

Franck Laffaille

## LA NOTION DE *CONSTITUTION AU SENS MATÉRIEL* CHEZ COSTANTINO MORTATI

### LA « ZONE GRISE » DU DROIT CONSTITUTIONNEL

« *La famosa e fumosa « costituzione in senso materiale* ». »  
S. D'ALBERGO<sup>1</sup>

« *Per il concetto di costituzione « materiale », solo il potere che ha la forza di imporsi effettivamente come tale è elemento primigenio ed essenziale di ogni fenomeno sociale e specialmente di quello giuridico, e quindi della costituzione di ogni tipo e forma di ordinamento, ed in particolare di ogni Stato.* »  
S. FOIS<sup>2</sup>

« *Ogni opzione di metodo è necessariamente correlata a una idea sostanziale del diritto.* »... « *Ogni teoria politica e costituzionale presuppone un'antropologia.* »  
G. ZAGREBELSKY<sup>3</sup>

La notion de *constitution au sens matériel* innerve, depuis plusieurs décennies, le débat doctrinal italien, au point qu'il n'est pas hasardeux d'affirmer qu'elle est la notion juridique le plus souvent invoquée par les constitutionnalistes; et Mortati (1891-1985) est l'un des juristes les plus respectés de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>4</sup>. S'il dessine les linéaments de cette notion

---

1. S. D'Albergo, *Il potere democratico fra « costituzione materiale » e « funzione » di indirizzo politico*, Democrazia e diritto, 1973, II, p. 105.

2. S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in A. Catelani, S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, ILSE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 29.

3. G. Zagrebelsky, *Il metodo di Mortati*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Università degli studi di Reggio Calabria, ESI, 1989, pp. 52 et 67.

4. La formule *zone grise* permet de mettre en exergue l'ambivalence et la dangerosité de la notion de *constitution au sens matériel*. L'ouvrage de Mortati n'étant pas traduit et les écrits français sur la CSM étant rares, il faut préciser que la position ici défendue n'est pas celle de la doctrine majoritaire en Italie. « *Zone grise* » : il s'agit d'une utilisation (détournée) de la formule de M. Siotto Pintor, *Nella zona grigia del diritto costituzionale. Ancora in tema di immunità dei deputati*, Annali dell' Univ. di Perugia, 1904, III, 2, p. 109. Voir Ferracciù, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie (note ed appunti metodologici)*, même revue, 1905, I, 2. Cité par F. Lanchester, *Costantino Mortati e la « dottrina » degli anni trenta*,

dès 1931 (*L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*<sup>5</sup>), c'est en 1940 que Mortati tente de lui donner toute la cohérence souhaitée dans son ouvrage *La costituzione in senso materiale*<sup>6</sup> (ci-après *CSM*). Depuis lors, la *CSM* occupe une place particulière en Italie. Elle parcourt, il est vrai, le siècle : elle donne corps au droit constitutionnel « post-Orlando » (cf. sa *svolta*-tournant méthodologique)... se cristallise alors que le fascisme est complètement « totalitarisé »... devient une référence à partir de 1947 dans le cadre de la République parlementaire. Mortati développe sa notion phare dans le cadre de deux régimes politiques différents et antagonistes, le régime fasciste et le régime républicain, le second se construisant en réaction contre le premier. Il est usuel d'écrire que le Mortati de 1931 (*Il governo nel nuovo diritto pubblico italiano*) n'est pas celui de 1940 (la *CSM*)<sup>7</sup> ; il est aisé d'ajouter ni celui de 1947 et des années postérieures. La *CSM*, centrée d'abord sur le parti unique sous le fascisme, a pour fondement ensuite les partis politiques<sup>8</sup> sous la République. La *CSM* connaît ainsi une exceptionnelle mutation génétique, devient via sa transformation concept « pont » entre fascisme et République; la puissance théorique de Mortati semble faire échapper sa pensée aux soubresauts de l'histoire. On constate dès à présent que

---

in F. Lanchester (*a cura di*), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Università degli studi di Reggio Calabria, ESI, 1989, p. 99.

On peut aussi, à l'instar de Frosini (T. E. Frosini, *Mortati e l'indirizzo politico (negli anni trenta)*, in M. Galizia (*a cura di*), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 567), utiliser la formule zone grise pour souligner la propension de Mortati à avoir recours à l'histoire, la science politique et la sociologie. Cette démarche, loin d'être condamnée, est la seule à même de donner sens à la notion de droit constitutionnel. Elle n'invalide en rien la thèse ici défendue, à savoir la dimension ambiguë voire dangereuse de la notion de *constitution au sens matériel*.

5. Ouvrage tiré de sa thèse de *laurea* en sciences politiques, sous la direction de L. Rossi. La production de Mortati est intense à cette époque : *Osservazioni sulla potestà regolamentare del governo* (1932), *La volontà e la causa dell'atto amministrativo* (1935), *Note sul potere discrezionale* (1936). On note l'intérêt pour l'activité normative du pouvoir gouvernemental et la place de l'administration, autant de thèmes au cœur de la réflexion doctrinale chez les juristes en ces temps où le fascisme est désormais solidement enraciné.

6. L'ouvrage se décline ainsi. Le Chapitre I est dédié aux *principales théories sur la constitution matérielle*, le Chapitre II au *contenu et à la nature de la constitution matérielle*, le Chapitre III à la *fonction de la constitution matérielle*.

7. F. Lanchester, *Mortati nella dottrina costituzionalistica italiana*, in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, in A. Catalani, S. Labriola, (*a cura di*), Milano, Giuffrè, 2001, p. 135.

8. C. Mortati, *La costituente (La teoria. La storia. Il problema italiano)*, 1945, *Raccolta di scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 3.

la CSM est une notion fort voyageuse sur le plan idéologique, empruntant des chemins divers, voire contradictoires<sup>9</sup>.

Comment appréhender, de manière sommaire, la CSM ? En son contenu, elle se définit comme l'ensemble des forces politiques organisées en un parti politique ayant pris l'ascendant sur les autres partis. Ce parti, devenu la force dominante en mesure de poser une constitution formelle, est seul capable d'atteindre les buts politiques synonymes d'unité politique de l'État, fin ultime. La CSM est système de valeurs et d'exigences historiques se trouvant au fondement de la constitution formelle écrite ; elle en constitue à la fois l'origine, la justification et le paramètre interprétatif. La constitution formelle ne s'oppose pas à la constitution matérielle ; elle la présuppose. La CSM présente une valeur descriptive en ce qu'elle individualise le système de valeurs et prend en compte les exigences historiques. Elle présente une valeur prescriptive car elle fonde la légitimité de la constitution formelle ; par voie de conséquence, elle connaît une dimension herméneutique-interprétative, ce qui explique que la constitution formelle doit être toujours en adéquation avec la CSM<sup>10</sup>.

La définition de Mortati apparaît quelque peu évanescence si l'on doit, dès à présent, donner son sentiment ; et la lecture de (l'immense) littérature constitutionnelle consacrée au sujet montre bien la complexité de l'affaire. Car la CSM peut revêtir différents sens tels que : *the living constitution*... la décision politique fondamentale donnant naissance à l'ordre juridique... les valeurs et choix politiques partagées par les forces dominantes... Comme le constate Bartole au début des années 80', de tels propos n'emportent pas épuisement du sujet dans sa dimension définitionnelle<sup>11</sup> ; et les définitions ici mentionnées ont donné lieu à nombre de commentaires souvent divergents. Si la notion de constitution matérielle semble importante pour la théorie constitutionnelle, elle ne brille pas d'une lumineuse clarté (mais n'est-ce pas pour cela qu'elle a traversé avec autant de facilité le temps politique ?). Une chose est certaine cependant : il ne faut pas réduire – comme c'est très souvent le cas – la CSM à l'idée de pratique politique divergeant de la constitution formelle écrite. La pensée de Mortati peut paraître alors dévoyée puisqu'il entend aller bien au-delà de cette césure.

---

9. En France, elle est parfois évoquée. Voir par exemple, et sans prétendre à l'exhaustivité, F. Moderne, « Réviser » la constitution. *Analyse comparative d'un concept déterminé*, Dalloz, 2006, p. 12. A. Carrino, *De la constitution matérielle*, in *L'architecture du droit-Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006. La CSM est présentée comme « une invention typique du génie italien » (page 241).

10. F. Pizzetti, *Costituzione materiale, e costituzione formale tra passato, presente e futuro*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea* (a cura di S. Labriola, A. Catenali), Quad. rass. parl., ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 410.

11. S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, Dir. e soc., 1982, p. 605.

Car la prétention scientifique de Mortati est immense : réduire les divisions, césures, fractures entre les déclarations de principe du constituant et la réalité effective du système politico-constitutionnel. Il lui importe de déterminer « un concept de constitution qui ne contraigne pas à mutiler la réalité juridique »<sup>12</sup>. Sa volonté : dépasser le dualisme primaire qui distingue l'ordre juridique formel et l'ordre politique réel. Il part à la recherche de la source juridique première : celle qui détermine la naissance même de l'ordonnement constitutionnel, confère à ce dernier une unité qui ne peut découler du simple enchaînement des normes. Mortati est très sensible – la *CSM* s'ouvre d'ailleurs par une *pars destruens*, critique radicale du positivisme formel – à l'antiformalisme diffusé en Italie tant par l'école napolitaine (Arcoleo) que turinoise (Crosa). Ce combat anti-formaliste est mené au nom d'une recherche des fondements politico-sociaux du droit<sup>13</sup>, seuls à mêmes de donner sens à une science dynamique et réaliste<sup>14</sup>; la constitution formelle écrite n'est pas suffisante pour comprendre l'essence d'un État, d'un régime politique, d'un ordre juridique. Mortati rejette ce positivisme, incapable d'appréhender la constitution dans toute sa complexité ; il récuse cette doctrine qui pose l'unité de la structure normative *a posteriori*, qui circonscrit la constitution, de manière réductrice, à ses seuls éléments formels<sup>15</sup>.

L'œuvre de Mortati s'enracine dans un contexte intellectuel et historique bien précis. Il appartient à cette génération de juristes qui prennent pied sur la scène doctrinale à la fin des années 20' et au début des années 30'. Cette génération reconnaît comme maîtres des hommes tels que Orlando (la juridicité du droit), Romano (l'institutionnalisme), Ranelletti (le tropisme de l'État administratif), Mosca (la classe politique), Donati (l'État-personne), L. Rossi (la dimension historique du droit)... Une influence étrangère est, de surcroît, très nette: il s'agit de celle de la culture germanique que Mortati, comme tout bon juriste italien, connaît bien. Aussi les noms de Jellinek, Gierke, Smend et Schmitt ont-ils compté dans sa formation.

Mortati, à l'instar de ses contemporains, est très marqué par la crise de l'État libéral, résumée en une synthèse magistrale par Santi Romano (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909). L'État de droit libéral bourgeois est incapable, dans le cadre du système représentatif par lui institué, d'intégrer les masses ; la réflexion de Mortati a pour moteur premier de (re)définir ce que la doctrine nomme « l'État

---

12. *CSM*, p. 31.

13. F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 198.

14. G. Azzariti, *La costituzione materiale e le forze politiche « dominanti »*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea* (a cura di S. Labriola, A. Catenali), Quad. rass. parl., ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 292.

15. *CSM*, p. 15.

moderne », entité post-libérale. Les prémisses de la CSM sont louables : dépasser la dichotomie entre fait et norme, inscrire dans la juridicité le principe sous-tendant l'ordre normatif<sup>16</sup>. La rencontre entre droit et politique, entre norme constitutionnelle et corps social s'analyse à l'aune d'un constat : le XX<sup>ème</sup> siècle est le siècle de l'entrée dans la vie politique de millions d'individus désormais regardés comme citoyens porteurs de droits<sup>17</sup>.

Crise de l'État, crise du droit, crise de la science constitutionnelle vont de concert. Il ne suffit plus de définir l'État à partir de la notion de représentation comme le font Mosca, Orlando ou encore Romano ; il faut aller « au-delà » pour comprendre l'État. Mortati recherche une méthodologie réaliste conduisant à la juridicisation maximale du politique. La CSM consiste en la prise en compte de l'influence de la politologie<sup>18</sup> sur la science du droit, avec la volonté d'intégrer dans le raisonnement juridique des éléments réflexifs provenant d'autres sciences humaines<sup>19</sup>. Il s'agit d'une opération d'ouverture intellectuelle quand bien même Mortati entend juridiciser toute donnée appartenant initialement à la sphère non juridique. Il est dans un premier temps salutaire de lire une pensée non recluse sur la seule normativité, souhaitant appréhender le droit non pas comme un système clos avec cette prétention à l'auto-genèse, l'auto-reproduction, et l'auto-nomie. Mortati est bien un enfant de la crise du positivisme.

Mortati et les autres élèves de Panunzio (Origone, Lavagna, Crisafulli, Biscaretti di Ruffia, M. S. Giannini notamment) se trouvent au cœur d'un débat méthodologique et idéologique : renouveler en substance les catégories du droit public à la lumière de leur époque. Les années 30'/40' représentent une période intellectuelle riche tant importe la question de la redéfinition de l'État. Comment ne pas évoquer la figure de Costamagna qui, dès 1930, lance un défi à ses pairs, appelant à écarter la dogmatique traditionnelle (l'institutionnalisme et le normativisme) pour fonder une école nouvelle ?<sup>20</sup> Cette dernière ne peut être qu'en adéquation avec les schémas de l'État nouveau dont Costamagna et Panunzio (le maître de Mortati) sont les zélés « systématiseurs ». Sous l'influence de Panunzio

---

16. A. Carrino, *Spunti per un saggio su "costituzione materiale" e mutamento costituzionale*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea* (a cura Di S. LABRIOLA, A. CATENALI), Quad. rass. parl., ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 282.

17. G. Amato, *Costantino Mortati*, Quad. cost., décembre 1987, p. 558.

18. Son projet de « juridiciser la volonté » et de doter la CSM d'une empreinte réaliste révèle son profond intérêt envers la science du politique. Il a d'ailleurs longuement enseigné à la Faculté des sciences politiques, voyant là le lieu idéal de recherche pour un constitutionnaliste.

19. M. S. Giannini, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 10.

20. C. Costamagna, *Tradizionalismo giuridico e rivoluzione politica*, « Lo Stato », 1930, p. 325. C. Costamagna, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista*, « Lo Stato », 1931, p. 241.

et Costamagna, Mortati s'inscrit dans une lignée doctrinale qui réfléchit sur les fondements juridiques rationnels (sic) de l'entreprise étatique mussolinienne.

Comme toute œuvre, celle de Mortati ne peut être dissociée de son enracinement historique. Ce dernier réalise son premier écrit significatif en 1931, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*; le fascisme s'est alors répandu sur l'ensemble de la société italienne, totalitarisant cette dernière (avec le soutien d'une grande partie de la population<sup>21</sup>). Mortati s'insère donc dans un débat intellectuel à forte connotation idéologique. Certes, il entend se situer dans la catégorie des auteurs qui réfléchissent toujours sur la figure de l'État de droit (symbole de continuité avec l'État libéral classique). Mais il est aisé de constater que la *CSM* tourne autour de cet objet inconnu de la période précédente et qui incarne désormais l'outil juridique premier du fascisme : le parti politique (unique). La *CSM* n'est-elle pas alors une tentative d'intégrer organiquement le PNF (parti national fasciste) au sein de l'ordonnement constitutionnel ? La *CSM* serait alors avant tout la continuation par d'autres moyens des développements insérés dans l'ouvrage de 1931 dans lequel le PNF est présenté comme la pierre angulaire du régime<sup>22</sup>. La *CSM*, loin d'être une analyse conceptuelle a-historique, relève – selon nous – d'une expérience historique précise, fasciste. Aussi est-il surprenant de lire nombre d'études sur Mortati édulcorant la dimension contextuelle de la *CSM*, et opérant de cette dernière une unique lecture de théorie générale. Pour nombre d'auteurs, il ne faut pas s'arrêter plus que de raison sur la période fasciste tant la pensée de Mortati se voudrait compréhensive de la mutation génétique sans précédent qui touche l'État moderne : l'avènement des masses. Son œuvre, dans cette perspective, vise à repenser la théorie générale de l'État et du droit public ; le fascisme est seulement l'élément historique permettant de réaliser cette révolution intellectuelle. Prévaut le sentiment que la *CSM*, œuvre de 1940, est souvent lue avec des yeux postérieurs, républicains et démocratiques, via un syncrétisme scientifique étrange; comme si l'article sur la notion de *Costituzione* (*voce*), paru en 1962 dans l'*Enciclopedia del diritto* chez

---

21. Voir les ouvrages de De Felice à ce sujet à propos de ce qu'il appelle *gli anni del consenso* (les années du consensus). Quand est publiée la *CSM* (1940), le fascisme racial (cf. les lois anti-juives de 1938) est advenu.

22. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. L'ouvrage est initialement un travail universitaire loué pour ses qualités évidentes. La Commission en charge de l'évaluer souligne combien le jeune candidat est l'un des premiers auteurs à systématiser la figure du Chef du Gouvernement au sein du nouveau droit constitutionnel. La remarque n'est pas anodine : la dyarchie constitutionnelle – maintien de la figure royale, pouvoir effectif entre les mains du Duce – est l'une des questions centrales du nouveau droit public. Cité par F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 215.

Giuffrè<sup>23</sup>, devenait doctrine officielle, et seule grille de lecture (paradoxe) du texte de 1940. Pour la communauté scientifique italienne, par la voix de l'un de ses plus brillants représentants, G. Zagrebelsky<sup>24</sup>, « *La constitution au sens matériel* n'est pas une conception fasciste de l'État mais une conception de l'État applicable (et appliquée) au fascisme »<sup>25</sup>. Non fasciste, la notion est « fascisée » comme elle est plus tard « républicanisée » tant elle se veut réflexion paradigmatique, et donc potentiellement instrumentalisable par tout type de régime. Pour G. Zagrebelsky, la théorie de Mortati ne peut guère être regardée comme une ou la théorie officielle du fascisme ; non seulement elle n'est pas réceptionnée comme outil intellectuel par les caciques du régime, mais elle connaît son apogée au moment même où se construit la République sur les cendres du totalitarisme. Certes. Reste que 1962 diffère tant de 1940 qu'on ne peut manquer de s'interroger ; et de choisir son angle de lecture.

La lecture croisée et « rétroactive » (lire 1949 avec les yeux de 1962) étant source de confusion, parti pris ici est de lire la *CSM* pour ce qu'elle est : un texte de 1940 dont les prétentions théoriques peinent, nonobstant les (brillantes) affirmations contraires, à se détacher d'une lecture totalisante du politique et du droit. La théorie de la constitution matérielle est fille de son temps, c'est-à-dire d'une expérience fasciste qui voit dans *le* parti politique (unique) la figure salvatrice seule à même de donner cohérence à l'ensemble de l'ordonnement juridique<sup>26</sup>. Ainsi ne peut-on que souligner – et critiquer – la vivace tension entre l'inclinaison à historiciser le droit d'un côté et à élaborer des propositions de théorie générale de l'autre. Sont construits dans la *CSM* des schémas démesurément généraux, englobants qui prétendent rencontrer de manière cohérente des éléments de contingence historique. L'histoire de la *CSM* nous semble être celle d'une oscillation permanente et parfois pathologique : expliquer de manière totale la notion de constitution au regard de la forme d'État (fasciste) qui la voit naître et appréhender dans leur globalité les dynamiques institutionnelles originelles et organisationnelle de tout État<sup>27</sup>. Sans doute ces tensions entre théorie du

---

23. C. Mortati, *voce Costituzione (dottrine generali)*, Enc. del dir., Milano, Giuffrè, 1962. Voir [www.dirittoditutti.giuffre.it](http://www.dirittoditutti.giuffre.it). Merci à mon ami le Professeur A. Deffenu (Université de Cagliari) pour cette précision.

24. Dont on lit avec admiration les écrits sur la laïcité républicaine, dans sa tentative de contrer la résurgence de la « doctrine Bellarmino » en terre italienne.

25. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, p. XIII.

26. S. D'Albergo, *Il potere democratico fra « costituzione materiale » e « funzione » di indirizzo politico*, Democrazia e diritto, 1973, II, p. 92.

27. S. Stammati, *La riflessione sulla costituzione in senso materiale : l'opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario*, Giur. cost., 1990, III, p. 2959, note 33.

droit pure (réconciliation du droit et du politique) et contingences historiques expliquent-elles le caractère parfois abscons de l'œuvre, ardue à lire. Difficile de ne pas partager l'opinion de Sergio Fois pour qui on trouve dans la *CSM* de « grands sauts logiques », des « pétitions de principe », et une influence hégélienne où « tout ce qui est réel est juridique »<sup>28</sup>.

Le débat ne possède pas seulement une portée historique. Comme il a été souligné en amont, la notion de *CSM* est d'utilisation fréquente en doctrine contemporaine. Il y a plus: elle est instrumentalisée par une partie de la classe politique depuis l'aube des années 90 pour souligner l'inadéquation de la Constitution formelle de 1947 et la nécessité de la modifier en profondeur. La rupture italienne consécutive à *Tangentopoli*<sup>29</sup> – s'effondre le système partitocratique instauré par la Démocratie chrétienne depuis 1948 – est emblématique. Alors même que la Constitution de 1947 demeure, la formule « Seconde République » est employée, notamment par le centre-droit de S. Berlusconi, pour viser le nouveau schéma partisan. Avec une idée sous-jacente : délégitimer la loi fondamentale écrite (constitution formelle) au nom des nouvelles pratiques politiques (*CSM*)<sup>30</sup>. Puisque la *CSM* se veut coïncidence entre *ordo ordinans* et *ordo ordinatus* avec prévalence de la constitution matérielle sur la constitution formelle, elle implique une nécessaire adaptation de la seconde à la première. Avec un tel postulat, que signifie la rigidité de la constitution formelle écrite, la distinction pouvoir constituant / pouvoirs constitués, la soumission du politique au droit ? Toute aventure politique ne peut-elle pas prétendre au titre de *CSM* et s'imposer, en dehors de la procédure légale de révision de la constitution formelle ? Il n'est guère étonnant que le révisionnisme constitutionnel soit devenu l'un des thèmes centraux du débat politique italien. Avec ce paradoxe: la *CSM* devient un argument démocratique (voire populiste) alors que l'on cherche en vain une telle lecture de cette notion dans le texte de 1940. D'où l'intérêt de décrypter un concept ancien pour s'interroger sur sa pertinence contemporaine.

De l'époque de sa systématisation à aujourd'hui, la *CSM* génère, on le voit, un débat politico-juridique de grande ampleur tant elle prétend être au croisement des interrogations les plus essentielles du droit public : droit/politique...État/intégration des masses. La *CSM* mérite intérêt si l'on concorde sur un point : la science constitutionnelle renonce parfois au questionnement de ses propres racines<sup>31</sup> et la théorie de Mortati – contestable en sa naïveté : prétendre atteindre

---

28. S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in A. Catelani, S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, ILSE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 28.

29. La cité de la corruption.

30. A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, *Quad. Cost.*, XXX, 2, juin 2010, p. 312.

31. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè,



l'unité d'un ordre juridico-politique – ouvre un champ réflexif qu'il serait stérile d'éluider. Mortati nous invite à un changement de paradigme : la juridicité des valeurs politiques avec pour corollaire la prévalence de la constitution matérielle. La *CSM* emporterait alors réconciliation du droit et de la politique (I). Une fois réalisé cet objectif, la *CSM* redessinerait l'État bousculé par la modernité post-libérale. Cependant, insufflant une vision totalisante des relations entre l'État et l'individu, la *CSM* semble constituer un instrument au service d'une dangereuse (et antique) quête : celle de l'unité du corps politique au sein de l'État (II).

## I. La constitution matérielle, ou la prétendue réconciliation du droit et de la politique

Mortati prétend opérer deux changements de paradigme : la juridicité des valeurs politiques (A), la prévalence de la constitution matérielle sur la constitution formelle (B).

### A. Changement de paradigme : la juridicité des valeurs politiques

La *CSM* s'ouvre par une implacable *pars destruens*. Pour Mortati, le formalisme positiviste est incapable de saisir « la fonction caractéristique de la constitution »<sup>32</sup>. Ce qui le choque est la volonté délibérée, idéologique, subjective d'exclure du concept de droit toute référence à « la réalité des rapports sociaux »<sup>33</sup>. Avec des accents schmittiens, le positivisme est dénoncé comme une grande fable tautologique : ou la norme première est une hypothèse et se caractérise par sa flagrante inutilité car elle ne fonde en rien la validité du droit (« elle ne résout pas l'antithèse entre constitution réelle et constitution juridique »<sup>34</sup>)... ou elle n'est pas une hypothèse et ne peut faire à moins d'un contenu sociologique identifié sur la base des rapports (sociaux) de force. Bref, quel est l'intérêt d'une théorie formaliste incapable de résoudre de manière satisfaisante la question de l'identité et de l'unité de l'ordonnement, et tombant parfois dans un syncrétisme méthodologique par elle si décrié ?

---

1998, p. IX.

32. *CSM*, p. 16.

33. *CSM*, p. 22.

34. *CSM*, p. 22.

Mortati est un réaliste qui veut faire confluer normativité et efficacité<sup>35</sup>. Les théories qu'il observe lui paraissent soit juridiques et non réalistes... soit réalistes et non juridiques<sup>36</sup>. Il prétend poser une théorie concrète et juridique, élargir la sphère restrictivement juridique pour englober les sources primaires de l'ordre lui-même. Ces dernières – fournissant la garantie de la validité de cet ordre – ne peuvent être repoussées par le juriste dans la sphère politique ou pré-juridique. Non seulement Mortati entend réfléchir sur *la* normativité de la constitution mais il prétend renforcer *sa* normativité. Car la force matérielle de la constitution est une force normative, pleinement juridique : non seulement cette normativité n'a rien à envier à celle de Kelsen mais Mortati revendique pour elle une complétude infiniment supérieure. Étant le cœur de l'ordonnement juridique, elle est le principe d'affirmation de la suprématie de la constitution. Loin d'opérer une opération de dissolution – dissolution du droit dans le fait et la volonté pré-juridiques – Mortati poserait la normativité entière et effective de la constitution.

Mortati entend s'attaquer à la césure binaire aussi incontournable qu'effrayante pour tout constitutionnaliste : la relation entre droit et politique. Avec utilisation de la formule « droit politique », il souhaite ne pas limiter sa réflexion à une pure juridicité normative restrictive. Il met en avant la notion de politique, « activité téléologique pratique, c'est-à-dire la détermination des fins de l'État ou l'assurance de l'adéquation des moyens aux fins »<sup>37</sup>. La politique permet la détermination du contenu des normes juridiques: elle fournit le critère pour pouvoir juger si les organes accomplissent leurs missions de manière satisfaisante au regard des fins de l'État. C'est un « droit en mouvement »<sup>38</sup> que prône Mortati, compris comme activité juridique respectant « les exigences des règles politiques, lesquelles peuvent se déduire des fins »<sup>39</sup>. Mortati insiste sur la dimension juridique des fins politiques : elles ne doivent pas, elles ne peuvent pas être rejetées dans le monde pré-juridique puisqu'elles sont incorporées à l'institution étatique dont elles déclinent l'humus. Mieux encore : les fins politiques forment « l'essence même de la constitution fondamentale...la source première du droit de l'État »<sup>40</sup>. Les valeurs politiques – non rejetées comme fait a-juridique – sont la

---

35. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, p. XV.

36. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, p. XVIII.

37. *CSM*, p. 107.

38. *CSM*, p. 110.

39. *CSM*, p. 110.

40. *CSM*, p. 110.

« clé herméneutique de la constitution matérielle »<sup>41</sup>; elles pénètrent à ce point la sphère juridique qu'elles deviennent élément constitutif du droit. Le droit ne saurait être constitué, en ce qui concerne la détermination de ses sources, des seules normes de nature formelle.

Mortati regarde la constitution formelle (écrite) comme l'expression d'un équilibre entre les forces politiques à un moment *T*. Mais il ajoute aussitôt, dimension réaliste d'une pensée qui se veut empirique, que la situation d'équilibre initialement posée est par définition plus ou moins stable. La stabilité se définit par l'existence de « valeurs clairement déterminées » tandis que l'instabilité surgit en présence d'un « compromis entre forces opposées »<sup>42</sup>. Dans cette dernière hypothèse, la constitution formelle est synonyme d'incomplétude (pour ne pas dire de danger) puisqu'elle est incapable de trancher entre les valeurs en présence. Exemple : l'incapacité de désigner clairement l'organe exerçant le pouvoir suprême. Il faut donc que survienne la prévalence d'une force politique sur une autre : ainsi s'efface le compromis dilatoire (Schmitt) originellement tracé et synonyme d'impuissance.

La *CSM* définit, dans le cadre du processus de formation et de transformation de l'ordonnement constitutionnel, les valeurs stables identifiant la forme de l'État à un moment historique situé. La finalité unitaire de la *CSM* apparaît ici en toute sa dimension. La politique est une activité téléologique; cette fin politique assume un rôle essentiel dans l'activité juridique en ce qu'elle forme l'essence de la constitution fondamentale et devient alors la source première du droit de l'État<sup>43</sup>. Il y a ici une dimension décisionniste réunissant volonté et efficacité: la juridicité de la volonté politique ne découle-t-elle pas d'ailleurs de sa propension à être efficace ? La volonté politique devient droit quand elle est efficace, lorsqu'elle devient la force prévalente capable de neutraliser les autres forces, regardées comme autant d'entités subversives car dangereuses pour la réalisation de l'unité politique.

Les forces politiques assument une mission structurante: elles agissent « directement, en dehors de toute discipline formelle particulière, comme source autonome de validité de l'ordre juridique »<sup>44</sup>. Elles possèdent un rôle juridique fondamental, premier car d'elles dépend une chose : l'adéquat fonctionnement de l'ensemble de la machine étatique qui, grâce à la rencontre entre les normes posées et l'action des pouvoirs constitués, peut poursuivre les fins déclarées suprêmes. Il est conféré aux forces politiques dominantes un rôle d'élite éclairante capable

---

41. G. P. Calabrò, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Lungro – Cosenza, Marco Editore, 1997, p. 57.

42. *CSM*, p. 116.

43. G. P. Calabrò, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Lungro-Cosenza, Marco Editore, 1997, p. 69.

44. *CSM*, p. 129.

de faire plier la normativité constitutionnelle à leurs exigences. Mortati évoque jusqu'à l'hypothèse d'une réception positive de textes constitutionnels n'étant plus en vigueur (il cite d'ailleurs Hauriou et le débat sur la positivité de la DDHC de 1789): seule compte la « conviction juridique de la classe dominante ». Cette pensée élitiste repose sur la distinction entre forces dominantes et forces dominées. Mais est-il vraiment possible d'individualiser, et a fortiori de donner sens juridique, à un groupe, des groupes, qui méritent un tel qualificatif ? On peut imaginer nombre de sociologues, voire d'anthropologues, jongler avec une telle distinction, aussi fondamentale dans le texte de 1940 que brumeuse en raison de son indétermination. Que signifie pour le juriste la « conviction juridique de la classe dominante » ou le « but implicite de l'ordre constitutionnel »<sup>45</sup>? La CSM est avant tout volonté politique dominante (*rectius* la volonté politique dominante) capable d'exercer sur autrui une puissance coercitive permettant d'obtenir l'obéissance<sup>46</sup>. Rien de bien nouveau depuis Gumplowicz<sup>47</sup> ou Weber: la domination politique emporte institutionnalisation et constitutionnalisation. Le propos n'a rien de choquant dans un premier temps : tout phénomène révolutionnaire est un moment pré et a-juridique revêtant ensuite les habits de la légalité puis souvent de la légitimité. Mais la CSM prétend aller bien au-delà.

### *B. Changement de paradigme : la prévalence de la constitution matérielle*

La constitution matérielle est la constitution réelle, vivante, efficiente, et légitime car réceptacle des valeurs de la force dominante. Cette théorie des deux constitutions n'est en soi pas révolutionnaire si elle se limite au constat de l'existence d'une constitution écrite et d'une constitution « pratique » définie par les rapports de force. Mortati va plus loin. Une fois rappelé que la pratique ne correspond pas toujours, voire souvent au texte, il ajoute : dès lors qu'existe une césure entre « constitution formelle » et « constitution réelle », il est plus exact de définir cette dernière comme « l'unique à laquelle on peut donner caractère juridique »<sup>48</sup> car elle seule jouit d'une réelle effectivité. La véritable juridicité de la constitution ne réside pas dans sa dimension textuelle, œuvre du pouvoir constituant originaire mais dans l'effectivité des pratiques politiques; celles-ci, surgissant de la volonté des forces dominantes et donnant cohésion à l'État, deviennent juridiques car socle normatif de la nation unie. L'effectivité des pratiques conduit à

---

45. CSM, p. 142.

46. cf. la notion de « *sforza politica* » in CSM, p. 62.

47. F. Laffaille, *L. Gumplowicz ou la doctrine sociologique de l'État*, à paraître.

48. CSM, pp. 116 et 117.

leur légitimité et à leur légalité. Un tel raisonnement s'explique, selon Mortati, par la dimension nécessairement incomplète et élastique de la constitution formelle. L'utilisation de ce dernier adjectif – élastique – est tout sauf anodine et renvoie à un débat doctrinal italien intense (Luigi Rossi et l'élasticité du *Statuto*<sup>49</sup> de 1848). Derrière cette idée d'élasticité, il y a volonté de souligner combien la notion de constitution est processus et s'entend de manière dynamique. Toute constitution formelle doit donc s'adapter aux exigences nouvelles de la vie de l'État, exigences par définition impensables et imprévisibles au moment de l'élaboration du texte. Il revient à la constitution matérielle de pourvoir à une telle nécessité et à de telles exigences pour résoudre, autant faire ce peut, le hiatus entre droit écrit statique et vie politique dynamique. La constitution matérielle devient « la source de validité ou de positivisation de la constitution formelle »<sup>50</sup>. La *CSM* ne s'oppose pas à la constitution formelle, elle la soutient et l'éclaire ; la *CSM* fonde la normativité de la constitution formelle. En cas de hiatus entre les deux constitutions, la constitution matérielle (réelle) fondée sur les rapports réciproques de force des éléments sociaux socles de l'État « enlève ... sa positivité »<sup>51</sup> à la constitution formelle. Cette dernière est dépossédée de sa dimension juridique ; elle est privée de tout fondement puisque les rapports sur lesquels elle se fonde sont hors du droit en raison de l'incapacité à appréhender la réalité politique.

On passe assez rapidement, avec la *CSM*, d'une lecture descriptive à une lecture prescriptive, de l'étude de la vie « réelle » de la constitution à une légitimation des valeurs défendues par les forces dominantes. Avec cette conséquence : la supériorité de la constitution matérielle et sa prévalence sur la constitution formelle. Par rapport à la constitution matérielle porteuse des valeurs suprêmes de l'ordonnement, la constitution formelle connaît un caractère instrumental ; elle n'est qu'un document attestant l'accord (dilatoire), à un moment donné, entre les forces dominantes quant à la forme de l'État. La *CSM* – facteur de rationalisation herméneutique »<sup>52</sup> – permet l'interprétation de la vie constitutionnelle et politique, de cibler les rapports constitution formelle / droit vivant, de lire leur relation au regard du couple légalité / légitimité. Le travail interprétatif consiste à scruter la complexité sociale mouvante pour individualiser les exigences institutionnelles latentes. La *CSM* possède une valeur de « super légalité constitutionnelle »<sup>53</sup>, non pas fondée sur des bases jusnaturalistes ou sociologiques mais liée à l'idéologie de la force politique dominante. La *CSM*

---

49. L. Rossi, *La « elasticità » dello Statuto italiano*, in *Studi in onore di S. Romano*, I, Milano, Giuffrè, 1940, p. 27.

50. *CSM*, p. 124.

51. *CSM*, p. 120.

52. S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, *Dir. e soc.*, 1982, p. 607.

53. *CSM*, p. 121.

est située au sommet de la hiérarchie normative, englobant une réalité sociale devenue constitutionnelle et s'imposant naturellement à la première et primaire constitution formelle, simple texte écrit. On peut se d'ailleurs demander jusqu'à quel point la constitution formelle mérite la qualité de norme tant elle apparaît dans sa nue incomplétude hors d'une confrontation et d'une adéquation avec la constitution matérielle. Mortati tire une conséquence (logiquement) radicale de cela: un acte illégal en ce qu'il viole la constitution formelle (au hasard un excès de pouvoir d'un organe constitutionnel) peut être légitime car conforme à la *CSM*. Il écrit: « les forces politiques qui appuient cette fin et confèrent la positivité de l'activité (y compris) en dérogation à la loi garantissent aussi la juridicité de celle-ci, entendue comme adhérence aux intérêts fondamentaux de l'ordonnement. Intérêts qui fonctionnent non seulement comme limite, circonscrivant l'activité, mais aussi comme objectif poursuivi positivement »<sup>54</sup>.

Une interrogation ne peut manquer de survenir: si la constitution formelle n'est plus en adéquation avec la constitution matérielle et si la première doit s'aligner sur la seconde, quelle est la procédure employée pour opérer une telle adéquation? Doit-on encore procéder à une révision de la constitution formelle selon la procédure par elle visée? Autant dire que la théorie de la constitution matérielle renvoie à la question des limites de la révision constitutionnelle: ou plutôt aux limites des forces politiques dans leurs prétentions à réviser la constitution sur le fondement du critère de légitimité. Ne peuvent-elles pas, en vertu de la *CSM*, s'affranchir du texte écrit car elles incarnent les forces vives de la constitution matérielle? Elles peuvent, voire doivent – sinon existerait une inacceptable fracture – mettre en adéquation constitution formelle et constitution matérielle: plus précisément, modifier une constitution formelle obsolète en raison du mouvement de la société politique. Mortati rejette la logique formaliste en matière de révision constitutionnelle: elle lui paraît impropre à saisir la particularité essentielle de la notion de constitution. Le formalisme procédural vide la constitution de sa principale fonction: garantir l'unité, la stabilité et les traits spécifiques individualisant un type d'État. La révision constitutionnelle ne peut donc être abordée en éludant toute réflexion quant au fond, au contenu de la constitution porteuse de valeurs et d'identité. Conséquence: la constitution formelle peut être modifiée sans utilisation de la procédure prévue. L'intervention des pouvoirs constitués classiques est inutile car la constitution formelle est révisée via l'activité ordinaire inhérente à l'*indirizzo politico* (direction politique, au profit de l'exécutif)<sup>55</sup>.

---

54. *CSM*, p. 155.

55. *CSM*, pp. 179 et s. Le lien entre *CSM* et convention vient assez rapidement à l'esprit. Pour Mortati, les conventions politiques sont des conventions constitutionnelles, et il leur attribue un caractère juridique; elles peuvent, en vertu de la théorie de la *CSM*, s'imposer à la constitution

Mortati, assassin de Sieyès : le juriste italien, sous prétexte de donner corps à une conception régénérée de la notion de constitution, torpille l'une des novations les plus importantes de la science juridique moderne, la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. La constitution est saisie par le fait, ou plutôt par les forces dominantes au point que la puissance politique vient détruire toute prétention à une quelconque stabilité juridique. La théorie de la *CSM* est porteuse d'un danger évident et immédiat. Toute modification de la constitution formelle est justifiée et régulière dès lors qu'elle est l'incarnation de la volonté des forces politiques dominantes. Celles-ci prennent le titre de « pouvoir constituant permanent »<sup>56</sup>, en dehors de la procédure légale formalisée. Un tel pouvoir est inacceptable – car situé en dehors des prescriptions constitutionnelles procédurales – si l'on entend conférer une stabilité minimale à l'ordre constitutionnel en vigueur. La *CSM* est l'incarnation d'une pensée juridique anti-moderne: est diluée la notion de constitution telle qu'elle se forge depuis la Convention de Philadelphie et la Révolution française. Avec cette confrontation récurrente entre *CSM* et constitution formelle – en raison de ce « pouvoir constituant permanent » – apparaît un risque: celui d'une constitution « ectoplasme »<sup>57</sup>, enfant bâtard du combat incessant entre les deux constitutions, formelle et matérielle. La *CSM* n'est rien d'autre qu'un processus de déconstitutionnalisation, une négation de la dimension prescriptive de la notion de constitution écrite<sup>58</sup>. Aussi n'abonde-t-on guère quand il est soutenu que Mortati tente d'écarter les théories de l'exception de son œuvre en donnant valeur normative à la volonté politique<sup>59</sup>. Il se situe plutôt dans le camp des théoriciens qui facilitent la réception des « thèses exceptionnistes » : rupture de la légalité formelle avec prétention de légitimité. On peine ainsi à appréhender un concept – la *CSM* – qui prétend avoir une fonction unificatrice, stabilisante alors même qu'il est sujet, de fait, à

---

formelle. L'*indirizzo politico* n'est-il pas la « convention constitutionnelle originaire », issue de la volonté des forces dominantes, capables d'assurer leur hégémonie à un moment historique donné? *Indirizzo politico*, convention constitutionnelle et pouvoir constituant se rejoignent naturellement: les forces dominantes imposent leur volonté devenue droit – constitutionnel – conduisant à la nécessaire mutation de l'obsolète constitution formelle. Pourtant, le renvoi à la notion de convention n'apparaît guère satisfaisant : avec la *CSM*, font défaut le rapport au temps et l'intériorisation du caractère obligatoire de la règle par les acteurs. La *CSM* s'apparente à une opération de violence politique opérée par les forces hégémoniques.

56. S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in A. Catelani, S. Labriola (*a cura di*), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, ILSE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 35.

57. S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in A. Catelani, S. Labriola (*a cura di*), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, ILSE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 36.

58. Cité par G. Montella, *Sul rapporto tra il popolo e il potere in Costantino Mortati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, Giappichelli, 2005, p. 631.

59. M. Brigalia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 231.

variations constantes en fonction de l'évolution, par essence dialectique, de la volonté des forces politiques. Ce n'est pas tant de constitution au sens matériel dont il faut parler que d'une succession de constitutions matérielles.

Que signifie en effet continuité de l'État lorsque la *CSM* peut conduire (*doit* conduire en réalité pour éviter tout hiatus) à une modification de la constitution formelle en raison de l'avancée dynamique des forces politiques ? La théorie de Mortati est éminemment lacunaire en ce qu'elle élude la détermination des instruments à mêmes de mesurer la volonté des forces dominantes. La *CSM* s'apparente à un brouillard herméneutique, incapable de fixer avec précision une méthode claire et cohérente nécessaire à l'éclaircissement de ses présupposés. La *CSM* ne répond guère aux défis fixés par Mortati : non seulement elle n'apparaît pas une solution adéquate au problème de la continuité de l'État<sup>60</sup> mais semble dangereuse pour la stabilité institutionnelle. Y-a-t-il conception plus menaçante pour la continuité constitutionnelle, donc de l'État, qu'une théorie permettant aux forces politiques dominantes de modifier la constitution formelle car leur volonté serait en adéquation avec la Vérité du moment ? Le décisionisme n'a jamais été un facteur de continuité étatique et de préservation du corpus constitutionnel ; il en est plutôt, dans sa potentialité destructrice, le fossoyeur. Avec la *CSM*, la sécurité du constitutionnalisme moderne se noie dans le fait politique ; le comportement politique est délié des normes de sécurité constitutionnelle qui, grâce à leur dimension écrite et une procédure spéciale, sont les garantes de la stabilité de l'ordre en vigueur.

Certes, la *CSM* représente, à sa façon, une tentative de répondre à la question si délicate de la présence de lacunes au sein de l'ordonnement constitutionnel. Mais la solution de Mortati apparaît plus problématique que libératrice : en magnifiant les forces politiques dominantes au cœur du processus dynamique de production du droit, il les transforme en interprètes tout puissants déliés des prescriptions formelles<sup>61</sup>. Si l'avènement d'un « droit vivant », en adéquation avec la réalité sociale, est le phantasme de tout juriste bien constitué, le tribut à payer est lourd (*a fortiori* en 1940 avec un cadre matériel fasciste heurtant le cadre formel du *Statuto* de 1848). Quant aux limites garantistes du projet mortatien susceptibles de poindre, leur naïveté surgit à la lecture de certains passages : « les « forces sociales et historiquement déterminantes » sont censées offrir « une garantie suffisante (...) en vertu de leur composition même et de l'exigence, consubstantielle à leur essence, d'atteindre le but pour lequel elles ont été constituées (...) ». la

---

60. S. Stamatii, *La riflessione sulla costituzione in senso materiale : l'opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario*, Giur. cost., 1990, III, p. 2989.

61. A. Catelani, *La costituzione materiale e il diritto vivente*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea* (a cura di S. Labriola, A. Catenali), Quad. rass. parl., ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 69.



violation de l'obligation par elles assumées emporterait comme sanction la non réalisation du but lui-même »<sup>62</sup>. Nous voici de nouveau confrontés à la thèse si dangereuse de l'auto-limitation des organes de l'État ou plutôt ici des forces sociales dominantes. Si ces dernières vont au-delà de leur puissance raisonnable (lesquelles? Mortati reste muet sur ce point), elles vont dévier de leur cours et ne pas atteindre le but politique fixé, fin ultime. L'argument étonne par sa faiblesse, théorique et pratique; on sait depuis longtemps que tout pouvoir est porté à en abuser, raisonnement peut être par trop libéral pour Mortati.

La *CSM* n'est pas seulement instrument téléologique centré sur les fins et valeurs de l'État; elle est aussi quête – dangereuse – de l'unité du corps politique au sein de l'État moderne.

## **II. La constitution matérielle, ou la dangereuse quête de l'unité du corps politique au sein de l'État moderne**

A-libérale (A), la *CSM* n'est-elle pas un alibi théorique au service du palimpseste constitutionnel fasciste (B)?

### *A. La CSM, une théorie a-libérale*

Pour connaître la dimension libérale, peu libérale, voire a-libérale d'une pensée politico-constitutionnelle, il importe d'étudier le rapport que cette dernière entretient avec l'individu. Or, Mortati ne prend pas l'individu – incapable selon lui d'une réelle autodétermination et de construire une volonté politique – au sérieux tant il développe une théorie moniste de l'État. On sent pointer un tel souci d'intégration des masses que l'on cherche désespérément l'individu, accusé de défendre ses intérêts sectoriels et catégoriels. L'individu est un ferment de désagrégation; seul l'État, unité supérieure, est de nature à rassembler, coaguler les forces sociales de manière cohérente. La doctrine de Mortati est en un sens une doctrine de la crainte, crainte du démembrement du corps politique en raison des intérêts inévitablement divergents qui l'animent.

L'anti-individualisme de Mortati trouve en partie sa genèse dans son catholicisme : si la doctrine souligne avec envie l'influence de penseurs respectés (Maritain et Mounier en particulier), il n'en reste pas moins que la dignité de la personne humaine est enserrée dans les rets d'une communauté aux valeurs religieuses. Cette dignité ne découle pas de l'individu pris en lui-même, délié de

---

62. *CSM*, p. 204.

sa participation organique à une structure englobante et solidaire<sup>63</sup>. La dimension a-libérale de la pensée de Mortati se révèle dans son attrait pour un État corporatiste promouvant les corps intermédiaires susceptibles d'encadrer l'individu, non porteur en lui-même de droits et libertés mais élément d'un ensemble le sublimant. Point d'auto-organisation de l'individu dans un tel schéma mais un individu encadré, guidé par différentes instances incarnation du social. Une conception corporatiste de l'État n'emporte certes pas, en elle-même, adhésion à un État fasciste puisque le corporatisme connaît des racines bien antérieures et des déclinaisons multiples ; on constate simplement que Mortati est favorable – parmi tant d'autres – à une conception corporatiste de l'organisation sociale au temps de l'État fasciste. Sa lecture des relations sociales est a-libérale car elle redoute ce concept clé du libéralisme : le pluralisme. On cherche en vain une référence à la notion de pluralisme dans le schéma mortatien. La constitution a pour objectif, dit-il, de poser l'unité de l'ordre juridique, de réunir toutes les différentes sources de production du droit<sup>64</sup>. La CSM répand continuellement l'idée que la constitution est l'expression « d'une seule même pensée... d'un système unique »<sup>65</sup>. Si de telles expressions sont éminemment générales et génériques, on ne peut s'empêcher de penser qu'elles revêtent, en 1940, un sens particulier.

Quête de l'unité absolue, volonté effrénée d'éviter « toute disharmonie »<sup>66</sup>, recherche d'une complétude politique et normative...sont autant d'appel en faveur d'une conception organique englobante de l'État. La constitution matérielle représente un remède, ou plutôt un antidote, à la maladie de la modernité juridique: les constitutions modernes sont d'infirmités compromises dilatoires (Schmitt) en raison de l'incapacité des constituants d'imposer une voie unitaire (voire unique)<sup>67</sup>. Elles sont l'incarnation d'intérêts contradictoires, de volontés divergentes ; les constituants renoncent à trancher les points litigieux, donnant

---

63. Lorsque l'individu est mentionné, il s'inscrit dans un cadre organique d'obédience catholique : le personnalisme de Mortati est certes axé sur la dignité de la personne humaine mais seulement dans une optique holiste religieuse. La méfiance a-libérale de Mortati envers l'individu s'entrevoit aussi, après-guerre, dans la controverse avec Crisafulli. Alors que ce dernier définit la souveraineté populaire à partir des droits subjectifs des individus, Mortati insiste, lui, sur l'encadrement du peuple au sein de communautés intermédiaires. P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 33, Milano, Giuffrè, p. 281. *Contra* G. Zagrebelsky, *Costantino Mortati: A Founding Father of Italian Democracy*, in *Italian Studies in Law*, III, edited by A. Pizzorusso, Martinus Nijhoff Publishes, 1994, p. 39.

64. CSM, p. 130.

65. CSM, p. 130.

66. CSM, p. 130.

67. CSM, p. 145.

naissance à des textes éclatés, sans direction politique. La quête de l'unité et la crainte de la fragmentation éloignent Mortati de la conception moderne de la constitution: il rejette une constitution recueil d'intérêts divergents ouverte au pluralisme. Il y a récusation explicite de « l'État pluraliste »<sup>68</sup>, entité instable, remugle des temps passés; doit s'imposer au contraire un « État moniste »<sup>69</sup> où à l'unicité du pouvoir correspond l'unité des différentes sources de droit.

Défendre un État moniste conduit à dénoncer l'État libéral bourgeois prétendument neutre. Le libéralisme est regardé comme une doctrine mettant en exergue une neutralité idéologique qui n'est qu'un paravent: « Au fond d'une telle conception, il y avait la croyance dans la neutralité de l'État et dans l'impossibilité d'attribuer à celui-ci un but politique particulier... »<sup>70</sup>. Une telle neutralité est *per definitionem* antinomique avec le droit politique mortatien centré sur la nécessité qu'à l'État soient assignées des fins politiques particulières. Est impossible et impensable l'existence d'un État « agnostique »<sup>71</sup> car tout État, nonobstant ses présupposés et les assertions de ses classes dirigeantes, poursuit un ou des buts, sur le fondement d'une ou plusieurs idéologies. Mortati dénonce la pharisienne prétention de l'État libéral : une neutralité idéologique de bonne aloi tandis qu'il est conduit en réalité par les valeurs d'une oligarchie bourgeoise et financière<sup>72</sup>. Mortati ne se contente pas de cette leçon de démystification<sup>73</sup>; en déconstruisant l'État libéral bourgeois, il réalise une « offrande constitutionnelle » au profit du fascisme qui assume pleinement sa puissance idéologique.

La faible propension libérale de Mortati s'entrevoit encore lorsqu'il aborde la question de la séparation des pouvoirs, théorie jugée inadaptée voire dangereuse au regard des finalités de l'État. La séparation et l'équilibre des pouvoirs sont présentés comme des « expédients » auxquels il serait « illusoire attribuer...

---

68. *CSM*, p. 130.

69. *CSM*, p. 130.

70. *CSM*, p. 123, note 15.

71. Il emploie cet adjectif dans une note de bas de page. *CSM*, p. 199.

72. L'État libéral fait l'objet en un sens d'une lecture marxiste: il s'agit d'un État moniste avec domination d'une seule classe, caractérisée par sa cohérence, sa solidarité, ses identiques valeurs. C'est à tout le moins une lecture primaire des relations politiques, sociales et économiques au sein d'une société complexe. Apparaît hautement contestable l'idée selon laquelle la volonté politique de l'État libéral se résume en la volonté d'une classe hégémonique qui reste d'ailleurs à identifier par le truchement d'un discours scientifique (au-delà de l'antienne du complot).

73. On ne peut qu'agréer : l'État neutre n'existe pas tant les valeurs innervent les champs sociaux et politiques. Tout au plus peut-on espérer (naïvement) que l'État adopte une position équidistante envers les différentes forces sociales (cf. N. Bobbio dans *Politica e cultura*, 1955). F. Laffaille, *Norberto Bobbio. L'homme qui murmurait à l'oreille des communistes*, CRADPEC n°3 « Grands juristes & politistes », Mare & Martin, 2011, à paraître.

la valeur de garantie vraiment efficace »<sup>74</sup>. La séparation (distribution, répartition) des pouvoirs est jugée impropre à assurer « le maintien de l'activité de la direction de l'État »<sup>75</sup>, à savoir les fins supérieures de l'ordre politico-juridique. La séparation des pouvoirs est non pas tant un mécanisme de tempérance que de dissolution de la souveraineté de l'État. Si la volonté de l'État s'exprime naturellement au travers de l'activité des organes suprêmes, ce n'est pas le principe de division qui s'avère hautement significatif, selon Mortati, pour appréhender ladite volonté. Les organes se caractérisent en tant qu'expression des forces sociales ; leurs activités ne prennent sens que si elles sont en concordance avec l'idéologie de ces forces<sup>76</sup>. C'est pour cela que la question de la représentation ne peut être éludée quand il s'agit de réfléchir sur la dimension a-libérale de la CSM. *Quid* du parlement en 1940 ? On cherche en vain dans l'ouvrage de Mortati la présence de l'entité symbole de la représentation des élites, puis des masses. Lorsqu'il enterre, sans grand regret, l'État libéral en raison de l'incapacité structurelle de ce dernier d'appréhender la société nouvelle, Mortati condamne aussi le parlementarisme. Ce dernier, espace discursif dialectique, n'apparaît plus capable de produire l'unité politique et de faire face à la carence d'homogénéité du corps social ; en une optique principalement schmittienne, le parlement est un théâtre impuissant où se déroule la lutte d'intérêts catégoriels contradictoires. La représentation, observée à travers le prisme de l'unité substantielle du peuple, ne passe plus par l'institution parlementaire. Représenter le peuple ne signifie pas désigner des élus selon un processus centré autour de la notion de souveraineté populaire (même hypocrite comme dans le cadre de l'État libéral bourgeois). Cela signifie lui donner une unité politique, mission qui peut et doit être dévolue à une entité capable d'un authentique et ferme *indirizzo politico*: la nature constitutionnelle ayant peur du vide, le curseur se déplace vers le chef de gouvernement et le parti.

De l'individu au peuple... A-libérale, la CSM n'est pas sans revêtir des accents a-démocratiques; Mortati ne prend pas le *demos* au sérieux. La CSM n'est guère une théorie de la constitution et de l'État ayant au centre de ses préoccupations le peuple, si l'on entend par là cette figure qui, à partir de Rousseau et de 1789, peut prétendre être le titulaire de la souveraineté. Mortati n'adhère en rien aux doctrines faisant du peuple une entité autonome subjective juridique. A ses yeux, le peuple se définit par son incapacité ontologique à déterminer l'objet, les fins, les valeurs à mêmes de garantir l'unité sociale. Donner la souveraineté au peuple ne fait pas sens, par défaut de détermination d'un *indirizzo politico* cohérent seul à même de forger l'unité de l'État. Le peuple – masse informe – a besoin d'être encadré, en particulier par ce vecteur de cohérence idéologique et téléologique

---

74. CSM, p. 118.

75. CSM, p. 118.

76. CSM, p. 125.

qu'est le parti politique. Lu ainsi, le propos de Mortati n'a rien de choquant de prime abord : oui, le peuple n'est pas une unité homogène. Mais Mortati en tire des conséquences contestables: il « dilue » la théorie de la souveraineté populaire, par trop dérangeante au regard des objectifs fixés dans la *CSM*. Cette dernière est crainte du *demos*, et de sa souveraineté; car le peuple est jugé peu susceptible de faire surgir unité et stabilité de l'ordre politique. Entendu comme ensemble désorganisé, incapable d'agir juridiquement, le peuple doit être accompagné par les forces dominantes pour arriver à achèvement. Il a été dit, en amont, combien la réflexion de Mortati sur l'État est fille de la grande crise, traumatique en Italie, de l'État libéral bourgeois en raison de l'extension du droit de vote. Or, la volonté collective de la masse, même dénommée peuple, ne peut devenir l'élément dynamique du système ; cela viendrait neutraliser l'action des forces sociales dominantes. La construction intellectuelle de Mortati n'a pas besoin de prémisses populaires ou d'une conscience nationale éclairée.

De la (non) souveraineté du peuple à la souveraineté de l'État... Assumant la plénitude du pouvoir, les forces politiques dominantes sont « l'expression immédiate de la souveraineté de l'État »<sup>77</sup>. Mortati utilise l'expression « souveraineté de l'État », si traditionnelle en Italie à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle en raison de l'influence de la doctrine allemande (et si difficile à abandonner pour les constitutionnalistes). Cette expression résume, en trois mots, une conception de l'État-personne incompatible avec le dogme de la souveraineté populaire et l'existence de droits substantiels accordés à l'individu. « L'oubli » de la souveraineté populaire est évident dans la *CSM* tant le peuple est présenté comme incapable d'être maître de son destin; la lecture de la *CSM* n'est pas, sur ce point, sans faire penser à certaines pages écrites par Rocco, garde des sceaux de Mussolini et théoricien de l'État fasciste<sup>78</sup>. La césure entre le Mortati de 1940 et celui d'après-guerre n'en est que plus béante: analysant l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1947 dans le classique *Commentario della costituzione* de Branca, Mortati républicain défendra la notion de souveraineté populaire...

Si l'individu et le peuple sont infirmes, seule la puissance de l'État peut donner jour à une société unifiée. L'histoire de la *CSM* étant celle d'une quête, celle de la source juridique originelle; l'État est le seul gérant efficace capable de réguler les rapports sociaux, la figure institutionnelle englobant toutes les autres, supérieure à toutes les autres. Il doit jouir d'une « absolue suprématie » et se caractérise par les traits suivants : « stable, autoritaire, coercitif, nécessaire et total »<sup>79</sup>. Seule cette

---

77. *CSM*, p. 197.

78. A. Rocco, *La crise de l'État en Italie: la solution fasciste*, p. 936. Cité par T. E. Frosini, *Mortati e l'indirizzo politico (negli anni trenta)*, in M. Galizia, *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 570, note 17.

79. *CSM*, pp. 54 et 55.

puissance – autoritaire, totale – de l'État est à même de permettre qu'il réalise les fins à lui assignées ; seule cette puissance est à même de lui donner « une volonté cohérente et harmonieuse »<sup>80</sup>. Sécurité, stabilité, parti unique, organisation cohérente de l'ordonnement juridico-politique : autant de formules montrant combien l'État est l'instrument d'une (monolithique) pacification sociale, une fois déterminée les fins du politique. Dans cette optique, la finalité de la constitution est « d'assurer la stabilité et la sécurité des rapports sociaux, de garantir, aux membres *du*<sup>81</sup> parti et aux sujets qui lui sont extérieurs, le déroulement de la vie de l'État dans les formes et selon les moyens retenus les plus idoines à la réalisation du principe organisateur de l'ordre »<sup>82</sup>.

On ne peut éluder la rencontre de la *CSM* avec son temps politique, mussolinien.

### *B. La CSM, alibi théorique au service du palimpseste constitutionnel fasciste ?*

La *CSM* n'est-elle pas un instrument permettant de légitimer-légaliser le palimpseste constitutionnel opéré dans les années 20 et 30 ? La *CSM* ne représente-t-elle pas le canal idéal pour faciliter, en dehors des formes régulières, l'avènement d'une nouvelle légalité, conforme à la volonté des forces dominantes (seules à mêmes de produire l'unité de l'État) ? Que le Régime ne s'intéresse guère à la *CSM* n'occulte pas le fait suivant : celle-ci s'apparente, selon nous, à une doctrine de violence théorique interprétative à l'assaut du *Statuto*.

La *CSM* est volonté d'appréhender juridiquement (et de magnifier) cet objet inconnu puis méconnu du constitutionnalisme libéral, le parti politique. Il faut un vecteur aux forces politiques, à peine de chuter dans le néant : ce sera *le* parti. Ce n'est pas un hasard si Mortati critique Smend quand ce dernier se réfère aux valeurs politiques suprêmes sans qu'elles soient l'expression d'une volonté déterminée : si elles sont seulement présentes dans la conscience sociale, sans porte-parole identifié, elles s'avèrent incapables de revêtir les traits de la permanence<sup>83</sup>. Chez Mortati, le parti politique semble bénéficier d'une position à ce point spécifique qu'il devient le *prius* du système : « Le parti politique est précisément l'organisme social qui naît spontanément du sein de l'amorphe et indifférencié corps électoral avec le but de donner à celui-ci une conscience politique, ainsi que la

---

80. *CSM*, p. 73.

81. Souligné par nous.

82. *CSM*, p. 115.

83. *CSM*, p. 40.

capacité de former et d'exprimer une volonté unitaire que par et en lui-même il ne possède pas »<sup>84</sup>. Le parti politique apparaît comme l'horizon indépassable du temps : sans parti, il n'existe point de sujet politique (et donc juridique) réel par défaut de formation d'une volonté unique. Le parti politique est « l'élément actif de l'institution originaire, nécessaire pour que cette dernière assume une forme politique: pour cela *il ne peut être qu'unique, comme est unique le principe de toute forme politique* »<sup>85</sup>. L'auteur ajoute: une « multiplicité de partis totalitaires avec une parité de droits (...) n'est pas concevable »<sup>86</sup>. Car la forme concrète d'un État n'étant rien d'autre que la réalisation d'une idée politique, cela implique ou plutôt commande une homogénéité politique de l'ordre juridique de nature à unir majorité et minorité dans une « unité plus haute »<sup>87</sup>. Dans le rejet d'une « multiplicité de parti totalitaires » (formule étrange, la notion de parti totalitaire se décline assez mal au pluriel), difficile de ne pas voir l'influence de Schmitt, cité par Mortati ; et l'ouvrage de Schmitt évoqué alors s'intitule *Les principes du national-socialisme*<sup>88</sup>...

En bien des aspects, la pensée de Mortati se révèle davantage postulatoire que démonstrative. Ce lien, évident semble-t-il, entre unité de toute forme politique et parti unique apparaît soit naïf (croyance en une unité mythique) soit instrumental (invocation de concepts généraux pour légitimer une forme d'État). Le parti n'est plus, comme dans le schéma libéral, porteur d'intérêts sectoriels et catégoriels mais d'une idéologie globale centrée sur la construction et le fonctionnement de l'État. Cette conception « moderne » du parti politique n'est guère frappée d'ambivalence : c'est la vision du parti totalitaire seul capable, en raison de ses qualités supposées, d'agréger les masses dans un Tout organique unifié. La CSM pose les jalons d'une équation – État moniste / parti unique – guère invalidée par les arguments *pro* Mortati (et postérieurs à 1945) soulignant la rénovation, par lui tentée, des grands concepts du droit public. La théorie de la CSM n'est pas, nonobstant la prétention affichée, capable de mettre en exergue les points saillants d'une théorie générale de l'État à même d'expliquer l'essence et le fonctionnement de l'État moderne. Si elle explique une dynamique constitutionnelle, c'est celle d'un État non libéral, non démocratique, non pluraliste (cohérence théorique) pouvant aisément prendre les atours d'un État fasciste (adéquation avec la réalité politique); l'État de la CSM n'est pas un État moderne détaché des contingences historiques et idéologiques. Dès lors que le parti est seul capable de donner sens à

---

84. Texte de 1941, cité par M. Brigalia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 189.

85. CSM, p. 73.

86. CSM, p. 73.

87. CSM, p. 73.

88. CSM, p. 73.

un *indirizzo politico* synonyme d'unité, de stabilité du corps politique et de l'État, il lui revient de déterminer les sources du droit étatique. Le rapport entre État et parti devient à ce point essentiel, existentiel, que la logique conduit à inscrire, dans le corpus constitutionnel, l'idéologie, par définition exclusive, du parti unique. La constitutionnalisation des valeurs, élément central de la dogmatique de Mortati, conduit à juridiciser, au plus haut niveau de la hiérarchie normative, le programme du parti. En 1940, une constitution n'est pas un compromis, un consensus – comme Mortati le soutient postérieurement sous la République de manière très kelsenienne et habermasienne – mais une idéologie officielle : celle du parti. L'unité commande en 1940 la réduction de la notion de constitution ; le pluralisme commande après-guerre l'ouverture de la notion de constitution. Contestable ductilité normative découlant de choix axiologiques politiques.

E fait, la dogmatique de Mortati semble – parmi tant d'autres – un outil conceptuel au service de la logique mussolinienne<sup>89</sup>. A contrario, que l'on songe aux propos d'Orlando, regardant le PNF seulement comme une « entité auxiliaire de l'État » ; ou encore à Mosca, ce libéral pourtant si conservateur, qui récuse un rôle organiquement central au profit du parti, tant il a conscience du bouleversement constitutionnel que cela implique<sup>90</sup>. La fascination pour le parti s'entrevoit encore dans la critique que Mortati adresse à Esposito: alors que ce dernier dessine la supériorité de la Nation et la subordination du PNF<sup>91</sup>, Mortati récuse une telle vision. La nation est une entité incapable d'exercer un pouvoir de fait<sup>92</sup>; le parti ne peut être que le *prius* du système politique<sup>93</sup>. Si la doctrine publiciste italienne traditionnelle (libérale) récuse toute théorie de l'État-parti<sup>94</sup> alors Mortati – en 1940 – n'y appartient pas.

---

89. Selon F. Lanchester, « la fin du fascisme constitue un vrai choc » pour Mortati; d'ailleurs, on trouve encore en 1942/43 des écrits liés au régime (la recension à l'article de Persico dans les *Annales de Macerata* ou un discours sur la nation à Naples). F. Lanchester, *La dottrina giuspubblicista e la costruzione dello Stato democratico: una comparazione con il caso tedesco*, in F. Lanchester, I. Staff (a cura di), *Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo e il nazionalsocialismo*, Milano, Baden Baden, Giuffrè, Nomos Verlag, 1999, p. 308, note 55.

90. G. Mosca, *Prerogative del Capo del Governo, in Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, Laterza, 1949, p. 277 (discours prononcé au Sénat le 19 décembre 1925).

91. C. Esposito, *Lo Stato e la nazione italiana*, Arch. dir. pubb., 1937, p. 410. C. Esposito, *Lo Stato fascista*, Jus, 1940, p. 102.

92. *CSM*, pp. 29 et 61.

93. S. Bonfiglio, *Mortati e il dibattito sul concetto di regime durante il ventennio fascista*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Università degli studi di Reggio Calabria, ESI, 1989, p. 404.

94. M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-Persona e dottrina della costituzione: Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in P. Grossi, M. Galizia (a cura di), *Il pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 89.



La thèse d'une CSM alibi du palimpseste constitutionnel fasciste s'illustre particulièrement si l'on la relie à l'une des lois (voire *la loi*<sup>95</sup>) emblématiques du fascisme: la loi n°2693 de 1928 sur les attributions du Grand conseil. Plus exactement, analysons la place, au sein de l'ordonnancement, de cette loi (fondamentale pour la fascisation du régime) en utilisant la théorie mortatienne. Pour Rocco, garde des sceaux et *le* juriste du régime, la procédure spéciale de formation de cette loi (cf. son art.12<sup>96</sup>) implique que cette dernière se situe à un niveau supra-législatif. A procédure spéciale, qualité nouvelle : la loi est de nature constitutionnelle, à un point tel, ajoute le ministre (devant le Sénat), que les juges devront censurer les (autres) lois non conformes à celle-ci. La CSM est une arme théorique parfaite pour dissoudre le *Statuto* libéral et lui substituer, en dehors des formes prévues, la nouvelle légalité constitutionnelle fasciste. La CSM annihile – mais n'est-ce pas le but proclamé dès les premières pages de l'ouvrage de 1940 ? – toute idée de hiérarchie normative tirée de la notion de constitution écrite formelle. Que le *Statuto* soit connu pour appartenir à la catégorie des constitutions « souples » ne change rien à la donne. Mortati rejoint, sur ce terrain précis, Costamagna et Panunzio : est développé un humus juridique facilitant la cristallisation de la culture et légalité constitutionnelle fascistes, les nouvelles valeurs s'imposant sur les cendres de l'État libéral décadent. Nous voici revenus à la question de la révision constitutionnelle; avec la disparition de la rigidité de la constitution formelle, la CSM devient cette chose ductile évoluant au gré de la volonté des gouvernants, canal interprétatif idéal au profit de l'élite en place. Au cœur du grand débat doctrinal entre « juristes de la tradition » et « juristes du fascisme », entre Orlando et Panunzio en deux mots, Mortati est souvent présenté (à tort selon nous) comme l'homme de la 3ème voie (sans mauvais jeu de mots): tout en inscrivant son œuvre dans le contexte fasciste, il s'en émanciperait grâce à sa théorie générale lui permettant de transposer ensuite la CSM dans le cadre républicain-pluraliste<sup>97</sup>. Cette thèse n'est guère recevable.

Bien au contraire, une théorie comme celle de la CSM est parfaite pour rendre progressivement invisible le *Statuto*. En offrant au PNF et au chef du gouvernement les instruments théoriques à mêmes de produire l'*indirizzo politico*, la CSM vide le *Statuto* de sa substance libérale et parlementaire. Si subsiste certes le Roi, cela n'empêche pas la doctrine et Mortati (cf. l'ouvrage de 1931), de souligner la novation constitutionnelle : le régime mérite d'être nommé, « régime du

---

95. Avec la loi relative à la Charte du Travail.

96. L'avis du Grand Conseil est obligatoire sur toutes les questions ayant caractère constitutionnel. S'ensuit une liste de sept domaines (art. 12 al. 1 à 7) présentant toujours un caractère constitutionnel.

97. M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicista italiana (dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 48.

Chef du Gouvernement »<sup>98</sup>. Mortati écrit que la conception fasciste bouleverse les rapports État/Société (ce qui n'est guère discutable) et ajoute : désormais, la direction de l'État descend « non du peuple...mais des organes suprêmes de représentation concrète de l'État lui-même ». L'influence de Panunzio – l'un des théoriciens de l'État fasciste – est décisive; Panunzio n'estime-t-il pas, dans la seconde édition de sa *Teoria generale dello Stato fascista*, que Mortati reprend et développe sa thèse de la 4<sup>e</sup> fonction?<sup>99</sup>. A côté de la trilogie exécutif, législatif, judiciaire, est individualisée la fonction de gouvernement, socle du droit constitutionnel moderne. Une telle thèse est souvent regardée comme a-fasciste en ce qu'elle transcenderait, en vertu des canons du droit public, toute forme de régime. Il est cependant pour le moins hasardeux de s'arrêter à un tel constat dès lors que cette thèse prend son essor sous l'empire du régime mussolinien et émane de l'un des juristes les plus engagés (Panunzio) dans la construction théorique de l'État fasciste. L'influence de ce dernier est telle que Lanchester n'hésite pas à écrire que Mortati appartient à la catégorie des jeunes juristes « fascinés » par Panunzio<sup>100</sup>.

Si la Théorie de la CSM est ici durement critiquée, les développements en faveur de Mortati ne manquent pas. Aussi faut-il les évoquer, éventuellement pour les récuser. Une note de bas de page de la CSM est souvent utilisée par les défenseurs de Mortati pour souligner combien le système politico-constitutionnel par lui prôné ne serait pas totalisant. A la page 56, note 4, 2<sup>ème</sup> §, il écrit : « La construction de la structure sociale comme organisme homogène et unitaire a conduit, en Allemagne, à éliminer les manifestations de divergence non seulement dans le champ politique, mais aussi dans celui économique. Il en va différemment, sur ce dernier point, en Italie, où l'ordre syndical est organisé de telle manière à permettre l'expression de la diversité des intérêts entre les classes, dont l'harmonisation est atteinte de manière dialectique, à travers le déploiement des contrastes ». Nous avons là une défense classique de la spécificité du fascisme italien : ce dernier est différent du régime nazi (ce qui est évident), il ouvre un certain espace de pluralisme institutionnel et social (ce qui n'est pas faux), donc il permettrait « l'expression de la diversité des intérêts entre les classes » (assertion contestable). L'affirmation s'insère dans le cadre d'une réflexion plus globale, source de tensions entre historiens de toutes nationalités, sur la nature même du fascisme, regardé par certains comme État non totalitaire, « seulement » autoritaire. La thèse d'un Mortati non inséré avec zèle dans les rets du fascisme

---

98. E. Chelli, *Prefazione*, in C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931, Milano, Giuffrè, 2000, p. VI.

99. S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939, p. 113.

100. F. Lanchester, *Costantino Mortati e la « dottrina » degli anni trenta*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Università degli studi di Reggio Calabria, ESI, 1989, p. 96.

est exact ; il n'a jamais été l'un des juristes tentant de juridiciser directement le Régime, à l'instar de Rocco (État de droit légal fasciste), Panunzio (État corporatif fasciste) ou encore Costamagna (État administratif fasciste). On peut émettre l'hypothèse – la lecture de la *CSM* donne ce sentiment à plusieurs reprises – que Mortati fait montre surtout d'une grande prudence politico-juridique. Ni doctrine ouvertement fasciste, ni doctrine d'opposition, la *CSM* est une œuvre ambivalente à prétention théorique (trouver une clé de lecture absolue de la notion de constitution) alors qu'elle s'enracine sur des valeurs politiques et historiques. Pour cette raison, parler d'inflexion libérale de Mortati apparaît un non-sens. Les deux références bibliographiques de Mortati dans la note de bas de page précitée (page 56, note 4, 2<sup>ème</sup> §) confortent le sentiment : *La théorie générale de l'État fasciste* (Panunzio) et *La doctrine du fascisme* (Costamagna)...

La défense de Mortati peut être située sur un autre terrain, celui du « libéralisme organique ». Certes, il a été vu en amont que la séparation des pouvoirs n'est guère à même, selon lui, de répondre aux défis du temps. Au moins a-t-il le mérite, selon ses défenseurs, de ne pas reléguer la notion dans les poubelles de l'histoire des idées politiques et juridiques. Mortati n'appartient pas au clan de ceux qui entendent rejeter la séparation des pouvoirs au sein du régime fasciste ; il estime que ce dernier, à la différence de l'État soviétique, confère une sphère d'autonomie aux sujets, certes limitée au nom de l'unité de la collectivité, mais non annihilée. Cette lecture libérale de l'État fasciste se retrouverait non dans la *CSM* mais dans un autre écrit, toujours de 1940 : *Exécutif et législatif dans l'actuelle phase du droit constitutionnel italien*<sup>101</sup>. Cependant, il ne semble pas possible de faire de Mortati un penseur libéral : la fragmentation des pouvoirs au sein du régime fasciste ne vise point à assurer le non arbitraire du pouvoir, et l'individu n'existe pas dans ce schéma holiste. La récusation du totalitarisme soviétisme au profit de l'autoritarisme fasciste organiquement éclaté (et parfois proche de l'anarchie) ne suffit pas à qualifier un auteur de libéral, au service d'un équilibre institutionnel susceptible de protéger les libertés individuelles. Que signifie une séparation des pouvoirs connaissant un parti unique, force motrice du système ? Difficile de ne pas entrevoir une contradiction insoutenable dans cette prétention libérale qui souligne la possibilité d'un pluralisme efficient au sein du système fasciste, tout en développant une pensée circulaire de nature totalisante.

Il est encore soutenu que la promotion d'un *indirizzo politico* nouveau au profit du chef du gouvernement (théorie du 4<sup>ème</sup> pouvoir) n'est pas tant adhésion au fascisme que volonté de renouveler les canons du droit constitutionnel. Cette thèse mérite attention : Mortati, en compagnie de Crisafulli, ne réaliserait pas une apologie institutionnelle du Duce mais situerait sa réflexion dans un cadre théorique bien plus vaste. Il s'agirait de repenser l'obsolète doctrine constitutionnelle

---

101. *Rass. dir. pubb.*, 1940, I, p. 301.

libérale relative au pouvoir exécutif et faire émerger la fonction de gouvernement comme 4<sup>ème</sup> fonction, autonome et porteuse d'un pouvoir décisionnel substantiel<sup>102</sup>. Il est vrai qu'il y a ici une dimension prospective dans la pensée de Mortati : il entrevoit que la fonction gouvernementale est celle de la modernité normative. Cette 4<sup>ème</sup> fonction est promise à un destin particulier puisqu'elle est censée unifier les 3 fonctions traditionnelles. Certes. Mais affirmer la prévalence de la fonction gouvernementale en 1940 en déclarant que la division des pouvoirs n'est plus un concept opératoire (trop dangereuse pour l'unité) n'est pas rien ; ou plutôt, on ne peut se contenter de déclarer, comme souvent le fait la doctrine, que Mortati entend renouveler les concepts de son temps. Décrire une forme d'organisation politique en récusant la précédente honnie par le nouveau régime n'est pas acte neutre, sauf à reconnaître au juriste scientifique une immunité de principe au nom d'une description (peu critique) du droit.

Enfin, pour dédouaner Mortati, il est avancé que l'expression parti (et parti unique) ne désigne pas tant l'organe commandant la cité que la classe dirigeante. Mortati ne serait alors pas le promoteur d'une conception totalisante de l'État reposant sur un tel socle mais un auteur réfléchissant seulement sur la composition de la classe politique. Cela permettrait d'appliquer la notion de parti tant au régime fasciste qu'au régime républicain ; et de « purifier » le passage pour le moins problématique de la *CSM* du mussolinisme monocratique au pluralisme républicain. L'argument ne vaut guère. Si la notion de parti signifie classe dirigeante, alors ce concept si fondamental de l'œuvre de Mortati ne présente aucun intérêt, *a fortiori* au regard d'autres œuvres, au hasard celles de Mosca, d'Ostrogorski ou de Michels. Une classe dirigeante unique, unifiée, animée des mêmes désirs et objectifs, régulant la société comme un général commande ses troupes n'existe pas, sauf dans les théories du complot ou des schémas de type marxiste. Selon nous, le lien parti-classe dirigeante-unité révèle avant tout la dangerosité du schéma mortatien : l'élite peut tout faire dès lors qu'elle est porteuse de fins et valeurs politiques conduisant à l'unité. On peut certes concéder que le terme *parti* est frappé de polysémie<sup>103</sup>, ce qui pose problème au regard de l'écriture de Mortati puisque la notion même de *CSM* subit, elle aussi, une identique pathologie. Le cumul de pathologies n'a jamais constitué une louable qualité, surtout en présence d'une théorie constitutionnelle voulant régénérer la science du droit et de l'État, relier droit et politique en un syncrétisme fécond.



---

102. A. Bergareche Gros, *La costituzione in senso materiale : l'importanza della realtà dell'organizzazione*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea* (a cura di S. Labriola, A. Catenali), Quad. rass. parl., ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 374.

103. M. Brigalia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 202.

Il paraît assez peu soutenable de voir – seulement – dans la *CSM* un ouvrage cogitant, de manière prémonitoire, sur l’art de gouverner à partir de prémisses fascistes, tout en demeurant imperméable à l’idéologie mussolinienne<sup>104</sup>. On ne croit pas à cette thèse d’une *CSM* renouvelant la dogmatique publiciste : ni constitution libérale, ni constitution fasciste mais « constitution de l’État moderne » transcendant toutes les catégories constitutionnelles. La *CSM* ne permet pas d’éliminer l’arbitraire de l’action politique<sup>105</sup> ; elle pose au contraire les jalons d’une ductilité constitutionnelle dangereuse. La *CSM* ressemble alors à une prière constitutionnelle : espérer que les forces dominantes du moment accepteront le jeu du libéralisme, du pluralisme et de la démocratie, par ailleurs non présents dans le texte de 1940.

Le grand reproche adressé à la notion de constitution matérielle est le suivant : Mortati glisse des expressions qui, sous l’empire d’un régime autoritaire-totalitaire, semblent inféodées à ce dernier ; insérées dans un contexte libéral-démocratique, ces mêmes expressions semblent chanter les vertus de l’État de droit. Comment ne pas demeurer sceptique sur les prétentions d’une telle notion, paraît-il capable de comprendre l’essence du politique, du droit et de l’État dans leur dimension originelle ?

Il apparaît fort difficile, à dire vrai impossible, de construire un concept unitaire de la *CSM*. Mortati est tant à la recherche de l’unité de l’ordre juridico-politique que sa théorie prend les traits d’un concept holiste. Cette prétention systémique est aussi irénique que dangereuse ; les concepts totalisants n’ont jamais fait bon ménage avec la démocratie libérale. La tentative de rationaliser juridiquement la situation politique de l’époque en cherchant une théorie capable de valoir au-delà de la contingence historique n’est pas concluante. Achievée la lecture de la *CSM*, on ne peut s’empêcher de penser que cette théorie n’est pas seulement dépassée<sup>106</sup>. Elle est soit dangereuse, soit inutile ; dangereuse dans le passé, elle apparaît présentement inutile. La prétention théorique n’absout pas des ambivalences historiques.

### Franck Laffaille

Professeur de droit public de l’Université de Nancy 2 Faculté de droit (Irenee)

---

104. *Contra* (avec les réserves d’usage), M. Fioravanti, *Profilo storico della scienza italiana del diritto costituzionale*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, 1, *Sovranità e democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 144.

105. *Contra* A. Bergareche Gros, *La costituzione in senso materiale : l’importanza della realtà dell’organizzazione*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea* (a cura di S. Labriola, A. Catenali), *Quad. rass. parl.*, ISLE, Milano, Giuffrè, 2001, p. 376.

106. A. Baldassare, *La normatività della costituzione e i suoi « nemici »*, *Riv. dir. Cost.*, 2007, p. 21.