mortati, le cui posizioni vengono poste in un dialogo fecondo, che ricorre ad un’ampia letteratura secondaria.

Della riflessione kelseniana, si ripercorrono i tentativi di costruire una teoria tutta tesa alla separazione assiomatica fra “Sollen” e “Sein” e la difficoltà di conciliare questa visione normativistica col *nudo fatto* che rappresenta il potere costituente. Si mette in evidenza, quindi, come la categoria della norma fondamentale, la *Grundnorm*, rappresenti il tentativo kelseniano – geniale, ma non del tutto al riparo da aporie – di mettere in comunicazione dover essere ed essere, validità ed effettività dell’ordinamento giuridico.

A partire dalle posizioni schmittiane, l’autore mette in rilievo come l’ordine trovi indiscutibilmente fondamento nel caos, nello stato di eccezione. Significa – si osserva acutamente nel lavoro – che se da una parte, la norma giuridica possa essere spiegata dall’eccezione, dall’altra l’ordine politico possa essere in qualche misura spiegato dalla rivoluzione. Questo implica che pensare la produzione politica dell’ordine, nella teoria di Schmitt, determini la necessità logica di pensare il disordine e dunque impedisca di assumere l’ordine come un dato presupposto.

Viene analizzata infine la lettura di Mortati, che fornisce un’analisi storica, logica e politica del potere costituente. Nel testo, è ampiamente evidenziato come il discorso di Mortati sul potere costituente possa essere ricondotto ad una più ampia riflessione sui presupposti e le condizioni

¹ Laureato in Giurisprudenza presso l’Università degli studi di Salerno. Da novembre 2021 dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, curriculum storico-filosofico-giuridico, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

materiali (di ordine politico, economico e sociale) degli ordinamenti. È rilevante l'acuta riflessione posta in essere sugli obiettivi polemici del discorso mortatiano: da una parte il giuspositivismo kelseniano, che relega il discorso sul potere costituente all'ambito sociologico; dall'altro, le teorie irrazionaliste che considerano l'evento costituente impossibile da catalogare o analizzare, in quanto imprevedibile.

Geminello Preterossi, Anna Cavaliere

Con grande piacere e convinzione sostengo la pubblicazione dell'articolo del dottor Emanuele Cornetta, estratto di una tesi che ho seguito sin dalle prime formulazioni e che ha ricevuto, in sede di discussione, il plauso di tutta la Commissione. La capacità di analisi, l'ottima capacità di scrittura, gli intelligenti confronti tra autori e concetti prodotti dall'autore, sono solo alcuni dei motivi che rendono convinta la mia perorazione.

Francesco Mancuso

SOMMARIO: 1.- Introduzione; 2.- La norma fondamentale e la tentata giuridificazione del potere costituente; 3.- Dalla norma fondamentale alla decisione fondamentale; 4.- Il potere costituente tra decisione ed istituzione.

1.- Introduzione

Oggetto di analisi dell'articolo qui presentato è il concetto di potere costituente². Concetto che sarà trattato esclusivamente da una prospettiva giusfilosofica e politico-filosofica, e del quale, dunque, non si proporrà un'analisi storica.

In particolare il potere costituente deve essere qui inteso come il motore attivo, fondativo, dei poteri costituiti. Esso va quindi pensato come quel fatto originario, determinatosi storicamente, senza il quale l'ordinamento giuridico non può dirsi istituito. In questo senso, esso rappresenta la scaturigine dell'ordine giuridico e quest'ultimo, di conseguenza, il prodotto del potere costituente.

Nel senso in cui lo intendiamo noi, esso si è storicamente determinato in tutti quei momenti in cui il 'politico' ha disvelato la sua eccedenza costitutiva. Se infatti si guarda alla storia moderna e contemporanea, risulta evidente che i 'momenti costituenti' si sono manifestati all'esito di

² Sul tema in esame si v. P. G. Grasso, *Potere costituente* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 642-670; C. Mortati, *Appunti sul problema delle fonti del potere costituente*, in *Rassegna di diritto pubblico*, vol. I, 1946, 26 e ss.; C. Mortati, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 139-231; F. Pierandrei *La costituzione e il potere costituente* (1946), in *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino 1965. P. Barile *Potere costituente*, in *Nuovissimo digesto italiano*, vol. XIII, 1966, 443-450; S. R. Castaño, *Il potere costituente tra mito e realtà*, Milano 2018; E. Zweig, *Die Lehre vom "Pouvoir constituant"*, ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution, Tübingen 1909; M. Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano-Varese 1960; P. Colombo, «Riforma legale» e «Potere costituente» nelle costituzioni rivoluzionarie francesi, in *Il politico*, vol. 50, n. 3, Soveria Mannelli 1985, 461-479; A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago 1992;

rivoluzioni, guerre civili o guerre mondiali. Tutti avvenimenti, insomma, che hanno comportato lo scatenamento di consistenti dosi di energia politica.

Il punto dell'analisi, però, non è propriamente questo, quanto piuttosto quello di comprendere come il momento fondativo dell'ordinamento sia variamente declinato all'interno del pensiero giusfilosofico e politico-filosofico classico.

Lo studio, in particolare, prende le mosse dal pensiero di tre autori, le cui teorie afferiscono a tre dei filoni giusfilosofici più importanti del '900: il normativismo kelseniano, il decisionismo schmittiano e l'istituzionalismo mortatiano.

È interessante approcciare al tema in questione, prendendo in analisi queste impostazioni filosofico-giuridiche sensibilmente differenti, perché ciò ci permetterà di verificare come i diversi punti di vista assunti dagli autori condizionino le loro concezioni intorno al tema in esame.

Inoltre, la comparazione fra il pensiero di Hans Kelsen, Carl Schmitt e Costantino Mortati risulta sul punto particolarmente affascinante, perché contribuisce a restituire un'immagine parzialmente nuova delle teorie da tali autori presentate.

Si seguirà un itinerario che avrà come prima tappa la teoria kelseniana della quale si metterà in luce il particolare ruolo attribuito alla norma fondamentale. Successivamente, ci si concentrerà sulla "Grundentscheidung" schmittiana, cercando di rilevare i punti di connessione e di divergenza con la "Grundnorm" kelseniana e con la funzione da essa svolta. Infine si analizzerà il concetto di istituzione mortatiano, per poi operare una considerazione finale che ci permetta di evidenziare divergenze e comunanze nei modi di intendere il processo di formazione dell'ordine giuridico da parte degli autori presi in considerazione.

2.- La norma fondamentale e la tentata giuridificazione del potere costituente

Se il potere costituente rappresenta quel 'fatto' posto all'origine dell'ordinamento giuridico, risulta evidente che per una teoria tutta intesa alla separazione assiomatica fra "Sollen" e "Sein", esso, in quanto 'fatto', non può essere analizzato e spiegato.

Oggetto teorico della scienza giuridica, così come intesa dall'autore della *Reine Rechtslehre*, è, infatti, esclusivamente il mondo normativo ed è per questo che nella trattazione kelseniana non solo la "faktizität" ma anche una delle sue espressioni, ovvero il potere costituente, non possono essere analizzati.

Quella di Kelsen è infatti una teoria che, non problematizzando la questione relativa alla produzione dell'ordine, ritiene quest'ultimo un presupposto già 'dato' da analizzare e del quale è necessario offrire una sistematizzazione teorica.

In questi termini, compito del giurista di diritto positivo³, non è indagare le cause prime dell'ordine, ed in questo senso proprio quella dimensione fattiva che lo precede e lo istituisce, ma di dare all'ordine una forma giuridica, di rendere l'ordine pensabile come 'ordinamento giuridico'.

³ Fra gli innumerevoli testi sul positivismo giuridico si v. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli 1997; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1961; ma anche M. La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze 2020.

È per questo che Kelsen, all'interno della sua teoria sull'ordinamento giuridico, relega lo studio del potere costituente e dell'effettività ordinamentale ad una disciplina diversa dalla scienza del diritto. È la sociologia del diritto, in qualità di scienza che studia il fenomeno giuridico a partire dalla sua efficacia, a doversi occupare del problema relativo al 'momento fondativo' dell'ordinamento giuridico.

Posta la distinzione assiomatica fra "Sein" e "Sollen" e compreso che la scienza del diritto debba occuparsi solo dello studio del secondo, il potere costituente, espressione della "faktizität", sembra quindi giustamente e consapevolmente trascurato dall'autore austriaco.

Questa prima parte del lavoro, dedicata al giurista di Vienna, avrà, allora, l'obiettivo di dimostrare come proprio la teoria kelseniana che tende ad oscurare quella dimensione fattuale sottesa alla normatività e, proprio in questo senso, quel potere costituente sotteso all'ordine giuridico, non riesca fino in fondo a raggiungere l'agognata "isolierung" del dato giuridico.

Il giurista austriaco sembrerebbe infatti tradire quel presupposto metodologico che informa la *Reine Rechtslehre* concernente la separazione necessaria fra mondo del "Sollen" e mondo del "Sein", fra 'dover essere' ed 'essere', in quei punti in cui ci presenta alcuni concetti giuridici in forte tensione col mondo della fattualità.

Come si vedrà a breve, uno di questi è proprio il concetto di "Grundnorm"⁴.

Entrando *in medias res*, ma procedendo comunque per gradi, è innanzitutto utile evidenziare che uno dei problemi che Kelsen deve risolvere è il problema relativo alla garanzia dell'auto-fondazione del diritto. Rispettare ossequiosamente il principio metaetico di cui si fa portatrice la legge di Hume determina, infatti, l'impossibilità di far derivare il 'dover essere' dall' 'essere'⁵; di fondare il diritto nel fatto.

Lungi, allora, dal poter pensare una fondazione fattiva dell'ordinamento giuridico, e non potendo concepire il potere costituente come motore generativo del suo "Stufenbau", Kelsen deve necessariamente ideare un *instrumentum* che gli permetta di trovare il fondamento del diritto nel diritto stesso.

Se, infatti, attraversiamo lo "Stufenbau" kelseniano dal gradino più basso a quello più alto, rinveniamo a chiusura della "costruzione a gradi", proprio una norma: la norma fondamentale. La costituzione in senso logico-giuridico, così viene definita la "Grundnorm" all'interno della *Allgemeine Staatslehre*⁶, è quella norma in cui sfocia la costruzione kelseniana. Norma non posta ma presupposta, essa rappresenta in un certo senso quell'elemento che chiude ed apre, costituisce e definisce, il sistema normativo. Nella misura in cui si rende interprete della delega originaria alla positivizzazione della costituzione giuridico-positiva, ovvero la costituzione regolante la funzione legislativa, infatti, la norma fondamentale ha, innanzitutto, il compito di 'costituire' l'ordinamento giuridico, e, in secondo luogo, quello di ricondurlo ad unità, di renderlo pensabile come un 'tutto unitario'. Emblematica, da questo punto di vista, è la

⁴ Sulla "Grundnorm" oltre ai lavori che si citeranno nel prosieguo, si v. F. Riccobono, *Norma fondamentale, costituzione, rivoluzione. Ross critico di Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, 1986, 2, 425-442.

⁵ Cfr. D. Hume, *Opere filosofiche*, vol. I: *Trattato sulla natura umana*, Bari 2008, 496-497.

⁶ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano 2013, 562-565.

definizione che ne fornisce l'autore, quando sostiene che la norma fondamentale sia ciò che *«fonda, con l'unità, la sovranità dello Stato»*⁷.

È l'elemento della "Grundnorm", insomma, che permette a Kelsen di trovare il presupposto del normativo all'interno del normativo stesso. Seppur, infatti, come sappiamo, la norma fondamentale è una norma che esiste in quanto pensata e non posta, essa rimane una norma, con la conseguente salvaguardia del principio di autoreferenzialità del diritto.

Tuttavia, e questo è l'aspetto sul quale ci si soffermerà diffusamente, l'autoriferimento del sistema normativo a sé stesso non pare poi essere pienamente garantito dalla stessa norma fondamentale, dal momento che, se si scava nel testo kelseniano, risulta evidente il prodursi di uno scivolamento dal piano della normatività a quello della fattività proprio nel punto in cui Kelsen suggella la sua costruzione con l'apposizione della norma fondamentale.

Difatti, in riferimento al contenuto della "Grundnorm", Kelsen lascia trasparire l'esistenza di un elemento fondativo-fattuale che essa presupporrebbe per essere a sua volta presupposta a fondamento dell'ordine giuridico.

Le parole dell'autore potrebbero essere utili per spiegare questo passaggio. Scrive Kelsen:

*«Se si chiede su che cosa si regoli il contenuto della norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico, un'analisi che esamina i giudizi teorici nel loro ultimo presupposto mostra che il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino ad un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso»*⁸.

A ben vedere, dunque, il contenuto della norma fondamentale riposa, innanzitutto, su *«quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento»*, il che sta essenzialmente a significare che la norma che conferisce il *fundamentum*, trovi a sua volta fondamento nella presa del potere, nel 'momento costituente'; in quella situazione storicamente e concretamente determinatasi, cioè, all'esito della quale uno o più soggetti, esercitando un potere *«a cui corrisponde, fino ad un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso»*, si assicurano il monopolio della violenza legittima e la conseguente possibilità di produrre norme.

Da questo punto di vista, si intuisce come sia l'affermarsi di un potere mediante un atto costituente e la diffusa obbedienza che esso riesce a garantirsi, a determinare la produzione di un ordine giuridico.

Ciò che qui interessa mettere in luce è che in questo modo Kelsen lascerebbe intravedere ciò che è posto aldilà della norma fondamentale, ovvero il volto gorgoneo del potere, tradendo in una certa misura quella decantata scissione fra "Sein" e "Sollen" che orienterebbe lo scienziato del diritto nella selezione dei concetti analizzabili. Ed infatti, ragionandoci, se il 'fondamento del fondamento' è rappresentato dall'atto costituente e dall'obbedienza che il potere affermatosi si garantisce, la distanza fra 'essere' e 'dover essere', contrariamente a quanto Kelsen cerca di dimostrare, si riduce sensibilmente.

⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in *Dottrina dello Stato*, Napoli 1994, 64.

⁸ Kelsen, *Lineamenti cit.*, 100.

In questo caso, infatti, l'efficacia, declinabile nella doppia accezione di 'efficacia' dell'atto costituente originario e di 'effettività' dell'ordinamento giuridico dall'atto costituente fondato, appare essere proprio la *condicio sine qua non* della validità⁹ 'esistenziale' della norma fondamentale, di modo che non pare possibile tenere fermo l'assioma dell'autonomia e dell'integrità ontologica della sfera del "Sollen"¹⁰, il quale invece risulta intimamente co-implicarsi con la sfera del "Sein".

Così la "Grundnorm" kelseniana pare divenire una sorta di norma di copertura; una norma cioè che copre il fatto della presa del potere e della sua effettività, tanto da lasciarci intendere che attraverso la sua presupposizione l'obiettivo sia proprio quello di ricondurre a razionalizzazione normativa il principio di effettività¹¹.

Cosa sembra infatti fare la norma fondamentale se non giuridificare il fatto della presa del potere, se il suo contenuto, per espressa ammissione dell'autore, riposa proprio sulla presa del potere e sulla sua tenuta effettiva?

La norma fondamentale si limiterebbe, insomma, a tradurre il linguaggio fattuale in linguaggio giuridico; a tradurre, cioè, il fatto della presa del potere in un'oggettivazione normativa, che renda il dato fattuale conforme a quella stabilità di cui la costruzione normativa kelseniana necessita. Quasi che sia solo per il tramite della "Grundnorm" che il potere costituente e l'effettività normativa possano essere conosciuti dallo scienziato del diritto.

In questi termini, l'unico potere che può essere conosciuto dallo scienziato del diritto è il potere reso conoscibile dalla "Grundnorm", ovvero, il potere giuridico in quanto giuridificato.

Ma quando un potere diviene giuridico per Kelsen? All'atto della presupposizione della "Grundnorm".

E quando la "Grundnorm" può essere presupposta? Quando ci si trovi di fronte ad un potere effettivo.

In questo senso sarebbe proprio la norma fondamentale a dotare di giuridicità il potere effettivo, così che l'effettività del potere non basterebbe a renderlo 'giuridico', ma sarebbe comunque condizione necessaria perché la giuridicizzazione del potere possa compiersi attraverso la norma fondamentale.

Il ragionamento è contorto, ma esplicativo del fine che Kelsen deve conseguire: la fondazione del diritto nel diritto e non nel fatto.

È evidente però che, almeno sotto questo punto di vista, la teoria kelseniana vada incontro ad una sorta di circolarità tautologica, in virtù della quale il potere per essere giuridico deve essere effettivo, ma per essere pensato come effettivo dallo scienziato del diritto deve essere reso giuridico dalla "Grundnorm".

⁹ Per una interessante critica del concetto di 'validità' della norma kelseniana si v. L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, Bari 2016.

¹⁰ J. F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, Bari 2016, 122.

¹¹ Interessante da questo punto di vista, è quanto scrive Chessa, quando sostiene che la norma fondamentale: «*Ci dice solo che se di fatto obbediamo alla costituzione, dobbiamo presupporre il dovere di farlo. È l'effettività della costituzione a produrre il dovere di presupporre che all'origine di quest'efficacia ci sia una norma vincolante. Tuttavia questo dovere di presupporre una norma fondamentale varrà soltanto per coloro che già agiscono come se la costituzione fosse fonte di norme valide. Nei confronti di chi non è allineato con questa credenza, non può logicamente sortire alcun vincolo: semplicemente sarà inesistente.*» (O. Chessa, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010, 65)

Quando Kelsen si occupa del contenuto della norma fondamentale, cerca di rendere comprensibile la funzione attribuita alla norma fondamentale, facendo un esempio che risulta qui utile riportare per definirne il campo di operatività. L'esempio è quello di un gruppo di uomini che tenta mediante un brusco rovesciamento di porsi al posto del governo legittimo e di cambiare il governo, fino ad allora monarchico, in repubblicano. Se questo tentativo riesce ed il nuovo ordinamento inizia ad essere maggiormente efficace del primo, ci si comporta allora con questo come con un ordinamento giuridico e si presuppone una nuova norma fondamentale, non più quella che delega come autorità legislatrice il monarca, ma quella che delega invece il regime rivoluzionario¹².

Dal nostro canto è evidente come sostenere che sia necessario presupporre una nuova norma fondamentale che deleghi l'ordinamento subentrato alla produzione di norme, nel momento in cui esso cominci ad avere maggiore efficacia del vecchio, renderebbe manifesta la funzione svolta dalla norma fondamentale: formalizzare giuridicamente qualcosa che nella sostanza già esiste, ovvero l'effettività dell'ordinamento; il 'fatto', per l'appunto, che esso sia «*efficace nelle grandi linee*»¹³ e possa per questo rendersi produttivo di norme.

Peraltro, l'aspetto davvero interessante è che Kelsen non tenga poi più di tanto a nascondere il fatto che la "Grundnorm", in fin dei conti, dia una forma normativa all'effettività.

Se, infatti, si fa riferimento ad uno dei possibili contenuti attribuiti da Kelsen alla norma fondamentale e specificamente al seguente: «*Ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita - perché decisa attraverso l'atto costituente, aggiungiamo noi - ed efficace - perché largamente obbedita -*»¹⁴ la constatazione circa il fatto che la norma fondamentale copra il fatto della presa del potere e della sua tenuta effettiva, si dota di una prova testuale difficilmente oppugnabile.

A convalida della nostra tesi circa la funzione in qualche modo coprente del dato fattuale operata dalla norma fondamentale può essere utilmente riportato un altro passo kelseniano che restituisce, inoltre, l'immagine del rapporto di costante tensione fra effettività e normatività che si produce all'interno della riflessione kelseniana.

Scriva l'autore nel famoso passo relativo alla 'banda di briganti' che:

*«Se l'ordinamento coercitivo su cui si fonda - una banda di briganti - e che comprende l'ordinamento interno ed esterno non viene qualificato come ordinamento giuridico [...] questo avviene perché non si presuppone una norma fondamentale, in base alla quale ci si deve comportare conformemente a questo. [...] Ma, e questo è il problema di fondo, perché non si presuppone tale norma fondamentale? Essa non viene presupposta perché, o più esattamente, se questo ordinamento non ha quell'efficacia continua [...]»*¹⁵.

Questo passo rende evidente, innanzitutto, la connessione esistente fra norma fondamentale ed effettività, manifestando la necessaria co-implicazione del piano normativo con quello della

¹² Cfr. Kelsen, *Lineamenti* cit., 99-100

¹³ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 226.

¹⁴ Id., 242.

¹⁵ Kelsen, *La dottrina* cit., 61.

fattualità, ma permette anche l'emersione di un altro dato particolarmente interessante e cioè che il potere sembri assumere una valenza nella costruzione kelseniana solo all'atto del mostrarsi come potere effettivo. Difatti la mutazione in potere giuridico operata dalla "Grundnorm" sarà possibile solo nel momento in cui un potere avrà raggiunto un grado di effettività tale da sostituire un vecchio ordinamento. In questo senso, il potere sembra concepibile da Kelsen solo nella misura in cui esso sia effettivo con la conseguenza che l'ordinamento della banda di briganti non è ordinamento giuridico solo perché non ha raggiunto quel grado di effettività minimale che lo renda tale.

È per questo che si può sostenere, senza timore di essere smentiti, che per il giuspositivismo kelseniano le azioni rivoluzionarie, espressione del 'momento costituente', siano azioni a-giuridiche che devono essere qualificate di per sé come estranee o contrarie al diritto, siccome non giustificabili sulla base di norme prestabilite. Ma paradossalmente, senza altrettanto timore di essere smentiti, si può sostenere che siano proprio le stesse azioni rivoluzionarie ad essere riconosciute dallo scienziato del diritto come azioni legittime e non anti-giuridiche, se riescano nell'intento di sovvertire il vecchio potere costituito, sostituendosi a quest'ultimo¹⁶. Ciò che distingue l'ordinamento di una banda di briganti da un ordinamento giuridico è allora solo l'effettività che esso riesce a garantirsi; effettività che la "Grundnorm", come visto, presuppone. Perdonando lo scioglilingua, la si potrebbe dire in questo modo: in Kelsen il 'gioco del potere' è sempre fra ordinamenti costituenti che destituiscono, consolidandosi come ordinamenti costituiti, e ordinamenti costituiti che vengono destituiti.

L'ordinamento emergente, quindi, espressione di quel potere costituente che rappresenta il 'non detto' kelseniano, figura quale ante- ed anti-normativo. Ma la sua qualificazione di anti-legale viene meno nell'istante in cui esso, divenendo maggiormente effettivo del vecchio ordine costituito, si spoglia del suo carattere di potere pre- ed anti-giuridico, di potere, per l'appunto, costituente, assumendo invece il carattere di potere costituito.

In Kelsen quindi si dà una sorta di competizione per l'effettività fra ordinamenti contrapposti. Il potere politico contingente, ineffettivo, non ancora in grado di trascendere la propria particolarità per divenire potere giuridico, non interessa al giurista di diritto positivo. Questo perché, fintantoché il potere è ineffettivo, è anche incapace di istituire un ordinamento giuridico ed è dunque un potere che, agli occhi del giurista, non assume alcuna rilevanza perché non dota la scienza giuridica del suo unico oggetto di analisi.

In questi termini, sembrerebbe quindi che il perno centrale della costruzione kelseniana sia la questione relativa all'effettività. E sarebbe, così, più l'effettività che la delegazione alla produzione di norme, operata dalla "Grundnorm", a rendere l'ordinamento pensabile come 'giuridico'.

Ad avvertire un certo grado di tensione fra giuridicità e fattività in questo punto della trattazione kelseniana è anche Mortati, il quale rileva, all'interno della sua opera più importante¹⁷, la contraddizione kelseniana fra l'esigenza di escludere dal concetto di diritto qualsiasi riferimento al dato fattuale e l'implicita deduzione della norma fondamentale proprio dalla fattualità.

¹⁶ Cfr. P. G. Grasso, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Torino 2006, 8.

¹⁷ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1998, 22-23.

Mortati evidenzia, da un lato, l'esito tautologico al quale perviene la norma fondamentale se considerata una mera ipotesi, dal momento che essa non darebbe ragione della validità del diritto positivo, non risolvendo l'antitesi problematica fra costituzione reale e costituzione giuridica; dall'altro, la necessaria riconduzione della norma fondamentale a quegli aspetti storico-politici generativi della costituzione sostanziale.

La forza della critica mortatiana alla "Grundnorm" sta proprio nel riconoscimento di questi aspetti politico-fattuali come assi fondanti dell'ordinamento giuridico ed anche nell'identificazione della norma fondamentale con la costituzione sostanziale e con le forze sociali da cui questa promana. La norma fondamentale secondo Mortati viene addirittura a confondersi con l'efficacia della costituzione sostanziale, con la conseguenza che essa non si vedrebbe attribuita quella funzione 'costituente' dell'ordinamento giuridico, che Kelsen, invece, le ascrive.

In Mortati, insomma, la stessa categoria di 'norma fondamentale' cade di fronte ad una realtà sociale che «*opera quale fonte di giuridificazione*»¹⁸ e conferisce validità al sistema normativo, ponendosi alla ricerca della fonte dell'ordine costituzionale nell'intrinseca giuridicità del momento formativo dello Stato¹⁹.

D'altra parte, Bobbio pare giungere al medesimo risultato del giurista calabrese, quando afferma che, in ultima analisi, ciò che consente di identificare un ordinamento come giuridico non sia la validità delle norme, ma la loro efficacia, «*il che vale quanto a dire - scrive Bobbio - che ciò che chiude il sistema non è una norma ma un potere*»²⁰. Infatti, nel chiedersi se sia la norma fondamentale che trasforma il potere in diritto o se invece sia proprio il potere effettivo ad operare il suo auto-trascendimento in diritto, il giurista italiano mette in crisi, al pari di Mortati, l'utilità della norma fondamentale kelseniana.

Ora, a prescindere dalla reale fonte di giuridicizzazione del potere - la "Grundnorm" o l'effettività di cui esso gode stabilmente - è certo che il 'potere' assume rilevanza nella teorizzazione kelseniana solo nel frangente in cui esso inizia ad esistere normativamente, ad esistere cioè come potere giuridificato in quanto effettivo.

È per questo, allora, che il potere, come sostiene a ragione anche Preterossi, è per Kelsen solo il potere giuridico²¹, nella misura in cui esso viene teoreticamente reso comprensibile dalla scienza del diritto solo all'atto della sua *mise en forme* operata dalla "Grundnorm".

È evidente infatti che, pur se vi è una consustanzialità fra messa in forma e effettività del potere, posto che la prima non può avvenire in assenza della seconda, questa mediazione fra 'essere' e 'dover essere', di cui la "Grundnorm" si rende interprete, non può assolutamente venire meno, data, l'impossibilità di fondare il diritto nel fatto.

Per quanto sia utile precisarlo ulteriormente, infatti Kelsen non potrebbe mai ammettere che la validità della costituzione possa riposare sulla sua durevole efficacia, perché la sua costruzione,

¹⁸ C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano 1962, 153.

¹⁹ F. Riccobono, *Antikelsenismo italiano*, Torino 2017, 51.

²⁰ Cfr. N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma 1983.

²¹ G. Preterossi (cur.), *Potere*, Roma-Bari 2007, 147.

assumendo gli stessi esiti delle teorie giusrealiste, finirebbe col tradire l'asserita indipendenza del "Sollen".

All'atto dell'operare questa mediazione fra "essere" e "dover essere" è chiaro che la "Grundnorm" svolga anche quella particolare funzione gnoseologico-conoscitiva attribuitale giustamente da Catania²². Essa, infatti, sarebbe necessaria a spiegare cosa sia il potere effettivo dal punto di vista della scienza giuridica²³.

È proprio in questo senso che, a nostro modo di vedere, la norma fondamentale dovrebbe essere intesa alla stregua di una 'norma filtro' capace di tradurre il vocabolario sregolato ed a-sistemico della fattualità nel linguaggio sistemico e regolato del giuridico.

Ma quest'ultima considerazione, che ci introduce alle battute finali di questa prima parte del nostro scritto, rende manifesto un aspetto a nostro avviso davvero rilevante della questione sul rapporto fra diritto e potere in Kelsen.

La teoria dell'autore austriaco, infatti, rivela ad un occhio attento, quanto non sia il potere a necessitare di essere giuridificato, ma quanto sia piuttosto lo scienziato del diritto a necessitare la giuridificazione del potere per renderlo pensabile attraverso le categorie di cui esso si serve. Se infatti essa svolge la funzione di rendere conoscibile il potere legittimo, in quanto effettivo, agli occhi dello scienziato del diritto, tale funzione pare essere particolarmente utile per quest'ultimo. Proprio in questo senso per Catania la norma fondamentale kelseniana fungerebbe da norma di riconoscimento; da norma cioè che, al pari del ruolo attribuito da Hart alla norma di riconoscimento²⁴, permetta di riconoscere il potere legittimo in quanto effettivo ed altresì di rilevare il diritto valido e da obbedire proprio perché prodotto dal potere legittimo.

Peraltro, un ulteriore aspetto da mettere in luce è che Kelsen nel suo tentativo di formalizzare l'atto fondativo dell'ordinamento, qualificandolo come normativo, abbia depotenziato, come sostiene Kervègan, la costante tensione esistente fra "Sein" e "Sollen"²⁵, con la conseguenza che, proprio assumendone la distinzione assiomatica, ad essere pregiudicato è il fine demistificatorio che l'autore vorrebbe perseguire.

È infatti vero che la norma fondamentale può garantire, seppur con le difficoltà e gli scivolamenti che oramai conosciamo, l'auto-fondazione del "Sollen", ma non forse al prezzo di abdicare al perseguimento di quel fine demistificatorio che rappresenta il presupposto deontologico al quale l'intera opera kelseniana è informata? Ed infatti, oscurare il 'fatto costituente', non vuol dire proprio rinunciare a disvelare ciò che il diritto nasconde, ovvero l'origine violenta dell'ordine stesso? Ma questo, ancora, non vuol dire rinunciare a rappresentare il diritto così come è? O, per utilizzare una frase cara allo stesso Kelsen, rinunciare a che la conoscenza torni a squarciare i veli con cui la volontà avvolge le cose?²⁶

È indubbio in ogni caso, e questa è la tesi che si vuole sostenere, che la norma fondamentale nella prospettiva kelseniana serva ad arginare in un certo modo la questione riguardante il momento fondativo dell'ordinamento giuridico, proponendone un'autofondazione, per certi

²² Cfr. A. Catania, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli 1983.

²³ Id., 37.

²⁴ Cfr. H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino 2002, 118 e ss.

²⁵ Kervègan, *Che fare di Carl Schmitt?* cit., 106.

²⁶ Kelsen, *Lineamenti* cit., 60.

versi forzata. Pertanto la “Grundnorm”, sia che se ne faccia emergere la funzione delegante, sia la funzione di riconduzione ad unità dell’ordinamento giuridico, sia, ancora, la funzione gnoseologico-conoscitiva, sembra rimanere un tentativo, più o meno riuscito, di razionalizzare normativamente il momento costituente e, specificamente, di renderlo pensabile dal punto di vista normativo.

3.- Dalla norma fondamentale alla decisione fondamentale

Se in Kelsen la realtà fattuale del potere costituente, la sua espansività e la sua onnipotenza vengono solo alluse in quel punto del sistema dove la potenza formale del diritto racchiude essa stessa onnipotenza ed espansività, ovvero nella “Grundnorm”²⁷, in Schmitt, invece, il potere costituente e la decisione politica vengono fatti assurgere a centro della intera costruzione, a significare che l’ordine non può essere concepito se non a partire dal disordine e dalla sua messa in forma operata dalla decisione stessa. Da qui l’idea che la decisione politica sia l’unica fonte possibile di mediazione fra l’irrazionalità del disordine e la razionalità dell’ordine e da qui, ancora, l’idea che sia la dimensione politica a strutturare la dimensione giuridica.

Il dato dell’instabilità politica come costante dello Schmitt teorico del *Concetto di ‘politico’*²⁸ emerge con tutto il suo vigore anche all’interno della *Teologia Politica*²⁹, dove appare evidente che l’ordine trova fondamento nel caos, nello stato di eccezione, e che se la norma giuridica è spiegata dall’eccezione, l’ordine politico è in qualche misura spiegato dalla rivoluzione³⁰. È per questo che, se in Kelsen il potere costituente ed il disordine si trovano in un rapporto di trascendenza massimo rispettivamente con il potere costituito e l’ordine, in Schmitt, invece, fra essi si instaura un rapporto di profonda immanenza, come giustamente sostenuto da Negri³¹.

Da questo punto di vista, forse la cifra costitutiva del pensiero di Schmitt sta proprio nella capacità di confrontare costantemente il portato di un concetto con la sua negazione, ed ancora di più nella bravura di trarre dal concetto negativo la validità del concetto positivo.

La teorizzazione dello stato di eccezione è, da questo punto di vista, emblematica, perché così come l’ordine prende forma nel disordine e l’unità politica nella potenzialità della sua disgregazione, così la sovranità prende forma nello stato di eccezione.

Per Schmitt, quindi, pensare la produzione politica dell’ordine determina la necessità di pensare il disordine e dunque l’impossibilità di ritenere l’ordine un dato presupponibile, analizzabile, per l’appunto, nella sua datità, a differenza di quanto pare emerge dallo studio delle pagine kelseniane. Ed infatti, il tema centrale della trattazione dell’autore tedesco diviene, non l’ordine in sé, né tantomeno la sua sistematizzazione, quanto la sua problematica produzione.

Schmitt, da questo punto di vista, critica la netta scissione proposta nella *Reine Rechtslehre* fra politica e diritto, nella misura in cui essa, operando in questo modo, non renderebbe ragione del fenomeno giuridico. Il fenomeno giuridico infatti, contrariamente a quanto si fa mediante

²⁷ Negri, *Il potere* cit., 12.

²⁸ C. Schmitt, *Il concetto di ‘politico’*, in *Le categorie del ‘politico’* (87-183), Bologna 2013.

²⁹ C. Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico* (29-86), Bologna 2013.

³⁰ C. Galli, *Le teologie politiche di Schmitt*, in *Lo sguardo di Giano*, Bologna 2008, 56.

³¹ Negri, *Il potere* cit., 8-16.

l'operazione di "isolierung" proposta da Kelsen, sarebbe spiegabile ed analizzabile solo pensando alla sua genesi politica.

In fin dei conti, Kelsen secondo Schmitt elude quel problema che nel primo capitolo di *Teologia politica* viene indicato come centrale per la teoria del diritto, ovvero il problema dell'eccezione nei suoi rapporti con la normalità. Il normativismo kelseniano per Schmitt si mostrerebbe miope nei confronti di quell'elemento decisionistico che è dato trovare in ogni ordinamento ed in ogni norma e che assume la funzione di istituire la situazione normale³². Per Schmitt è la decisione politica a tradurre il disordine in ordine ed è fondamentale, per ogni giurista che voglia rappresentarsi il fenomeno giuridico nella sua essenza, essere consapevoli di ciò.

L'imprescindibilità dell'elemento politico-decisionistico per l'istituzione dell'ordinamento giuridico appare chiara nella misura in cui, se la norma presuppone una condizione di normalità fattuale per operare, anche l'ordinamento giuridico presuppone sempre un ordine che è compito di un potere politico assicurare.

Proprio per questo Schmitt, criticando Kelsen, lega il diritto a quella particolare dimensione del "sein" rappresentata dal 'politico', e fonda l'ordinamento giuridico non nel diritto - nella "Grundnorm" - ma nella "Grundentscheidung", nella decisione 'base' o fondamentale³³. Insomma, per Schmitt: «l'ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma.»³⁴

In questo senso, la decisione della *Teologia politica* gioca presso Schmitt un ruolo paragonabile a quello della "Grundnorm" nella *Dottrina pura del diritto*, perché entrambe fungono da elemento fondativo dell'ordine giuridico, garantendone contemporaneamente la struttura e la completezza ed evitando il *regressus ad infinitum* a cui l'ordinamento sarebbe soggetto in assenza di tali elementi fondativi³⁵.

Difatti, quella decisione sullo stato di eccezione della *Teologia politica* schmittiana, all'atto dell'istituire quella situazione media omogenea, di normalità, su cui l'ordinamento si fonda, cosa rappresenta se non l'elemento di chiusura e di costituzione dell'ordinamento giuridico?

Così la teoria della sovranità schmittiana è una teoria che non slega 'politico' e 'giuridico' ma ne sottende, invece, la necessaria unione, concependo, da un lato, l'ordine giuridico solo in funzione della sua produzione politica e, dall'altro, il 'politico' solo in funzione della sua stabilizzazione giuridica, come simbolizzato emblematicamente dalla decisione sovrana della *Teologia politica*.

La decisione politica sullo stato di eccezione, la decisione cioè fondativa dell'ordine, assume infatti in Schmitt un carattere intimamente giuridico pur distinguendosi, in questo preciso caso, dalla norma giuridica.

Scriva infatti Schmitt:

³² Kervégan, *Che fare di Carl* cit., 122-123.

³³ Cfr. C. Galli, *Sovranità*, Bologna 2019, 102.

³⁴ Schmitt, *Teologia politica* cit., 37.

³⁵ Kervégan, *Che fare di Carl* cit., 116.

«Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto.»³⁶

In questo passo, in effetti, Schmitt condensa tutto il senso della sua teorizzazione, mettendo in luce come in quello 'stato' ove il diritto risulta sospeso, non sia il diritto stesso a legittimare la produzione di diritto, quanto piuttosto l'autorità di cui gode il soggetto sovrano. La decisione si distingue in questo caso dalla norma, perché essa si rende istitutiva dell'ordine giuridico e si presenta, proprio per questo, come slegata da qualsiasi contenuto giuridico predeterminato. In questo frangente, infatti, l'autorità politica si dimostra davvero indipendente, perché la sua decisione è creatrice di un nuovo assetto giuridico e non risponde a nient'altro che alla volontà del soggetto sovrano.

È proprio qui, a nostro modo di vedere, che è possibile rintracciare un altro segmento della critica schmittiana all'auto-fondazione del diritto proposta da Kelsen, poiché, al determinarsi della situazione eccezionale, l'autorità politica dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto. L'autorità politica infatti dota la propria decisione di cogenza grazie al solo fatto che essa si presenta come un'autorità sovrana. La decisione politica è così valida in sé non essendo essa subordinata ad alcuna fonte di validazione ulteriore.

Schmitt rende in questo modo palese come la costruzione normativistica kelseniana ed in generale le teorie giuspositiviste possano funzionare solo nelle situazioni normali, in cui l'ordine è istituito, e come, invece, esse siano inadeguate a spiegare quei momenti in cui è mancante una legge dello stato che disciplini un dato fenomeno.

Per questo secondo Schmitt quello degli esponenti della dottrina dello Stato positivista, i quali sostengono che l'eccezione non dimostra nulla e che solo la normalità può essere oggetto di interesse scientifico, è solo razionalismo conseguente. Razionalismo che va combattuto attraverso una filosofia della vita concreta che spiega abilmente come, non sia la normalità, ma l'eccezione, a provare tutto.

Quella di Schmitt è insomma una teoria volta a dimostrare, sì la superiorità esistenziale del 'politico' rispetto al 'giuridico', così come emerge quando, in riferimento allo stato di eccezione, Schmitt scrive che «l'esistenza dello Stato dimostra un'indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica»³⁷, ma soprattutto la co-implicazione fra politica e diritto.

Questo è evidente sia in riferimento alla decisione politica della *Teologia politica*, che in riferimento alla decisione politica fondamentale circa la forma e la specie che un'unità politica debba assumere di *Dottrina della costituzione*, la quale infatti, non assume solo una valenza politica, ma, nel consolidare l'identità che deve essere attribuita ad una determinata unità politica, ha anche un'evidenza immediatamente giuridica³⁸.

³⁶ Id., 40.

³⁷ Schmitt, *Teologia* cit., 38.

³⁸ Sul rapporto fra le opere 'politiche' di Schmitt ed il suo trattato sulla costituzione si v. E. W. Böckenförde, *Il concetto di «politico» come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt in Diritto e secolarizzazione*, Bari 2007, 115-134.

L'aspetto però interessante è che queste decisioni politiche assumano il carattere comune di essere infondate, cioè slegate da qualsiasi tipo di fondamento, desostanzializzate. Si rende evidente infatti che esse siano espressione del soggettivismo radicale di chi le pone, sia esso il sovrano che decide sullo stato di eccezione, sia essa l'unità politica che decide sulla sussistenza di un 'nemico', sia esso il popolo che decide circa la forma da attribuire all'unità politica che esso stesso costituisce.

Concentrandoci sull'opera del 1922, la *Teologia politica*, Schmitt infatti ci dice davvero poco della decisione sovrana che risolve lo stato di eccezione, alla cui base non è posto alcun fondamento storico-materiale. Questo avviene anche nel caso dell'opera del 1932, *Il concetto di 'politico'*, ove il nemico viene attaccato solo in quanto portatore di una visione, non moralmente deplorabile, ma esistenzialmente differente dal punto di vista di chi muove l'attacco. Il nemico viene cioè attaccato in quanto "totalmente altro" e basta alla sua essenza che egli sia qualcosa d'altro, in un senso particolarmente intensivo, per addivenire con lui ad un possibile conflitto³⁹. In tal senso, qualsiasi contrasto, sia esso religioso, morale, economico, razziale può trasformarsi in un contrasto politico e far raggruppare gli uomini in amici e nemici⁴⁰. Tutto è 'politicizzabile' e proprio per tale ragione la distinzione amico-nemico può assumere una rilevanza autonoma, indipendente da qualsiasi contenuto.

L'alterità del nemico è però decisa e non semplicemente data sul piano della staticità. E tale decisione deve essere esistenziale, perché presa da chi è parte in causa sul terreno del conflitto: solo se questi decide che "l'altro" rappresenta una minaccia alla sua forma di esistenza, può dirsi raggiunto il conflitto⁴¹. In questo senso, non è il contenuto, ma l'atteggiarsi "tellurico" dell'essere umano a determinare la politicità, così che il 'politico' sembra davvero avere in sé un germe nichilistico, perché non presuppone alcuna sostanza ma solo una dinamica antropologica⁴².

Si può sostenere quindi che Schmitt in qualche modo tenti di de-sostanzializzare il 'politico', ipostatizzandolo. Il 'politico' esiste aldilà di qualsiasi 'essenzialismo'⁴³, pur collocandosi pienamente nella dimensione esistenziale.

Altrettanto, leggendo le pagine schmittiane della *Teologia Politica*, le quali, essendo legate all'aspetto della decisione fondativa dell'ordine giuridico sono per noi le più interessanti da esaminare, sembrerebbe che l'autore, nel privare il *fundamentum*, ovvero la decisione, di un fondamento storico-materiale, tenti di istituire una 'teoria generale della decisione': ma, e la domanda pare lecita, è possibile ipostatizzare la decisione e la sovranità, non chiedendosi perché e come nasca il soggetto concreto che decide sullo stato di eccezione?

Davvero la decisione può essere tutta immediatezza, senza che essa attraverso un procedimento di integrazione, porti al suo interno la dimensione sociale? E quindi, proprio in questi termini, davvero il fattuale decisionistico può essere spogliato del fattuale sociologico?

³⁹ Schmitt, *Il concetto*, cit., 109.

⁴⁰ Id., 120.

⁴¹ G. Preterossi, *L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt*, in Quaderni Fiorentini 38/2009 Tomo I, Milano 2009, 54.

⁴² *Ivi*, p. 55.

⁴³ Nel segno di un'essenza del politico si muoverà un allievo di Schmitt, ovvero J. Freund, *L'essence du politique*, Paris 1965.

Ci si chiede, insomma, fino a che punto sia possibile non problematizzare i presupposti della decisione, senza tradire la promessa di una filosofia ispirata alla concretezza.

È d'altra parte vero che indagare i presupposti della decisione vorrebbe dire interessarsi di ciò che avviene in seno alla società. È per questo comprensibile come, per un pensatore che fa propria una dottrina dello Stato influenzata dalla netta separazione fra Stato e realtà sociale, sia inconcepibile pensare ad una decisione mediata da un processo di integrazione della società stessa. Schmitt, in questo senso, non può vedere la dialettica tra decisione ed integrazione né nell'atto fondativo dell'unità politica, la decisione sullo stato di eccezione appunto, né nella decisione finalizzata ad identificare l'unità politica, la decisione politica fondamentale circa la forma che l'unità debba assumere.

L'autore tedesco, in questo modo, non può che valorizzare il fattuale decisionistico a discapito del fattuale sociologico, quasi a sottolineare l'indifferenza verso quella *dynamis* sociale, quel mondo storico-materiale, caro, come vedremo, ad un pensatore come il Mortati, all'interno del quale si agitano le forze politiche che fondano la decisione politica istitutiva dell'ordinamento. In fin dei conti ciò che Schmitt non sembra fino in fondo problematizzare è proprio il *fundamentum* del *fundamentum*: ciò che è dato trovare come *prius* della decisione politica. Questo forse nella convinzione che l'elemento contingente che di volta in volta sostanzierebbe la decisione politica, proprio perché accessorio ed accidentale, sarebbe anche mutevole e quindi non comprensibile nella sua essenza più pura e non suscettibile di astrazione.

Ecco che però, in questo modo, la decisione schmittiana sullo stato di eccezione sembra essere molto vicina al 'nulla' che essa pretende di assumere al suo interno e risolvere.

Se si ipostatizza la decisione, senza chiedersi perché e come nasca il soggetto concreto che decide sullo stato di eccezione, il rischio è quello di istituire una teoria, sì generale, ma che forse, nel far sporgere la decisione insistentemente sul 'nulla di presupposto', finisce per avere solo parzialmente presa su una realtà politico-sociale in cui il soggetto sovrano non può davvero 'tutto'.

La questione diviene, a questo punto, anche quella relativa all'effettività della decisione.

Una decisione che non presupponga nulla, che appaia totalmente slegata dalle volontà che essa pretenderebbe di rappresentare, è una decisione che può essere effettiva?

Perché lo stato di eccezione venga risolto in maniera duratura e la situazione di disordine non si riproduca c'è bisogno, infatti, che la decisione politica venga riconosciuta almeno fino ad un certo grado dai consociati, o, se si vuole utilizzare una terminologia cara a Schmitt, da quel popolo che deve riconoscere la decisione politica come rappresentativa, sempre fino ad un certo grado, della sua volontà.

Peraltro, con l'idea che a fondamento dell'ordine esista una decisione dal fondamento irrazionale, Schmitt, non solo rifiuta quell'idea formalistica secondo cui l'origine dell'ordine giuridico possa rinvenirsi nel discorsivo mediarsi dell'idea giuridica e che il diritto possa essere pensato come un sistema autoreferenziale, ma si allontana anche dalla pretesa della modernità di un ordine che si sostiene da solo⁴⁴. In quest'ultimo senso quindi Schmitt non solo prende le

⁴⁴ Galli, *Le teologie* cit., 59.

distanze dal formalismo infondato⁴⁵ kelseniano, ma anche dal paradigma moderno inaugurato da Thomas Hobbes, in funzione del quale si pretende che l'ordine, nella sua artificialità, trovi fondamento nell'atto razionale del contratto sociale.

Alla razionalità del contratto sociale, Schmitt contrappone il decisionismo infondato, che fa della decisione sovrana il connotato davvero rivelativo dell'autorità.

Insomma, la sovranità non è immaginata da Schmitt come un'istituzione totalmente pacificante, come uno strumento per la fuoriuscita definitiva dallo *status naturalis* o comunque come un antidoto perennemente efficace al disordine, perché egli è consapevole che, poiché lo Stato può operare una spoliticizzazione dei conflitti interni solo *pro tempore*, il disordine possa ciclicamente riproporsi.

Se si valorizza la lettura che Galli ci offre di Schmitt, è possibile rilevare, in ultima analisi, come l'autore tedesco inauguri una teoria della sovranità che è costitutivamente impossibilitata nel garantire una chiusura definitiva dell'ordinamento politico, proprio perché è la sovranità stessa ad essere sempre aperta al caos.

Si tratta di un concetto di sovranità, infatti, che non avrebbe altro fondamento che la fattuale e contingente efficacia che sta mostrando qui ed ora nell'assicurare la tenuta di un ordine che potrebbe in ogni caso disfarsi in qualsiasi momento⁴⁶, e che appare, per questo, connotata da un carattere inconcluso, che rende manifesta, da un lato, la sua finitezza, la sua insuperabile contingenza e, dall'altro, la sconnessione fra forma e sostanza che intimamente la connota⁴⁷.

La prima figura di questa sconnessione è rappresentata proprio dal potere costituente, che anima la sovranità e che non si risolve mai nel potere costituito che fonda. La sovranità, cioè, nel cristallizzare il potere costituente, che si pone come suo fondamento, non può mai negarlo del tutto, perché ne continua ad essere incessantemente attraversata.

A tal riguardo, la rivoluzione, che rappresenta un'espressione tipica, storicamente data, del potere costituente, è proprio l'esempio plastico di questa sconnessione, perché essa si mostra come il grande nemico ma anche il motore della sovranità⁴⁸.

Tutto ciò non sta a significare, chiaramente, che la sovranità sia identificabile con il potere costituente, ma piuttosto che non sia possibile concepire correttamente l'ordine e quindi la sovranità senza pensare al potere costituente e all'energia politica di cui esso si fa portatore come materia generatrice dell'ordine stesso.

In questo senso, anche il rapporto fra potere costituente e sovranità, così come quella fra norma ed eccezione non è, in Schmitt, un rapporto *ad excludendum*: se per comprendere l'ordine è necessario assumere il 'nulla di ordine' che lo precede e per comprendere la sovranità è necessario concepire il potere costituente che la anima, così la norma può essere intesa solo a partire dall'eccezione che la precede.

È proprio in questo senso che la teoria schmittiana dell'ordinamento giuridico è da intendersi come speculare rispetto alla teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico.

⁴⁵ Espressione utilizzata da Galli: Id., 60. Si contrappone efficacemente il formalismo infondato kelseniano con il decisionismo infondato schmittiano.

⁴⁶ A. Salvatore, *Carl Schmitt. Eccezione, Decisione, Politico, Ordine concreto, Nomos*, Roma 2020, 21.

⁴⁷ Galli, *Sovranità* cit., 21.

⁴⁸ Id., 22.

Per l'autore austriaco, infatti, l'ordine è un presupposto concepibile nella sua 'datità' e tale deve rimanere, se l'obiettivo è quello di isolare il dato giuridico, garantendone, seppur con le evidenti forzature che si è tentato di mettere in luce, la sua auto-fondazione. Perché concepire l'ordine giuridico come il prodotto di una decisione politica capace di tradurre il disordine in ordine, significherebbe, per Kelsen, proprio fondare nel 'fatto' della decisione la produzione dell'ordine giuridico, tradendo il presupposto metodologico che ispira la *Reine Rechtslehre*.

Schmitt, invece, fa sua una concezione dell'ordinamento marcatamente anti-formalistica, così come anti-formalistica si rivela, peraltro, la sua concezione della costituzione. Da questo ultimo punto di vista, infatti, se Kelsen pensa alla norma fondamentale come fonte di validazione giuridica della costituzione in senso giuridico-positivo, per Schmitt invece la "Verfassung" vige perché emanata da un potere costituente che ha la forza di estrinsecare la sua volontà fondamentale e non perché esista una norma superiore che stabilisca il criterio di validità della "Verfassung" stessa.

Ma il carattere anti-formalistico della costituzione schmittiana non è rilevabile solo sotto questo primo punto di vista, e cioè dal punto di vista della fonte di validazione della costituzione, ma anche dal punto di vista del suo contenuto.

Come è noto, infatti, Schmitt intende la Costituzione innanzitutto nel senso di una decisione politica fondamentale circa la concreta forma di esistenza che un'unità, un Popolo, decida di conferirsi⁴⁹. La costituzione in senso positivo, infatti, prima che concepita come un insieme di leggi costituzionali regolative del procedimento legislativo, interpretazione tipica, questa, del normativismo kelseniano, è innanzitutto una decisione che dà forma all'unità, conferendole dei caratteri politici includenti ed escludenti. Schmitt, in tal senso, utilizza nella sua *Dottrina della costituzione* abilmente il concetto di 'positività' contro il positivismo giuridico, affermando che l'elemento positivo e davvero decisivo della costituzione sia una decisione politica fondamentale⁵⁰.

Se la costituzione è intesa innanzitutto alla stregua di una decisione politica fondamentale circa la forma che un'unità debba attribuirsi, allora è chiaro che decisione politica fondamentale e legge costituzionale vadano tenute nettamente distinte, proprio in ossequio al concetto positivo di costituzione.

La decisione politica fondamentale, infatti, ha un carattere assoluto e figura, nella determinazione di quei valori comuni intorno ai quali l'unità politica decide di stringersi, come una scelta densa di carica per un verso includente e per un altro escludente, mentre la semplice legge costituzionale, assume una funzione formale-regolativa di aspetti non fondanti e quindi marginali. Tant'è che, mentre la legge costituzionale può essere formalmente sostituita mediante un procedimento legislativo, normalmente aggravato, la decisione politica fondamentale può essere modificata solo attraverso un nuovo atto costituente e, quindi, attraverso la riemersione di quel potere costituente originario che aveva orientato la costituzione in un certo senso.

⁴⁹ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 38 ss.

⁵⁰ Kervégan, *Che fare di Carl* cit., 173.

Così, se è la decisione politica concreta operata dal soggetto sovrano a poter fare ordine, e se è la volontà esistenzialmente presente del titolare del potere costituente⁵¹ ad essere il fondamento di validità giuridica e politica di una “Verfassung”, allora in Schmitt il momento politico viene ad interagire perfettamente con quello giuridico ed il “sollen” trova nel “sein” la sua dimensione fondativa.

È evidente quindi come sia nella ‘opera politica’ per eccellenza, *Teologia politica*, che nel trattato sulla costituzione, *Dottrina della costituzione*, non si determini mai una soluzione di continuità fra momento politico e momento normativo. Ma come, anzi, ‘politico’ e ‘giuridico’ appaiano profondamente co-innervati sia nell’atto della decisione politica sovrana, che ha, come abbiamo visto precedentemente, un’evidenza immediatamente giuridica, perché fondativa di quella situazione media omogenea sulla quale l’ordinamento sorge, sia nell’atto costituente, attraverso il quale si dà forma all’unità politica.

Concepire l’esistenza di un momento politico fondativo del diritto, obbliga quindi a mettere in discussione quella concezione del positivismo giuridico secondo cui l’ordinamento giuridico possa essere concepito come extra-politico. A questa impostazione, infatti, si contrappone l’argomentazione che il diritto non possa mai essere a-politico proprio perché politicamente istituito⁵², con la conseguenza che, in questo modo, è l’intera costruzione kelseniana ad essere posta in crisi.

Da questo punto di vista, avviandoci alla conclusione di questa seconda parte del nostro scritto, è possibile evidenziare come, sia Schmitt, che Kelsen, rendano l’aspetto della ‘purezza’ un tratto caratterizzante delle loro teorie. Seppur in due maniere molto differenti.

Se nel primo emerge la purezza della forma, nel secondo invece emerge la purezza della concretezza. Purezza della concretezza che non è dato rinvenire solo nei termini di una purezza del criterio del ‘politico’ come criterio sganciato da qualsiasi contenuto e perciò puro perché depurato⁵³, ma purezza della concretezza intesa in opposizione a quella purezza formale kelseniana ispirata solo al logico procedere di un ragionamento giuridico, che si disinteressa dell’aspetto politico-fondativo dell’ordine. Se, infatti, la purezza della forma kelseniana plasma una concezione del diritto come puro nella sua infondatezza e autoreferenzialità, come fenomeno interamente riconducibile all’interno della schematicità normativa e come dato costretto all’interno delle maglie del *Sollen*, la purezza della concretezza schmittiana, invece, permette l’inaugurazione di una filosofia della vita concreta⁵⁴, anti-spoliticizzante, dove il banco di prova di qualsiasi riflessione teorica deve essere la realtà.

Ebbene la lettura di Schmitt che qui si è tentato di proporre è una lettura volta a far emergere questa profonda connessione fra dato politico e dato giuridico. Lettura che renderebbe manifesta la necessaria compresenza di questi due elementi per una teoria dell’ordine giuridico-

⁵¹ Cfr. Schmitt, *Dottrina cit.*, 23.

⁵² Kervègan, *Che fare di Carl cit.*, 175.

⁵³ Sul punto si v. H. Meier, *Carl Schmitt e Leo Strauss. Per una critica della teologia politica*, Siena 2011, 27.

Meier ci tiene a sottolineare come nella prima versione de *Il concetto di ‘politico’* siano diversi i riferimenti alla ‘posizione politicamente pura’ che Schmitt assumerebbe nel delineare un concetto di ‘politico’ per l’appunto puro perché depurato da qualsiasi orpello esterno al ‘politico’ stesso. Anche se poi è lo stesso Meier ad evidenziare che tutte queste affermazioni furono cambiate da Schmitt nella versione definitiva de *Il concetto di ‘politico’* del 1932.

⁵⁴ Cfr. Schmitt, *Teologia cit.*, 41.

politico che risponda, non solo all'esigenza di spiegare teoreticamente la concretezza dei fenomeni storico-politici, ma che sia anche realmente demistificatoria. In ultima battuta allora, la potenza demistificatoria di Schmitt sta proprio nel mettere in luce come, senza il 'politico' e la decisione ad esso consustanziale, il transito accidentato fra non-diritto e diritto⁵⁵, fra potere costituente e potere costituito, non possa avvenire, ma anche come, senza il 'giuridico', il 'politico' venga privato di quella dimensione che gli permetta di essere ricondotto a sistema⁵⁶.

4.-Il potere costituente tra decisione e istituzione

Mortati pensa all'ordinamento giuridico innanzitutto come reale ed effettivo, come una realtà dinamica ma concretamente ordinata secondo un determinato principio; come parziale, perché non voluto da tutti gli uomini, ma soltanto da alcuni di essi; come non spontaneo ma imposto mediante l'esercizio di potere e l'assoggettamento delle volontà altrui⁵⁷.

In ogni ordinamento, per l'autore, si genererebbero delle situazioni di equilibrio fra forze dominanti e forze dominate, necessarie all'instaurazione ed alla conservazione dell'ordinamento stesso. In particolare, nel caso degli ordinamenti giuridici di tipo politico, come l'ordinamento costituzionale, le parti in conflitto sarebbero forze umane orientate da volontà politiche dal contenuto diverso ed irriducibile le quali si fronteggiano con l'obiettivo di far prevalere dei particolari fini politici e di farsi, in ultima istanza, portatrici della costituzione materiale.

Una concezione dell'ordinamento di questo tipo discende da una riflessione profonda intorno alla realtà umana che per il giurista italiano si presenta come un caos di voleri all'interno del quale la volontà politica di imprimere all'ordine una determinata forma deve essere capace di prevalere in modo continuativo sulle altre, fino a neutralizzarle, per accedere alla giuridicità e poter essere considerata costituzione materiale⁵⁸.

In questo senso, Mortati condivide con Schmitt, come vedremo più approfonditamente anche nel prosieguo, l'idea che la realtà umana sia contraddistinta dal pluralismo politico-valoriale; pluralismo che, se non ricondotto a composizione, risulta di per sé improduttivo di ordine. Di conseguenza, la produzione di ordine passa per l'autore sempre attraverso l'identificazione di una forza dominante e di una forza dominata, così che è sempre quella situazione di equilibrio, determinatasi all'esito di un conflitto fra forze diverse che si sfidano nell'agone pre-giuridico, a rendersi istitutiva dell'ordine. Se dunque si tiene in considerazione che la forma attribuita allo Stato per Mortati risulta espressiva del volere di una forza politica ben determinata, pur se questa, come nel caso della Costituente repubblicana è rappresentata da forze di indirizzo politico sensibilmente diverse, il pensiero del giurista italiano va sicuramente inteso alla stregua di un pensiero anti-pluralista.

Per Mortati, insomma, anche la Costituzione repubblicana è rappresentativa di un fine politico specifico ed unitario, perché, pur se essa è stata posta da un insieme di forze politiche

⁵⁵ Galli, *Teologie* cit., 57.

⁵⁶ Sulla questione del rapporto fra decisione e norma si v. A. Catania, *Decisione e norma*, Napoli 1979.

⁵⁷ M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano 2006, 8-10.

⁵⁸ Id., 220.

eterogenee, si presenta come riconducibile ad un fine unico e condiviso proprio da tali forze. Se, infatti, all'epoca della Costituente gli interessi contrapposti fossero rimasti irriducibili, se le forze politiche avessero agito come partiti in senso totale, un'unità politica non si sarebbe mai potuta dare. L'unità, al contrario, si è prodotta perché i diversi partiti hanno ricercato e trovato un compromesso sostanziale attraverso il quale valori ed interessi apparentemente irriducibili sono stati ricondotti a punti di convergenza tali da permettere l'elaborazione di un progetto politico comune. Si è trattato dunque, anche nel caso della Costituzione repubblicana, di una volontà unitaria che si è imposta in modo autoritario sulle altre volontà, con essa (o con esse) incompatibili, e che, per tale ragione, seppur ha rinvenuto alla sua base non un singolo ma una pluralità di soggetti politici, ha potuto fungere da volontà politica fondativa della costituzione e dell'ordinamento giuridico.

Da tutto ciò, peraltro, discende che, anche se la teoria mortatiana della costituzione materiale è stata elaborata in un contesto fortemente monista, a partito unico, essa è risultata applicabile anche al successivo contesto pluralista, in quanto adatta a spiegare il processo di mutamento ordinamentale avutosi all'indomani della caduta del Fascismo⁵⁹.

Nell'attenzione alla materialità del conflitto politico fra forze diverse, conflitto che, però, non rinuncia a trovare una composizione giuridica nella costituzione materiale, è possibile rinvenire una prima importante declinazione del pensiero di Mortati.

Quest'aspetto della necessaria riconduzione in forma del 'politico' è evidente anche rispetto alla teorizzazione del potere costituente⁶⁰. Infatti Mortati, cercando di sondarne l'irrazionalità e l'imponderabilità, messe in luce normalmente dai filosofi politici e dai giuristi che si sono occupati del tema in esame, restituisce un'immagine diversa del potere costituente, frutto di un'analisi dei processi reali che storicamente lo hanno determinato. Mortati, insomma, elabora una teoria del potere costituente che appare notevolmente influenzata dalla connotazione materiale che attribuisce alla sua costituzione.

Materialità che vuol significare, nell'accezione datane dall'autore, attenzione a quei processi storici e a quelle dinamiche sociali che concretamente hanno determinato l'emersione di nuove ideologie e di precisi fini politici che hanno ispirato le costituzioni materiali.

A tal proposito, gli obiettivi polemici del discorso di Mortati intorno al potere costituente sono, da un lato, il giuspositivismo kelseniano che si rifiuta di approfondire la questione relativa al potere costituente, relegandolo all'ambito sociologico e, dall'altro, quelle teorie irrazionaliste che considerano l'evento costituente come imprevedibile e impossibile da catalogare e analizzare⁶¹.

Per quanto riguarda la critica al primo indirizzo, nonostante Mortati accolga del positivismo giuridico tutte le idee fondamentali, come, ad esempio, la necessaria traduzione del diritto in norma o, ancora, il bisogno di pensare il diritto in chiave monistica, al contempo cerca di

⁵⁹ Inoltre sull'illegalità del partito fascista secondo Mortati si v. C. Mortati, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano 1972, 39-51.

⁶⁰ Oltre al saggio già citato, sul punto si v. F. Lanchester (cur.), *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del convegno dell'Università di Roma del 14/12/2015, Padova 2017.

⁶¹ M. Goldoni, *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in C. Mortati, *La teoria del potere costituente*, Macerata 2020, 12.

correggerne quel particolare aspetto rappresentato dalla sua insensibilità per la problematica delle ‘fonti primarie’ del diritto stesso⁶².

L’autore, inoltre, non solo critica del positivismo il suo disinteresse verso le ‘ragioni prime’ dell’ordinamento, ma anche l’idea che il potere costituente possa essere qualificato come un fatto, quando egli, invece, come a breve si vedrà, ne rileva la normatività intrinseca e dunque la sua ascrivibilità alla categoria del “dover essere”, più che a quella dell’”essere”.

Della seconda impostazione Mortati, invece, contesta il carattere irrazionale attribuito al potere costituente, contrapponendovi una concezione materiale del processo costituente che assumerebbe, fin dall’inizio, una caratterizzazione giuridica. L’autore, infatti, cerca di rendere manifesto come del potere costituente diviene titolare una forza materiale, la quale, assumendo le sembianze di un’istituzione, appare già ordinata e rivolta ad affermare una volontà politica sottoposta ad una preventiva razionalizzazione.

Da questo punto di vista è però pur sempre vero che il potere costituente rimane nella teoria mortatiana *causa incausata*⁶³, potere originario che trova fondatezza in sé stesso. E tuttavia, nonostante la sua originarietà, esso si presenta come forza ordinante ma al contempo ordinata, contrariamente a quelle teorie che ne riescono a concepire solo la sua sregolatezza.

È per tali ragioni che quella di Mortati può esser definita come un’analisi storica, logica e politica del potere costituente che ha come fine l’indagine dei presupposti e delle condizioni materiali di ordine politico, economico e sociale degli ordinamenti⁶⁴.

Per il giurista calabrese, in sostanza, se si vuole localizzare la base storicamente concreta della costituzione, non è possibile fermarsi a indicazioni generiche come la decisione, l’integrazione o l’istituzione ma è necessario porre lo sguardo sull’organizzazione sociale che, per darsi una costituzione, deve presentarsi già politicamente ordinata, secondo una distribuzione delle forze in posizione di sovra- e sotto-ordinazione⁶⁵.

È tale assetto storico-fattuale di sovra- e sotto-ordinazione a rendere pensabile in Mortati il potere costituente come espressione di quella forza materiale che porrà la costituzione e a conferire al potere costituente stesso una concretezza e una stabilità che, non potendosi rinvenire in altre teorie, rende il pensiero del Mortati davvero originale sul punto.

Entrando subito nel vivo dell’argomento, è possibile registrare, allora, come Mortati ponga, dietro la decisione fondativa dello Stato e della Costituzione, il concreto dispiegarsi delle forze materiali, ricercando in qualche modo un fondamento a quella decisione per la costruzione dell’ordine che appariva in Schmitt, sì aperta alla contingenza dello stato di eccezione, ma intimamente desostanzializzata, come si è avuto modo di vedere nel paragrafo relativo alla “Grundentscheidung” schmittiana.

Mortati adotta, infatti, una concezione concreta degli attori costituenti e rigetta quelle teorie del costituzionalismo moderno che identificano il soggetto costituente quasi sempre con il popolo

⁶² M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione - Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana* in M. Galizia, P. Grossi (curr.), in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* (45-187), Milano 1990, 164.

⁶³ Goldoni, *Il momento* cit., 12.

⁶⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati *La costituzione in senso materiale*, Milano 1998, XVI.

⁶⁵ Id., XVIII.

o con la nazione⁶⁶. Il popolo per Mortati è una massa indistinta incapace di farsi portatrice della volontà fondamentale di porre una costituzione.

Questo è un punto nel quale fra il pensiero di Schmitt ed il pensiero di Mortati viene a prodursi una divergenza di opinioni di non poco momento. Difatti, l'autore italiano critica di Schmitt l'idea che il popolo sia considerabile come un tutto omogeneo, capace di darsi autonomamente una forma istituzionale ben definita. E, dunque, poiché il popolo è massa indistinta e non soggetto politico che si dà spontaneamente e si rende produttivo di diritto, esso diviene soggetto politico solo attraverso l'opera di rappresentazione agita dalla forza dominante, dall'istituzione. Pertanto, il soggetto titolare di quella volontà politica fondamentale, che poi sfocerà nella costituzione materiale, deve essere necessariamente una forza dominante capace di imporsi socialmente sulle altre e che, all'atto dell'imporsi come forza dominante, si rende rappresentativa del popolo nella sua interezza.

Insomma il 'popolo omogeneo' schmittiano è da Mortati sostituito con la 'forza dominante'; forza che si rende in qualche modo produttiva di ordine ma che, essendo previamente legata ad un fine politico già ben determinato e assunto come obbligante dai membri che la compongono, appare al contempo come ordinata al suo interno. Da qui, il doppio attributo di forza ordinante ed ordinata attribuibile all'istituzione costituente mortatiana.

L'istituzione mortatiana, in fin dei conti, nasce come un soggetto politico ispirato da un fine politico particolare, da un'ideologia determinata; ideologia determinata e particolare che se deve rendersi espressiva di una identità da attribuire allo Stato nella sua interezza deve essere resa generale da parte dell'istituzione che sarà sua interprete.

È chiaro che tale opera di generalizzazione del fine politico è possibile solo all'esito di una battaglia, di un conflitto, che vedrà vincitrice proprio la forza espressione dell'ideologia divenuta dominante.

Nel concetto di forza dominante, come forza trainante della costituzione materiale, ed in particolare nel suo rapporto col concetto di partito, è dato rintracciare una zona torbida della costruzione mortatiana⁶⁷. Infatti, con riferimento all'opera del '40 il soggetto del potere costituente diviene il Partito che l'autore ci presenta come unico⁶⁸, mentre nell'opera del '45, relativa alla Costituente repubblicana, Mortati parla di una pluralità di forze politiche.

Nell'opera del '40 il riferimento è al partito unico non tanto, o comunque non solo, perché essa viene scritta sotto dominio fascista, ma piuttosto perché "partito" è il nome attribuito a quella fazione che nel rapporto di sovra- e sotto-ordinazione sociale, viene ad occupare il posto di forza dominante e diviene custode del fine politico, che diverrà poi il nocciolo duro della costituzione materiale.

Il Partito nel senso mortatiano, è infatti generalmente definibile come un'associazione che, facendo propria una concezione generale, comprensiva dello Stato in tutti i suoi aspetti, tende poi a tradurla nell'azione concreta statale, con l'esclusione delle concezioni con essa

⁶⁶ Goldoni, *Il momento* cit., 13.

⁶⁷ Brigaglia, *La teoria* cit., 197.

⁶⁸ Sul punto si v. M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento*, Milano 2013.

contrastanti⁶⁹. Esso va per questo tenuto distinto dal partito comunemente inteso come soggetto politico avente importanza limitata al funzionamento del regime parlamentare e alla determinazione dell'indirizzo politico⁷⁰.

Così se è possibile pensare ad un insieme di partiti in questo secondo senso, nel senso appunto di partiti di indirizzo, non è invece possibile pensare ad un insieme di partiti nel primo senso, nel senso di 'parti totali'⁷¹.

Il partito in senso totale, infatti, essendo portatore di una visione tendenzialmente assoluta sulla forma di Stato da assumere, si trova in una posizione incompatibile con quella degli altri partiti. Esso non può che essere unico, perché unico è il principio di ogni forma politica⁷².

Se, allora, il potere costituente è quella forza materiale, nel momento in cui si ordina, nel momento in cui emerge dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, facendo emergere una volontà politica, determinando una differenziazione di valori⁷³ e di posizioni fra i membri di essa, instaurando un rapporto di comando e di obbedienza⁷⁴, questa forza materiale non può che essere un'istituzione, ed in particolare un partito in senso totalizzante che fa valere i propri interessi a discapito degli altri e che riesce ad obiettivizzare la sua volontà politica, traducendola nel dato giuridico della costituzione materiale.

Il Partito si presenta in Mortati quindi come una dimensione istituzionale, già ordinata al suo interno, capace di far emergere quegli interessi di cui è portatore, ma soprattutto di renderli giuridici. In altri termini, il Partito dominante diviene "parte che si fa tutto", facendo prevalere il proprio punto di vista, la propria posizione ideologica, non solo nel momento in cui dà una concreta forma allo Stato, ponendo la costituzione, ma essendo esso stesso all'atto del mostrarsi come parte dominante "Stato"⁷⁵.

Lo schema-base ideato da Mortati, applicato allo Stato mono-classe e modellato sulla base del partito unico di stampo fascista nel '40, transita inalterato nei suoi elementi essenziali alla democrazia repubblicana⁷⁶. È bene precisare infatti che a partire dal 1945 Mortati riconoscerà la possibilità di uno Stato risultante dal compromesso fra più forze politiche, disconoscendo parzialmente il ruolo attribuito in origine al partito unico.

È proprio in questa apertura alla pluralità di forze, portatrici però sempre di un modello unico, che si rileva un cambio di passo nella costruzione di Mortati. Cambio di passo che, secondo

⁶⁹ Mortati, *La costituzione* cit., 71.

⁷⁰ Id., 71.

⁷¹ Sul punto si v. M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento*, Milano 2013.

⁷² Mortati, *La costituzione* cit., 73.

⁷³ Per un approfondimento sul concetto di "valore" in Mortati, si veda: G. P. Calabrò, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Cosenza 1997, 97-110.

⁷⁴ Mortati, *La teoria* cit., 37.

⁷⁵ Si leggano le parole del Mortati sul punto: «*Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale*» (Mortati, *La costituzione* cit., 63).

⁷⁶ Cfr. Fioravanti, *Dottrina* cit., p. 171.

alcuni, renderebbe il concetto di 'partito' mortatiano torbido in quanto non inteso dal giurista calabrese in un senso univoco.

La costituzione materiale, scrive l'autore nell'opera del '45:

«- Può - derivare da forze sociali unitarie nella loro composizione e che si presentano come unico soggetto, perché portatrici di uno stesso interesse e rappresentative di unico centro di unità politica, oppure risultare dall'accordo di forze distinte fra di loro, le quali si incontrano, precisamente nel campo dell'attività costituente, nel determinare i punti di confluenza dei vari interessi suscettibili di dar luogo ad un assetto stabile, ad una pacifica convivenza sulla base dei principi concordati in comune»⁷⁷.

Ciò che rende pensabile un potere costituente di tal fatta è dunque un compromesso sostanziale mediante il quale le diverse forze materiali facciano confluire i rispettivi interessi in una visione politica unitaria che sia in grado di esprimerli congiuntamente⁷⁸. In tal senso, certamente per Mortati la Costituzione repubblicana del '48, rappresentava un grande compromesso sostanziale fra forze aventi idee molto diverse, ma comunque orientate al perseguimento del medesimo fine politico: la nascita della democrazia costituzionale.

Nel primo caso quindi, quello dell'opera del '40, la teoria di Mortati, improntata ad una concezione dello Stato mono-classe, non può che porre come soggetto portatore della costituzione materiale un partito unico. Il dominio infatti apparterebbe univocamente ad una sola classe (la borghesia imprenditrice) e sarebbe facilmente identificabile un unico partito totale: sia quando ciò si traduca in una forma di governo articolata attraverso la dialettica dei partiti di indirizzo (Stato liberale), sia quando ciò si traduca nella rigida disciplina del partito unico (Stato fascista)⁷⁹.

Nel secondo caso, invece, titolari del potere costituente divengono forze politiche diverse, le quali però risultano omogenee fra loro, perché orientate dal medesimo fine politico, che è quello di dar vita allo Stato democratico costituzionale.

Non esiste quindi, anche in questo secondo caso, un pluralismo autentico, perché, se questo esistesse, come opposizione fra due o più partiti totali, lo Stato (democratico) semplicemente non esisterebbe⁸⁰.

In quest'ultimo senso, dunque, è vero che il pensiero del Mortati è un pensiero anti-pluralista⁸¹. Secondo il Mortati, infatti, se all'indomani dell'indizione della Costituente italiana gli interessi contrapposti fossero rimasti fra loro irriducibili, se le forze politiche avessero agito come 'partiti in senso totale', l'unità politica democratica non si sarebbe mai potuta strutturare. Essa, al contrario, si è potuta originare perché si è trovato un compromesso sostanziale fra le diverse fazioni, attraverso il quale valori ed interessi apparentemente irriducibili sono stati ricondotti a punti di convergenza tali da permettere l'elaborazione di un progetto politico comune.

⁷⁷ Mortati, *La teoria* cit., 63.

⁷⁸ Brigaglia, *La teoria* cit., 198.

⁷⁹ *Ivi*, p. 245.

⁸⁰ Cfr. Zagrebelsky, *Premessa* cit., p. XXIII.

⁸¹ *Ibidem*.

Insomma, anche per l'istituzione di un'unità politica costituzionale-democratica è stato necessario che le varie forze si rendessero espressive di una volontà, sì condivisa, ma soprattutto unitaria, capace di imporsi in modo autoritario sulle altre volontà, con essa (o con esse) incompatibili, e che, per tale ragione, seppur ha rinvenuto alla sua base, non un singolo, ma una pluralità di soggetti politici ha potuto fungere da volontà politica fondativa della costituzione e dell'ordinamento giuridico costituzionale.

A ben vedere dunque, la costruzione di Mortati, nonostante appaia aperta a prospettive integrazioniste, non è, al contempo, priva della conflittualità che è dato ritrovare emblematicamente nel concetto di 'politico' schmittiano. Anzi il conflitto in Mortati svolge un ruolo fondamentale, perché diviene funzionale all'emersione della forza dominante in seno alla società, e, dunque, alla nascita dello Stato. L'emersione di un determinato tipo di ordinamento giuridico, sia esso di stampo autoritario che di stampo democratico, consegue sempre all'affermazione di determinate forze su altre. Forze che agiscono nella dimensione sociale.

In questi termini, il ragionamento di Mortati presuppone il superamento della separazione liberale fra Stato e società, dal momento che l'autore colloca la costituzione dello Stato proprio nella società e pensa il processo di formazione dello Stato proprio a partire dai meccanismi di differenziazione e specificazione che in seno alla società si determinano⁸².

È bene precisare che il conflitto di cui qui si tratta è quello che sorge relativamente al fine politico da imprimere alla costituzione materiale. Fine politico che, come noto, potrà avere qualsiasi contenuto. Non sarà infatti il contenuto in sé del fine politico a determinare l'entità del conflitto, quanto il grado di mobilitazione che tale contenuto sarà in grado di produrre in seno alla società. Dal punto di vista dell'affermazione del fine politico ed in particolare del conflitto necessario ad imprimerlo, sarà quindi la percezione circa l'essenzialità e l'irriducibilità del valore in gioco a determinare lo scarto fra una mera divergenza di indirizzo e la lotta per il perseguimento di un fine politico.

Così il conflitto sarà vera e propria lotta politica solo se verterà su beni ritenuti essenziali dalle parti, se cioè ad opporsi siano forze politiche portatrici di una volontà politica unitaria e se la realizzazione di una delle volontà politiche comporterà l'eliminazione necessaria o il dominio e l'oppressione dell'altra⁸³.

Da questo punto di vista si rintraccia una certa continuità fra il pensiero di Schmitt e quello di Mortati, perché così come il primo pensa al politico come un criterio privo di contenuto, in funzione del quale tutto diviene 'politicizzabile', così il secondo pensa al fine politico come privo di una sostanza predeterminata.

In base ad una particolare lettura del concetto di 'lotta politica' in Mortati, la differenza fra il criterio dell'inimicizia schmittiano e quello mortatiano risiederebbe nella presenza di una graduazione del conflitto all'interno della teorizzazione di Mortati, assente invece in quella di Schmitt⁸⁴. Nella teoria dell'autore tedesco infatti il conflitto politico sarebbe ridotto

⁸² Cfr. Fioravanti, *Dottrina cit.*, 160.

⁸³ *Id.*, 216.

⁸⁴ Sul punto si v. C. Mortati, *Brevi note sul rapporto fra politica e costituzione nel pensiero di Carl Schmitt*, in *La teoria del potere costituente*, Macerata 2020, 131-152.

essenzialmente a guerra, dal momento che Schmitt identificherebbe la soglia di irrinunciabilità degli interessi solo con la disposizione alla violenza.

Per tale ragione, secondo Mortati, il criterio schmittiano risulterebbe troppo restrittivo nell'espellere dall'ambito politico gran parte delle concrete relazioni di potere⁸⁵.

In effetti, il criterio schmittiano, relativo all'individuazione del 'politico', appare limitante nella misura in cui il 'politico' pare essere ridotto a *stasis*, a conflitto estremo. È d'altra parte vero però che in Schmitt la relazione fra 'politico' e 'guerra' è una relazione solo tensiva e non compiuta⁸⁶. Pur non potendo approfondire in questa sede la presente questione, è infatti utile precisare che il 'politico' per Schmitt ha solo come conseguenza potenziale la guerra e non necessariamente si risolve in essa.

In ogni caso è certo che il conflitto assuma una portata strutturante, quanto nella costruzione di Schmitt, tanto in quella di Mortati. Difatti, nonostante Mortati faccia dell'istituzione dominante il soggetto portatore della costituzione, tale istituzione nasce, come visto, da una battaglia politica con altre forze materiali.

Così in Mortati il conflitto produce sì un'istituzione, ma soprattutto un'istituzione dominante, il che equivale a dire che il conflitto produce in ogni caso dominio.

In tal senso, non appare possibile per Mortati rifuggire dalla logica del rapporto di sovra- e sotto-ordinazione fra forze. Nell'esistere la forza dominante scalza via le altre, e, assoggettandole alla propria logica di dominio, impone loro il suo particolare fine politico, che, per quanto condiviso dalla società nel suo complesso e quindi inclusivo ed integrante, concorrerà necessariamente a tenere esclusi determinati soggetti e determinate istituzioni.

A fondamento dell'ordinamento giuridico, dunque, Mortati pone sempre una relazione di potere, normalmente squilibrata⁸⁷.

Ciò che si vuole far emergere in tal sede è che l'istituzionalismo *sui generis* mortatiano, non ha come esito il dominio di un pluralismo giuridico indistinto, il che vorrebbe dire un non-dominio, ma invece il dominio concretamente prodottosi di una particolare forza. Più specificamente, quindi, non è in virtù di uno spontaneismo o di un plusvalore morale-ideologico che una forza politica diviene dominante, quanto piuttosto in forza della sua capacità di emergere in seno alla società e di determinare quello scarto fra dominanti e dominati, riuscendo ad assicurarsi l'obbedienza necessaria.

In questa ricostruzione, chiaramente, la costituzione non può che essere opera di quanti abbiano vinto una battaglia, della parte vincente⁸⁸. E, proprio per questo, l'idea costituzionale mortatiana

⁸⁵ Fioravanti, *Dottrina* cit., 210.

⁸⁶ Si faccia riferimento ad esempio al seguente passo: «*La guerra non è dunque scopo o meta o anche solo contenuto della politica. Ma ne è il presupposto sempre presente come possibilità reale [...]*» (Schmitt, *Il concetto* cit., 117.)

⁸⁷ In merito al rapporto che viene a determinarsi fra forze, in verità, Mortati sembra oscillare fra posizioni diverse. Da un lato sembra spesso fare riferimento alla necessaria presenza del dominio; dall'altro, in alcuni testi, come ad esempio in quello già citato sulla Costituente Italiana, sembra ipotizzare che in una democrazia sociale realizzata, si potrebbe determinare una reciprocità tale da impedire di parlare di dominio. (Si v. M. Brigaglia, *La teoria* cit., 111).

⁸⁸ Zagrebelsky, *Premessa* cit., XXX.

non appare poi così distante dall'idea politica schmittiana, nonostante sia aperta, molto più di quest'ultima, a prospettive integrazionistiche⁸⁹, di mediazione fra società e Stato.

Da quest'ultimo punto di vista la forza politica, il partito, vengono intesi dal Mortati come strumenti essenziali di differenziazione della società che consentono a questa di produrre Stato, di produrre cioè un'autorità stabile, in crescente posizione di supremazia⁹⁰.

Il Partito diviene infatti un *medium* fra società e Stato, nella misura in cui, affermandosi come forza prevalente, si dichiara interprete del volere della società tutta⁹¹. Esso, vinta la battaglia per l'egemonia⁹², che figura come un'egemonia insieme culturale e politica, dopo essersi imposto sui gruppi antagonisti, orientati verso un modo diverso di intendere l'unità politica, si rende interprete della volontà del popolo nella sua interezza, facendo però valere la particolare forma di ordine da esso affermata⁹³.

In definitiva, in Mortati, la forza dominante, nel creare l'ordine giuridico, pone un centro di unificazione della vita della comunità, attraverso la determinazione e la protezione coattiva degli interessi ritenuti prevalenti, in quanto egemoni, e non fa altro che calmierare il conflitto interno fra interessi contrastanti. A tal proposito è evidente che così come non è possibile rifuggire dalla 'logica di dominio', così non è possibile fare a meno della funzione katechontica dell'istituzione dominante. Dominio e *katechon* vanno di pari passo. Senza la prevaricazione di una forza o di un gruppo di forze sulle altre, la funzione stabilizzante e pacificante, appunto 'katechontica' in quanto 'frenante' rispetto alla riemersione del conflitto, normalmente attribuita all'istituzione statale, non potrebbe essere assolta.

Se vogliamo, allora, quella funzione frenante, sedativa del conflitto estremo, attribuita espressamente da Schmitt allo Stato/unità politica nel *Concetto di 'politico'*, è da Mortati affidata al partito in senso totale, il quale, all'atto dell'imporsi sulle altre parti sociali, si dimostra esso stesso Stato, seppur nella sua prima e più elementare espressione⁹⁴.

Dunque, abbiamo visto come la forza che si fa portatrice della volontà fondamentale deve trovarsi, secondo Mortati, sempre in una posizione di dominio, o tutt'al più di equilibrio rispetto alle altre, ma mai di soggezione⁹⁵.

Ciò mette in evidenza come un altro concetto caro a Schmitt, ovvero quello di esistenza politica del popolo⁹⁶, sia in qualche modo riconducibile anche al pensiero di Mortati, nella particolare forma dell'esistenza politica del soggetto titolare della volontà fondamentale.

Il popolo, come unità politica, esiste per Schmitt, e può esercitare il monopolio della decisione politica, se determina concretamente l'altro da sé, il nemico; se non lascia cioè la determinazione circa chi debba essere il "nemico" nelle mani di un'altra unità politica. Posto

⁸⁹ Id., XXX.

⁹⁰ Fioravanti, *Dottrina cit.*, 160.

⁹¹ Cfr. Mortati, *La costituzione cit.*, 61.

⁹² Sul rapporto fra il concetto di dominio mortatiano ed il concetto di egemonia gramsciano si v. G. Preterossi, *Egemonia e costituzione materiale*, in *Almanacco di filosofia e politica*, Macerata 3/2021, 101-118.

⁹³ Id., 63.

⁹⁴ Id., 62.

⁹⁵ *Ivi*, p. 132.

⁹⁶ Schmitt, *Il concetto cit.*, 136.

infatti che la presenza di un nemico assume nella teoria schmittiana una funzione strutturante dell'unità, non poter decidere di questo può voler dire solo essere scomparsi politicamente, non essere più un'unità indipendente, perché costretti ad un vincolo di subalternità. Allo stesso modo, il soggetto della volontà fondamentale mortatiana esiste nella misura in cui non sia subalterno ad un'altra forza; se esso non sia dominato ma dominante.

Inoltre, sempre da questo punto di vista, così come in Schmitt «*il 'politico' non scompare dal mondo per il fatto che un popolo non ha più la forza o la volontà di mantenersi nella sfera del 'politico' stesso: scompare semplicemente un popolo debole*»⁹⁷, così, in Mortati, al determinarsi di una posizione di subalternità di una determinata forza, consegue, non la scomparsa della logica di dominio, ma la sua riproduzione in forma diversa.

In tal senso non pare azzardato sostenere che il 'dominio' mortatiano ed il 'politico' schmittiano svolgano la medesima funzione strutturante del giuridico. Del resto Schmitt pone espressamente il 'politico', il conflitto strutturante, come presupposto necessario dello Stato⁹⁸. Ugualmente, Mortati concepisce il conflitto come dimensione fondativa del giuridico, perché presupposto per l'emersione di una forza dominante.

Dunque, l'elemento centrale della trattazione mortatiana intorno alla questione del potere costituente risulta sicuramente questo gioco conflittuale che viene a determinarsi fra forze. Ma l'ulteriore aspetto che il Mortati fa assurgere a fulcro della sua teoria dello Stato è sicuramente il concetto di istituzione in sé. L'idea che sia un'istituzione a divenire titolare del potere costituente porterà il Mortati a screditare quelle teorie costituzionali moderne, che, sulla scia della riflessione di Sieyès⁹⁹, avevano pensato al potere costituente come forza illimitata espressione della 'nazione' o del 'popolo'. L'istituzione, infatti, così come ci viene presentata dal Mortati proprio nel suo libro dedicato al potere costituente, vede la propria volontà politica limitata - e dunque non illimitata - in quanto ispirata da quei principi politici la cui origine risiede nell'ordine sociale.

L'istituzione, il cui elemento attivo è rappresentato nella *Costituzione in senso materiale* dal partito unico, insomma, non crea contenuti politici ma ha la funzione di esplicitare una volontà riposta nel popolo; volontà che, senza l'attività del partito, rimarrebbe allo stato latente¹⁰⁰. In questo senso, nonostante la necessità di uno scarto volontaristico-imperativo, di una decisione che assicuri l'imposizione del fine politico egemone, le forze portatrici del modello costituzionale per Mortati non sono creatrici, artefici, non inventano da sé i contenuti, ma fanno da trasmettitori di essi¹⁰¹.

Proprio perché l'istituzione appare già ordinata secondo principi politici che essa non crea, ma si limita a trasmettere e che rende giuridici all'atto dell'imporsi come forza dominante, il fatto costituente è sempre un 'fatto normativo'. Insomma l'istituzione che si fa portatrice della

⁹⁷ Id., 137.

⁹⁸ Si faccia riferimento al famoso passo iniziale del *Concetto di 'politico'*, ove Schmitt scrive: «*Il concetto di Stato presuppone quello di 'politico'*» (Schmitt, *Il concetto* cit., 101).

⁹⁹ Si faccia riferimento a E.-J. Sieyès, *Che cosa è il Terzo Stato?*, Roma 2016.

¹⁰⁰ Mortati, *La costituzione* cit., 74.

¹⁰¹ G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari 1996, 34.

costituzione, poiché dominante, è un'istituzione giuridica in sé; essa è, sempre in quanto forza dominante, l'ordinamento originario e primigenio.

Al suo sorgere, scrive Mortati, la forza dominante è già Stato, seppur nella sua prima e più elementare espressione¹⁰².

In questi termini, non vi è in Mortati uno scarto vero e proprio fra il sorgere della forza dominante ed il sorgere dello Stato, cosicché il potere costituente, di cui è titolare proprio la parte dominante, appare co-estensivo al potere costituito rappresentato dallo Stato che essa fonda.

Questo breve passo di Mortati risulta, sul punto, particolarmente esplicativo:

*«Il potere costituente, nel momento stesso in cui si afferma come tale, nel momento cioè in cui riesce a determinare la convinzione diffusa circa la sua idoneità ad attuare l'ordine del quale esso è portatore, si identifica con lo Stato, diviene già esso stesso Stato, ossia organizzazione giuridica sovrana.»*¹⁰³

Nonostante centrale appaia nella costruzione del Mortati la funzione svolta dalla forza materiale dominante, e quindi, in qualche modo, l'elemento istituzionalista, è bene però precisare che l'autore tende a coniugare l'elemento dell'istituzione con quello della decisione. Infatti, perché la forza materiale dominante possa dar vita ad uno Stato, deve essere capace di obiettivare la sua volontà fondamentale e di sottoporla ad una norma. Ma poiché tale volontà fondamentale è estrinsecata mediante una decisione, quello di Mortati apparirebbe come un uso innovativo del concetto di decisione, contaminato consapevolmente con quello di integrazione¹⁰⁴.

Mortati, in fin dei conti, ritiene sì necessario *«risalire dalla Costituzione all'istituzione»*¹⁰⁵, senza però perdere consapevolezza circa l'importanza della decisione, dello scarto determinante di volontà politica che è necessario a strutturare l'ordine politico.

In ossequio al realismo politico-giuridico che contraddistingue il suo pensiero, per Mortati è dunque necessario fare riferimento al concreto dispiegarsi delle forze materiali, senza però poter prescindere dall'elemento volontaristico. Seppur l'unità costituzionale per strutturarsi, necessita di una certa omogeneità sociale, di un certo ordine concreto, la costituzione, d'altra parte, è determinazione politica di quella forza dominante che si pone come anticipatrice e precorritrice, rispetto alla massa degli associati¹⁰⁶. La forza politica dominante si serve quindi dell'ordine concreto, fungendo quest'ultimo da sua forza vitale, ma non rinuncia a modificarlo. Da questo punto di vista in Mortati è possibile rintracciare la compresenza di due dinamiche, una decisionista e l'altra integrazionista; compresenza che mantiene dei margini di ambiguità. La costituzione infatti, da una parte, sembra preparata dai processi socio-culturali e, dall'altra, co-determinata dalla decisione politica, i cui margini di autonomia non sembrano essere chiari fino in fondo. È vero infatti che l'istituzione dominante appare vincolata al fine politico di cui

¹⁰² Mortati, *La costituzione* cit., 62.

¹⁰³ Id., 37.

¹⁰⁴ Preterossi, *Carl Schmitt* cit., 32.

¹⁰⁵ Mortati, *La teoria* cit., 40.

¹⁰⁶ Mortati, *La costituzione* cit., 64.

essa è portatrice, che è il fine largamente condiviso in seno alla società, costituendo esso il portato di quei valori e interessi che sorreggono la costituzione, ma è altrettanto vero che non vi è completa garanzia circa il fatto che, al momento del “salto” decisionistico, tutti gli elementi “sociali” che fungono da substrato materiale della costituzione vengano inseriti al suo interno. In tal senso, la costituzione non è solo determinata praticamente ma anche e soprattutto simbolizzata dalla decisione¹⁰⁷.

Ad ogni modo però quella decisione politica fondamentale che in Schmitt appare ancorata al concetto problematico e solo astrattamente declinabile di unità politica, in Mortati appare invece sostanzializzata, figurando come il portato di elementi contingenti di stampo politico e culturale, tali da renderla non completamente immunizzata dal dato sociologico. L’obiettivo di Mortati è anzi proprio quello di portare la società all’interno dello Stato, seppur nella consapevolezza che una completa identificazione fra Stato e società, una integrazione totale della società all’interno dello Stato, non sia possibile.

Per dirla più semplicemente allora: per Mortati appare impensabile una decisione priva di integrazione, ma lo appare altrettanto un’integrazione priva di decisione. La costituzione rappresenta, ma crea, e non può creare se non rappresentando.

Avviandoci alla conclusione, possiamo affermare che la ricostruzione da noi prospettata del pensiero mortatiano restituisce l’immagine di una concezione del potere costituente che si pone in antitesi alla teorica normativista, non solo perché non considera il potere costituente alla stregua di un mero ‘fatto’, ma anche perché contribuisce a scardinare quell’idea kelseniana in virtù della quale il potere costituito, l’organismo sovrano, diverrebbe giuridico solo all’atto del riconoscimento operato dalla “Grundnorm”. Il realismo giuridico di Mortati, in ultima analisi, ribalta la prospettiva dell’*Allgemeine Staatslehre* kelseniana, non solo fondando il diritto nel fatto ma anche attribuendo al fatto fondativo un carattere intrinsecamente normativo.

Inoltre, nell’attribuire la titolarità del potere costituente ad un’istituzione, Mortati, non solo critica la concezione normativistica, ma pone in crisi anche la concezione schmittiana tutta intesa alla separazione liberale fra società e Stato.

Mortati attraverso la costituzione materiale riscopre proprio il processo di formazione ‘sociale’ dello Stato e supera quella tradizione che a questo tipo di problema aveva sempre risposto col potere costituente del ‘popolo’ o della ‘nazione’.

Insomma, l’autore italiano oppone al modello organicista del popolo i concreti processi di differenziazione e specificazione della società; processi che sono prodotti dal prevalere di una o più forze politiche e che danno forma allo Stato.

In questi termini, il giurista, per Mortati, è colui che rimane consapevole dell’origine politica dello Stato, del suo scaturire dalla vittoria di una parte politica sull’altra, ma che poi è capace di guardare a questo processo dal suo punto di vista, traendone la produzione di una norma dalla quale sia possibile derivare certe soluzioni nella sistematizzazione del diritto statale¹⁰⁸. Diviene, allora, assolutamente necessario partire dal dato politico-conflittuale ma a patto che esso si

¹⁰⁷ Preterossi, *Carl Schmitt* cit., 34.

¹⁰⁸ Fioravanti, *Dottrina* cit., 162.

traduca in dato giuridico, perché proprio come sostiene Fioravanti per Mortati: «*La politica determina il diritto, ma solo a condizione che si esprima nell'unico linguaggio conosciuto dai giuristi, quello del vincolo normativo.*»¹⁰⁹

Come notazione finale, operando una sorta di macro-astrazione delle teorie esaminate, possiamo rilevare come nelle opere di Mortati si rintracci una diffusa consapevolezza circa la compenetrazione di elementi sociali, politici e giuridici nel processo di formazione dello Stato. Se Schmitt ritiene che il problema del rapporto fra politico e giuridico sia risolvibile solo storicamente e concretamente ma non teoricamente¹¹⁰, perché la frattura originaria fra politica e diritto non può mai essere ricomposta, Mortati, invece, pur concependo la genesi politica del diritto e dello Stato, non può che pensare la necessaria riconduzione del politico al giuridico anche dal punto di vista teorico. Senza peraltro ritenere che sia possibile un isolamento, un'immunizzazione del politico e del giuridico dal sociologico.

Così partito-costituzione-Stato diviene la triade sulla quale è necessario incentrare la propria attenzione, con l'intento di descrivere quel rapporto fra istituzione sociale, fine politico e Stato, rappresentativo, in definitiva, dell'ulteriore rapporto insoluto, ma non per questo disfunzionale, fra istituzione, decisione e norma. La società diviene il principale fattore di produzione dell'ordine statale, imprimendogli, attraverso la decisione presa dall'istituzione dominante, una determinata direzione di azione politica. Ma la decisione politica non può che tradursi in norma, in una costituzione, per l'appunto, giuridica. Proprio in questo senso, quindi, fra ordinamento costituzionale e società sussiste sempre una relazione interna, di modo che la costituzione giuridica va concepita come connaturata alla società e come caratteristica del potere politico e sociale¹¹¹.

In ultima battuta, quindi, se per Kelsen il giuridico può essere privato del 'politico', dal momento che quest'ultimo appartiene ad una dimensione 'altra' che è quella del *Sein*; se per Schmitt il 'politico' può essere immunizzato dal sociologico, perché solo così si ritiene possibile fondare una teoria generale del 'politico'; per Mortati, invece, il 'giuridico' deve necessariamente confrontarsi con le due facce della "faktizität", rappresentate rispettivamente dal dato sociale e da quello politico che nel 'giuridico' ricercano una composizione.

Abstract.- La questione del potere costituente ha interessato il pensiero politico-filosofico e giusfilosofico fin dalla modernità. Alla ricerca di quell'elemento costitutivo, originario e fondativo degli ordinamenti giuridici, i diversi filoni della filosofia giuridica contemporanea hanno dato delle definizioni non univoche del concetto in esame.

È per questo che il presente articolo ha l'obiettivo di analizzare questo specifico tema a partire dalle teorie dell'ordine giuridico e politico di Hans Kelsen, Carl Schmitt e Costantino Mortati. Se Hans Kelsen, filosofo giuspositivista, sostenitore dell'autonomia della categoria del "dover essere" rispetto a quella dell'"essere", tenderà a liquidare la questione del potere costituente come questione fattuale che il giurista di diritto positivo non può, né deve, indagare, Carl

¹⁰⁹ Id., 163.

¹¹⁰ C. Galli, *Genealogia della politica*, Bologna 1996, 605.

¹¹¹ M. Goldoni-M. A. Wilkinson, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, 1/2020, 70.

Schmitt, quale più autorevole esponente del decisionismo, slegherà, proprio in critica a Kelsen, il diritto dalla dimensione statica del "Sollen", riconducendolo al mondo dinamico del "Sein" politico ed assumendo il potere costituente come materia generatrice dell'ordine stesso. Mortati, invece, con la sua particolare forma di istituzionalismo giuridico, cercherà di sondare l'irrazionalità e l'imponderabilità del potere costituente restituendone un'immagine diversa, frutto di un'analisi dei processi reali che storicamente lo hanno determinato. L'attenzione alla storicità dei processi costituenti e l'adozione di una concezione concreta degli attori costituenti permetterà al Mortati di assumere come obiettivi polemici della sua teorizzazione sia il giuspositivismo kelseniano, che rifiuta di approfondire il tema in esame, relegandolo all'ambito sociologico, sia quelle teorie del costituzionalismo moderno, come la schmittiana, che identificano il soggetto costituente quasi sempre con il popolo o con la nazione, sia, ancora, quelle teorie irrazionaliste che considerano l'evento costituente, nella sua pura 'immediatezza', come impossibile da catalogare ed analizzare.

The question of constituent power has interested political-philosophical and legal-philosophical thought since modernity. In search of that constitutive, original and founding element of the legal systems, the different strands of contemporary legal philosophy have given some non-unique definitions of the concept under exam.

This is why this article aims to analyze this specific issue starting from the theories of the legal and political order of Hans Kelsen, Carl Schmitt and Costantino Mortati.

If Hans Kelsen, a legal positivist philosopher, a defender of the autonomy of the category of "having to be" with respect to that of "being", will tend to dismiss the question of constituent power as a factual question that the jurist of positive law cannot, nor must, investigate, Carl Schmitt, as the most authoritative exponent of decisionism, will untie, precisely in criticism of Kelsen, the law from the static dimension of the "Sollen", bringing it back to the dynamic world of the political "Sein" and assuming the constituent power as a matter that generates the order. Mortati, on the other hand, with his particular form of legal institutionalism, will try to probe the irrationality and imponderability of the constituent power by returning us a different image that is the result of an analysis of the real processes that have historically determined the 'constituent moment'. The attention to the historicity of the constituent processes and the adoption of a concrete conception of the constituent actors will allow Mortati to take as polemical objectives of his theorization either kelsenian legal positivism, which refuses to deepen the issue in question, relegating it to the sociological sphere, or those theories of modern constitutionalism, such as Schmitt's, which identify the constituent subject almost always with the people or the nation, or those irrationalist theories which consider the constituent event, in its pure 'immediacy', as impossible to catalog and analyze.

INDICE

ABSTRACT	1
CAPITOLO I	
<i>HANS KELSEN E LA NORMA FONDAMENTALE: LA TENTATA GIURIDIFICAZIONE DEL POTERE COSTITUENTE</i>	
1. Potere costituente e normativismo: un'introduzione alla prospettiva kelseniana	3
2. Nomostatica e nomodinamica	5
2.1 La nomostatica e la necessaria integrazione con il profilo dinamico	5
2.2 La nomodinamica ed il principio di autorità	8
3. La Grundnorm nelle sue diverse accezioni	10
3.1 Norma fondamentale: unità e costituzione dell'ordinamento giuridico	12
3.2 La relazione fra norma fondamentale ed ordinamento internazionale	14
3.2.1 La critica strumentale alla costruzione dualista	17
3.2.2 Lo svelamento dell'ideologia sottesa all'anti-ideologicità	20
4. Le critiche	22
4.1 La sovranità come concetto politico: la critica di Schmitt	22
4.2 Ferrajoli: una critica giuspositivista	25

4.3 Alcuni rapidi cenni all'approach giusrealista	27
5. La Grundnorm come tentativo di giuridificazione del potere costituente	29
5.1 Il potere come mero potere giuridico	34
5.2 La scissione fra Sein e Sollen: la contraddizione avvertita da Mortati	36
5.3 Il dialogo fra Catania e Bobbio: un proficuo punto di approdo	37
6. Conclusioni	43
CAPITOLO II	
<i>CARL SCHMITT: L'IMMANENZA DEL POTERE COSTITUENTE COME IMMANENZA DEL 'POLITICO'</i>	
1. Per un 'disvelamento' del potere costituito	46
2. Una lettura triadica dei concetti di politico, sovranità e costituzione	50
2.1 Il 'politico' polimorfo	51
2.1.1 La concretezza dell'ostilità	53
2.1.2 Funzione e disfunzione del 'politico'	60
2.2 La teologia politica ed il caso limite del 'politico'	64
2.2.1 La relazione potenziale fra stato di eccezione e caos. Schmitt ed Hobbes	68
2.2.2 La compenetrazione fra politica e diritto. Schmitt e Kelsen	72
2.2.3 La sovranità e l'introiezione del disordine	74
2.3 Costituzione e legittimità: l'energia politica fondativa come costante	76
2.3.1 La Verfassung: co-implicazione di dato politico e dato giuridico	78
2.3.2 Atto costituente e assenza di neutralità	80
2.3.3 L'eccedenza costitutiva del potere costituente e del 'politico'	82

3. Democrazia ed unità politica	83
3.1 Una concezione demonizzante dei valori	85
3.2 Democrazia plebiscitaria e democrazia liberale: legittimità o legalità?	86
3.3 Potere costituente e democrazia	88
4. Conclusioni	89
5. Una nota conclusiva per il lettore: il parziale cambio di paradigma schmittiano	90

CAPITOLO III

COSTANTINO MORTATI: LA MATERIALITA' DEL POTERE COSTITUENTE

1. L'ordinamento giuridico secondo Mortati	93
2. Unità politica: presupposto o fine della costituzione? Schmitt e Mortati	96
2.1 La circolarità tautologica della Verfassung	99
3. I soggetti del potere costituente: la forma materiale, il partito, i partiti	104
4. Il dominio della forza materiale come fatto fondativo dello Stato e della costituzione	110
4.1 La logica di dominio. Gramsci e Mortati	114
5. Il potere costituente come volontà politica fondamentale	117
5.1 La volontà politica come volontà originaria	117
5.2 La volontà politica come volontà vincolata	118
5.3 La costituzione come limite al potere costituente	120
6. Istituzione, decisione, integrazione: i tre fattori della costituzione	123
6.1 La costituzione come decisione 'integrata'	124
7. La costituzione materiale	127

CONCLUSIONI

PERCHE' UNO STUDIO SUL POTERE COSTITUENTE? 134

BIBLIOGRAFIA 143

SITOGRAFIA 150

BIBLIOGRAFIA

Barile P., *Potere costituente*, in *Nuovissimo digesto italiano*, vol. XIII, 1966, pp. 443-450.

Bobbio N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961.

Bobbio N., *Kelsen e il problema del potere*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983.

Brigaglia M., *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 2006.

Calabrò G. P., *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Marco Editore, Cosenza, 1997.

Castaño S. R., *Il potere costituente tra mito e realtà*, C. Razza-P. G. Grasso (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018.

Catania A., *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.

Cattaneo M., *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Istituto editoriale cisalpino, Milano-Varese, 1960.

Chessa O., *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010.

Colombo P., «*Riforma legale*» e «*Potere costituente*» nelle costituzioni rivoluzionarie francesi, in *Il politico*, vol. 50, n. 3, Rubettino, 1985, pp. 461-479.

Costa P., «*Violenza e ordinamenti: la soglia della modernità*», presentato al seminario *Nomi e forme della violenza politica. Dopo il novecento*, Firenze, 22 febbraio 2018.

De Ruggiero G., *Il ritorno alla ragione*, F. Mancuso-F. Pastorino (a cura di), Rubettino, Soveria Mannelli, 2018.

Dellavalle S., *Una costituzione senza popolo?. La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Giuffrè, Milano, 2002.

Ferrajoli L., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

Ferrajoli L., *La logica del diritto*, Laterza, Bari, 2016.

Ferrara A. et al., *Prospettiva Gramsci. Dialoghi tra il presente e un classico del Novecento*, A. Ferrara (a cura di), Caratterimobili, Bari, 2015.

Fioravanti M., *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione - Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana in Il pensiero giuridico di Costantino Mortati (45-187)*, Mario Galizia-Paolo Grossi (a cura di), Giuffrè, Milano, 1990.

Freund J., *L'essence du politique*, Sirey, Paris, 1965.

Galli C., *Genealogia della politica*, Il Mulino, Bologna, 1996.

Galli C., *Sovranità*, Il Mulino, Bologna, 2019.

Galli C., *Lo sguardo di Giano*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Goldoni M., *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in C. Mortati, *La teoria del potere costituente*, M. Goldoni (a cura di), Quodlibet, Macerata, 2020.

Goldoni M., Wilkinson M. A., *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, (1) 2020.

Gramsci A., *Quaderni dal carcere*, V. Gerratana (a cura di), Einaudi, Torino, 2007.

Grasso P. G., *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, A. Carrino (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006.

Grasso P. G., *Potere costituente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, pp. 642-670.

Gregorio M., *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 2013.

Grossi P. et al., *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del convegno, Roma - 14 dicembre 2015, F. Lanchester (a cura di), Cedam, Padova, 2017.

- Hart H. L. A., *Il concetto di diritto*, M. A. Cattaneo (a cura di), Einaudi, Torino, 2002.
- Hespanha A. M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- Hobbes T., *Leviatano*, C. Galli (a cura di), Bur, Milano, 2011.
- Hume D., *Opere filosofiche*, volume I: *Trattato sulla natura umana*, Laterza, Bari, 2008.
- Jellinek G., *La dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1949.
- Laclau E., *La ragione populista*, D. Ferrante-D. Tarizzo (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2019.
- Kelsen H., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013.
- Kelsen H., *Essenza e valore della democrazia*, A. Carrino (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004.
- Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966.
- Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000.
- Kelsen H., *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in H. Kelsen *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (a cura di), collana: Diritto e cultura, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- Kelsen H., *Sociologia della democrazia*, A. Carrino (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.
- Kervégan J. F., *Che fare di Carl Schmitt*, F. Mancuso (a cura di), Laterza, Bari, 2016.
- Mancuso F., *Il doppio volto del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.
- Mancuso F., *Le verità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Meier H., *Carl Schmitt e Leo Strauss. Per una critica della teologia politica*, C. Badocco (a cura di), Cantagalli, Siena, 2011.
- Mortati C., *Appunti sul problema delle fonti del potere costituente*, in *Rassegna di diritto pubblico*, vol. I, 1946, pp. 26 e ss.
- Mortati C., *Brevi note sul rapporto fra politica e costituzione nel pensiero di Carl Schmitt*, in *La teoria del potere costituente* (pp. 131-152), Quodlibet, Macerata, 2020.

Mortati C., *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, pp. 139-231.

Mortati C., *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972.

Mortati C., *La costituzione in senso materiale*, G. Zagrebelsky (a cura di), Giuffrè, Milano, 1998.

Mortati C., *La teoria del potere costituente*, M. Goldoni (a cura di), Quodlibet, Macerata, 2020.

Mortati C., *Sindacati e partiti politici*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972.

Mouffe C., *Per un populismo di sinistra*, Laterza, Bari-Roma, 2018.

Negri A., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo edizioni, Carnago (Varese), 1992.

Pierandrei F., *La costituzione e il potere costituente*, in *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino, 1965.

Platone *et al.*, *Potere*, G. Preterossi (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2007.

Preterossi G., *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

Preterossi G., *L'occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Preterossi G., *L'ovvia verità del 'politico'. Diritto e ostilità in Carl Schmitt (43-74)*, in *Quaderni Fiorentini* 38/2009 Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009.

Preterossi G., *Perchè Schmitt ci serve, contro gli inganni neoliberali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (47-51), vol. 95, 1/2018.

Rawls J., *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

Revelli M., *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013.

Riccobono F., *Norma fondamentale, Costituzione, Rivoluzione. Ross critico di Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVI, n.2, 1986, pp. 425-442.

Ross A., *Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, F. Deuticke, 1929.

Salvatore A., *Carl Schmitt, Eccezione, Decisione, Politico, Ordine concreto, Nomos*, DeriveApprodi, Roma, 2020.

Scarpelli U., *Cos'è il positivismo giuridico*, A. Catania e M. Jori (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997.

Schmitt C., *Dottrina della costituzione*, A. Caracciolo (a cura di), Giuffrè, Milano, 1984.

Schmitt C., *La condizione storico spirituale dell'odierno parlamentarismo*, G. Stella (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004.

Schmitt C., *La tirannia dei valori*, G. Guirisatti (a cura di), Adelphi, Milano, 2008.

Schmitt C., *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles*, Giuffrè, Milano, 2007.

Schmitt C., *Scritti su Thomas Hobbes*, C. Galli (a cura di), Giuffrè, Milano, 1986.

Schmitt C., *Le categorie del 'politico'*, G. Miglio-P. Schiera (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2013.

Somma A., *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

Villacañas Berlanga J. L., *Populismo*, L. Bazzicalupo (a cura di), Collana: *Filosofia politica*, Mimesis, Milano, 2017.

Žižek S., *La nuova lotta di classe*, V. Ostuni (trad. di), Ponte alle Grazie, Milano, 2016.

Zolo D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000.

Zolo D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998.

Zweig D., *Die lehre vom "Pouvoir constituant", ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1909.

SITOGRAFIA

Galli C., *Epidemia tra norma ed eccezione*, in *Diario di una crisi*, www.iisf.it, 2020.