QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

28

(1999)

Continuità e trasformazione:
la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica

TOMO I

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Il volume ventottesimo dei 'Quaderni' torna ad avere un tema monografico, e poco il Redattore ha da dire se non qualche parola che serva di ausilio al lettore per una più pronta comprensione.

« Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica ». Un osservatore superficiale potrebbe, di primo acchito, ritenere pleonastica la posizione del problema implicita nello stesso titolo. Appaiono così grossi ed evidenti in Italia i solchi del trapasso prima e dopo il 1945 da sembrare obbligata la soluzione di una forte discontinuità: catastrofe bellica segnata dalle macerie dell'ieri e dalla volontà di riedificare dalle fondamenta l'oggi e il domani, trapasso da regime autoritario a regime di democrazia parlamentare, trapasso istituzionale da monarchia a repubblica, non più il vecchio Statuto albertino ma una Carta costituzionale nuova di zecca. Senza lasciarsi abbacinare da circostanze così appariscenti, non sarà disutile una sosta e una riflessione più pacata.

Il momento storico che corre tra le due guerre mondiali, un tempo abbastanza ridotto di circa venti trenta anni, soltanto per un analista superficiale può essere identificato col regime fascista e pertanto condannato a un esilio fatto di dispregio o, ad andar meglio, di silenzio. Certo, il fascismo ci fu con la sua arroganza e con la costruzione di un sistema autoritario di potere. E ci fu nel ventennio la manifestazione non edificante d'una scienza (o, meglio, d'una pseudo-scienza) votata ad atti di servilismo e di opportunismo, o ad esercizii basso-retorici sulle pagine numinose del Duce. Sicuramente si trattò, per quanto riguarda la scienza giuridica, di una assoluta minoranza: il peccato della maggioranza fu — se mai — l'atteggiamento che lo spirito inquieto e tormentato di Arturo Carlo Jemolo avrebbe qualificato come 'impassibilità', ossia la scelta della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appartatezza d'un rifugio (il formalismo, il concettualismo) per non lasciarsi coinvolgere e macchiare dagli imbrattamenti quotidiani. Asteniamoci dal valutare qui la jemoliana impassibilità, e riserviamo la nostra attenzione di storici del diritto su un altro aspetto, che è senza dubbio di una enorme rilevanza a chi non si faccia catturare da un manicheismo omnicensorio ma tanto miope da non vedere il senso della linea storica che si svolge invece con grande nettezza in seno a tutta la prima metà del Novecento.

Il ventennio fra le due guerre mondiali fu il momento di manifestazione piena e di consolidazione di un grande movimento, che ha cominciato a percorrere società e cultura almeno dai primi anni del secolo. Se si vuole — per riprendere un vocabolo che troneggia in parecchi titoli di prolusioni, discorsi, saggi di giuristi —, una grande crisi, intendendo con ciò riferirsi a incrinature sempre più vistose in un patrimonio di idealità e di ideologie conservato puntigliosamente intatto da più di cento anni: è in crisi l'edificio monoclasse dello Stato borghese, è in crisi il diritto edificato in funzione di quello Stato, è in crisi l'ideario giuridico intelligentemente ma artificiosamente apparecchiato a suo supporto.

Anteguerra, guerra, dopoguerra, fascismo sono circostanze differenti e distanti, accomunate però da un filo continuo che le unisce, il sentimento della crisi, l'insofferenza per il vecchio, la vocazione al nuovo. E assumono un volto rinnovato, sempre più rinnovato — quel volto che convenzionalmente possiamo con parecchia approssimazione qualificare come post-borghese, post-moderno — società e cultura, e sopra di esse l'edificio dello Stato, e all'interno di esse l'articolazione giuridica e la scienza che su quelle riflette e disegna le proprie architetture. Il ventennio fascista incarnò in Italia una realtà polimorfica, manifestatasi alla superficie nella escrescenza ripugnante del regime autoritario, ma recante più in profondo segni e motivi, e di conseguenza riflessioni, che, portando avanti la crisi del 'moderno', continuavano a scrivere — e in modo sempre più marcato — una pagina del futuro.

Se così è, una posizione del problema, come è consegnato nella intitolazione del nostro 'Quaderno', non solo non è pleonastica, ma è legittima, e anzi storicamente incalzante. L'attenzione si rivolge ovviamente non ai servi inutili del Regime, ma a quegli scienziati autentici che avvertirono il senso della continua linea storica e in essa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consapevolmente si inserirono intuendo che quella linea, oltrepassando le miserie della quotidianità, era gremita di futuro ed edificatrice del futuro, anche se la società del prossimo avvenire sarebbe parsa all'osservatore non bastantemente attento diversa se non opposta.

È su questa linea lunga, nascente all'inizio del Novecento quando la presentirono alcuni giuristi sensibilissimi come Santi Romano, che si collocano Mortati e Crisafulli, Massimo Severo Giannini e Miele, Filippo Vassalli, Pugliatti e Betti, Carnelutti e Calamandrei, protagonisti durante gli anni Venti e Trenta, protagonisti anche dopo il 1945.

Il nostro 'Quaderno' vuol ritrovare al di sotto delle apparenze e in contrasto con la banalità dei luoghi comuni il tracciato della linea profonda cogliendo impietosamente i segni di continuità e discontinuità. Se corrisponderà al progetto prefissato, sarà un contributo non minimo alla valutazione autenticamente storiografica, e cioè alla percezione di tutta la complessità, di un momento rilevante della storia del pensiero giuridico moderno in Italia e in Europa.

* * *

La breve 'Pagina introduttiva' era già scritta quando è giunta notizia della morte di Massimo Severo Giannini (avvenuta il 24 gennaio 2000). L'angoscia che mi ha preso si motivava nella persuasione che la scienza giuridica italiana perdeva in quel momento uno dei più grandi giuristi del Novecento; e poiché i 'Quaderni fiorentini' lo hanno avuto più di una volta generoso collaboratore e il 'Centro' più di una volta partecipe delle sue iniziative, è giusto che lo si ricordi concisamente con rispetto e ammirazione.

Terminando di redigere, nel dicembre 1999, un mio 'Profilo storico' della scienza giuridica italiana, mi ripromettevo di inviarglielo scrivendo sulla pagina iniziale: 'fabula de te narratur'. Mai dedicazione sarebbe stata più appropriata e meditata. Infatti, in pochi studiosi come in Giannini la tecnica giuridica si èleva prontamente a scienza e la scienza assume la sua dimensione più alta di pensiero. Pochi studiosi come lui sono stati al centro di una storia del pensiero giuridico italiano e hanno contribuito a incidervi e a orientarlo. Anche per questo una menzione nei nostri 'Quaderni' appare doverosa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una dote Giannini ebbe in straordinaria misura; e fu la lungimiranza, quasi la preveggenza. Nel mio 'Profilo storico', che ho or ora segnalato, io facevo sosta sulle sue 'Lezioni di diritto amministrativo' del 1950 con un paragrafo autonomo e lo intitolavo: « Un presente che si fa futuro »; perché quelle 'Lezioni', dimesse nella loro disadorna veste litografica, disadorne nelle loro pagine stilisticamente dimesse, si inserivano di prepotenza in una linea di riflessione giuridica valorizzatrice del passato anche remoto ma — insieme — gremita di futuro.

Il punto e la linea: ho recentemente insistito su questa immagine per sottolineare l'esigenza di cogliere storicamente il diritto positivo quale condizione inabdicabile per operarne una compiuta comprensione; un diritto positivo — qualsiasi diritto positivo, anche il più concettualmente perfetto, anche il più rigidamente inchiodato in una armatura legale — da concepirsi precisamente come punto d'una linea che nasce ieri e continua verso domani.

Orbene, questo sentimento della storicità dell'universo giuridico, del suo naturale immergersi in una dinamica storica, è il primo e salvifico privilegio del giurista Giannini, dominato dalla consapevolezza che soltanto affondando lo sguardo nei terreni della storia e della sociologia egli sarebbe riuscito a corrispondere al suo statuto scientifico e al suo ruolo di giurista.

Già, perché un dato va chiarito subito per evitare fraintendimenti: Giannini è attentissimo alla prassi amministrativa e apprezza la valenza tecnica del sapere giuridico ritenendola uno specifico — indispensabile in quanto specifico — strumento di approccio con la realtà, ma vuole che prassi e tecniche siano corroborate nell'orizzonte più ampio dove possono sorreggerle e dar loro respiro la storia, la sociologia, la teoria generale.

È da un siffatto atteggiamento culturale, fonte di una grande disinibizione e ricchezza metodologica, che discendono alcune scelte felici: uggia per le mistificazioni e le mitologiche favolette che puntellavano l'artefatto castello del diritto borghese, visione pluralistica dell'ordine giuridico, rifiuto di un legalismo ottuso, rivalutazione del momento interpretativo. È da un siffatto atteggiamento che discende, nel secondo dopoguerra, in seguito all'entrata in vigore della nuova Costituzione italiana, la valorizzazione della dimensione costituzionale e la sua necessaria compenetrazione con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la dimensione amministrativa, inattaccabile — per suo inveterato carattere — dal mutamento politico-sociale.

Insomma, una feconda lezione quella di Massimo Severo Giannini, feconda soprattutto perché dimostra che la scienza giuridica può, nelle mani di un personaggio superiore, diventar cultura e che il giurista può essere uomo di cultura. Io aggiungo: dovrebbe sempre essere uomo di cultura, lungi dal rinserrarsi nel fortino dalle mura d'argilla delle incomunicabili tecniche, quieto, comodissimo, ma fragile. Giannini è stato un signore delle tecniche giuridiche, ma le ha ritenute strumento per raggiungere un fine ulteriore.

Egli, con la sua lunga ammirevole ricerca scientifica durata appassionatamente fin quasi alla morte, costituisce un esempio bruciante per due incarnazioni deteriori di giurista: per l'esegeta passivo e inerte di fronte a un testo autoritario; per lo pseudo-dogmatico che innalza pinnacoli teorici sulle troppo deboli basi della legge positiva. Giannini, infatti, insegna che il vero giurista può identificare nell'esegesi solo una porzione minima, una fase iniziale del suo lavoro, giacché egli è coinvolto in prima persona nella continua produzione del diritto; che il vero giurista può e deve dedicarsi alla edificazione di architetture dogmatiche ma queste devono trovar fondamento al di là della legge contingente, nel terreno solido offerto dalla storia e dalla teoria generale, il solo capace di sopportare il peso di grosse costruzioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RICCARDO FAUCCI

DALL'« ECONOMIA PROGRAMMATICA » CORPORATIVA ALLA PROGRAMMAZIONE ECONOMICA: IL DIBATTITO FRA GLI ECONOMISTI

1. Introduzione. — 2. La tradizione anticorporativa e antiprogrammatoria degli economisti italiani. — 3. Gli anni Trenta: quale economia corporativa? — 4. I programmi dei partiti e il rigetto dell'« emendamento Montagnana » all'Assemblea costituente. — 5. Il disgelo: dal piano del Lavoro al piano Vanoni. — 6. Contributi accademici degli anni Sessanta: Di Fenizio, Saraceno, Fuà e Sylos Labini, Napoleoni. — 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Nelle pagine che seguono si vuol fornire un quadro sintetico dell'ampio dibattito fra gli economisti sui presupposti, gli strumenti e gli obiettivi della programmazione economica in Italia. L'indagine privilegerà gli aspetti culturali, di visione del sistema economico, rispetto agli aspetti tecnico-analitici, riguardanti gli strumenti di coordinamento e di intervento nell'economia. Ci si atterrà più al piano delle idee che a quello delle politiche economiche, per il quale altro sarebbe il discorso (e altra la competenza).

Fino al 1943 vi è stata una identificazione sostanziale, nel nostro paese, fra l'economia corporativa e la programmazione, o, come allora si diceva, l'« economia programmatica » (1). Questo non è dipeso solo dal fatto che con lo Stato corporativo il fascismo

(1) « Che l'economia corporativa sia e debba necessariamente essere un'economia programmatica non può essere dubbio » (G. Bottai, Prefazione ad Aa.Vv., *L'economia programmatica,* Sansoni, Firenze 1933, p. vi). Un esame sistematico della collana in cui questo volume si situa, che è quella della Scuola superiore di scienze corporative di Pisa, fondata nel 1930, richiederebbe un discorso a parte. Si tratta del maggior sforzo di confrontare l'esperienza corporativa con le tendenze internazionali dell'economia e della politica economica, ivi compresa la pianificazione sovietica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intendeva porre un forte accento sul controllo e la disciplina della produzione, ma dal fatto che gli osservatori e gli interpreti del tempo ritenevano che — specie dopo la Grande crisi del 1929-32 — una tendenza all'intervento statale nell'economia fosse ormai irreversibile in tutte le economie industrializzate, anche al di fuori dell'Urss. Che tale intervento coinvolgesse le rappresentanze professionali sembrava altrettanto inevitabile, indipendentemente dal tipo di inquadramento — democratico o autoritario — di tali rappresentanze nelle istituzioni statali (2).

Dalla fine della guerra agli anni Sessanta (dove arriva la nostra ricerca), la programmazione diventa obbligatoriamente « democratica » — salvo che per i suoi avversari dichiarati di parte liberale, per i quali essa è tendenzialmente totalitaria, comunque realizzata — e il contesto risulta essere quello partecipativo, tipico della cultura politica del tempo, specie di matrice cattolica, che è quella prevalente. Naturalmente, non si parla più di corporativismo, se non per affermare che la programmazione, in quanto democratica, non dovrà esprimere interessi settoriali e quindi « corporativi ». Il termine subisce un evidente slittamento semantico, diventando sinonimo di localismo, di particolarismo che si frappone al raggiungimento di interessi generali (quegli stessi interessi che il fascismo voleva raggiungere *attraverso* il corporativismo). D'altro lato, gli obiettivi della nuova fase programmatoria postbellica sono più definiti e meno generici di quelli della fase programmatoria prebellica, del resto presto interrotta dalla mutevole strategia di ricerca del consenso da parte del regime fascista.

2. *La tradizione anticorporativa e antiprogrammatoria degli economisti italiani.*

2.1. La problematica corporativo-programmatoria in Italia parte da lontano. Negli ultimi anni dell'età giolittiana, secondo un attento e appassionato osservatore — certo non *super partes*! — come Luigi Einaudi la crisi dello Stato liberale si manifesta attraverso un convergente, anche se diversamente motivato, arrembaggio

(2) Cfr. L. BROCARD, *Le concezioni francesi della economia regolata*, in *L'economia programmatica*, cit., p. 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ai pubblici poteri da parte delle « nuove » burocrazie statali e parastatali, con la complicità delle leghe operaie nominalmente rivoluzionarie ma in realtà parassitarie e « corporative ». Sono entrambe delle degenerazioni, quella del capitalismo non più concorrenziale, e quella del sindacato sospinto indietro verso « un medievalismo corporativistico » (3). Agli interessi coalizzati dell'uno e dell'altro gruppo — « alleanza fra gli elementi peggiori dei capitalisti e degli operai » — Einaudi, come gli altri liberisti, contrappone gli interessi generali della collettività, cioè dei cittadini-consumatori, dei cittadini-industriali e dei cittadini-lavoratori non protetti.

Corporativismo come sostegno statale ai gruppi forti, dunque. Il quadro che emerge dagli scritti dei liberisti italiani — ai quali vanno aggiunti i meridionalisti come Gaetano Salvemini, che in numerosi saggi (4) denuncia il corporativismo dei lavoratori dell'industria del Nord — è straordinariamente vicino al modello di Charles S. Maier nel suo *Recasting bourgeois Europe*, che colloca all'indomani della I guerra mondiale « il passaggio del potere da rappresentanze elette o da una buroctrazia di carriera alle maggiori forze organizzate della società e dell'economia », a spese della « sovranità » degli istituti rappresentativi liberali (5).

Non è questa la sede per verificare fino in fondo lo schema maieriano, per il quale soltanto i « ceti medi » esprimerebbero gli « interessi nazionali » (quali?) lesi dalla rivoluzione corporatista. Ma la migliore obiezione sembra sia proprio il riferimento all'esperienza fascista, in cui la conquista del ceto medio fu il colpo di genio di Mussolini e, d'altra parte, la rappresentanza degli interessi forti venne stabilita per legge (6). Evidentemente, l'una cosa non esclu-

(3) L. Einaudi, *Ai lettori*, « La riforma sociale » 1911, p. 1. Einaudi presentava un articolo di G. Prato, *Di alcune incognite del movimento operaio*, *ibidem*, pp. 15-33.

(4) *Tendenze vecchie e necessità nuove del movimento operaio italiano*, Cappelli, Rocca San Casciano 1922. La raccolta comprende scritti dell'età giolittiana, ma si veda la illuminante prefazione del '22, che spiega la *débâcle* socialista di fronte al fascismo con l'abitudine del partito e dei sindacati socialisti a una politica di richiesta di favori governativi, senza autonomia di obiettivi, nonostante il rivoluzionarismo verbale.

(5) C. S. Maier, *La rifondazione dell'Europa borghese*, De Donato, Bari 1979, p. 29.

(6) Basti pensare all'istituto dell'autorizzazione agli impianti industriali, che sanciva il monopolio del grande capitale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deva l'altra. Tuttavia, se il modello dello storico americano si presta a più di una considerazione critica (7), resta il fatto che gli anni interbellici vedono in tutto l'Occidente una intensa prassi corporatista (di concertazione informale), se non sempre corporativa (di concertazione formalmente istituzionalizzata).

A sua volta la Grande guerra doveva introdurre — seguiamo ancora Einaudi — una mentalità collettivistica nelle classi dirigenti del nostro paese, e quindi nei leader della borghesia non meno che in quelli del proletariato. Per effetto dell'abitudine a gestire l'economia al di fuori delle regole del mercato, « gli uomini ormai pensavano ed opravano comunisticamente. Gli industriali più degli operai... Alle aspirazioni millenarie chiaramente manifestate dagli operai verso l'ideale di un nuovo ordine comunistico... rispondeva l'ideale delle classi dirigenti industriali di un'economia regolata dall'alto » (8).

Si trattava, in particolare, dei numerosi enti di approvvigionamento di materie prime, della disciplina del commercio estero attraverso il monopolio statale dei cambi, dei consorzi obbligatori fra produttori, del cartello bancario. Einaudi, nelle sue *Prediche* del tempo di guerra, aveva manifestato la propria preferenza per una propaganda rivolta ai consumatori perché spendessero il meno possibile e risparmiassero il più possibile sottoscrivendo titoli di Stato. Corrispondentemente, Einaudi era contrario a misure coattive pubbliche per raggiungere lo stesso risultato (9). Il metodo degli incentivi e della persuasione gli sembrava incomparabilmente migliore, in quanto meno costoso e soprattutto più « liberale », del metodo seguito dal « socialismo di Stato » tedesco, che prevedeva l'intervento diretto sulle decisioni dei singoli. In altra occasione Einaudi aveva condannato il carattere burocratico proprio delle assicurazioni obbligatorie tedesche, lodando il valore educativo delle assicurazioni volontarie (10).

---

(7) Cfr. quelle di M. SALVATI, *Teoria « corporatista » e storia contemporanea*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1980, n. 4, pp. 621-42.

(8) L. EINAUDI, *La condotta economica e gli effetti sociali della guerra italiana* (1933), cit. da R. FAUCCI, *Luigi Einaudi*, Utet, Torino 1986, p. 267.

(9) Cfr. la rassegna dei temi toccati nelle *Prediche* (1915-20) in R. FAUCCI, *op. cit.*, pp. 154-57.

(10) Cfr. L. EINAUDI, *Gli ideali della incapacità*, in *Minerva,* 1° aprile 1915, rist. in ID., *Gli ideali di un economista*, La Voce, Firenze 1921, pp. 135-43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Terminata la guerra, Einaudi si batté per l'abolizione delle « bardature », talune delle quali — specie in materia annonaria — erano evidentemente temporanee, ma altre — come il controllo dei cambi — ormai facevano parte della politica economica di un paese in cronico deficit della bilancia dei pagamenti, che rischiava di non avere sufficiente disponibilità di valute per le importazioni ritenute indispensabili (11).

Non siamo ancora, è chiaro, né all'economia programmata né a quella corporativa. Né Einaudi vedeva ancora il nesso fra le due politiche. Egli aveva dedicato una considerevole attenzione, negli anni giovanili, a questioni di relazioni industriali e di ricorso agli scioperi. Le punte più alte della sua riflessione sono i notissimi reportage giornalistici sullo sciopero dei tessili biellesi (1897) e su quello dei portuali di Genova (1900), cui andrebbe aggiunta la recensione a *Industrial democracy* dei coniugi Webb (1898). In questo gruppo di scritti egli loda senza riserve la capacità autorganizzativa del movimento dei lavoratori. Questi, al di fuori di ogni ingerenza governativa, si accordano con i padroni fissando patti aventi efficacia su territori o gruppi di imprese sempre più vasti, avendo come esclusivo criterio di azione il perseguimento del proprio tornaconto economico, perseguimento che — in una evidente ripresa della « mano invisibile » smithiana — non può non produrre un maggiore benessere collettivo.

Ma il fabianesimo, il socialismo gildista e il tradeunionismo — cui Einaudi si riferisce esplicitamente commentando il libro dei Webb — possono considerarsi all'origine dell'esplosione corporativista degli anni venti e trenta? Sì, se di tale fenomeno si privilegia il momento dell'accordo fra le parti sociali con valore *erga omnes*. No, se si pone l'accento sul ruolo di mediatore unico assunto dallo Stato. Einaudi fu sempre incondizionatamente favorevole a riconoscere alle « leghe » operaie poteri di rappresentanza anche per i non aderenti — e quindi giudicò con favore i contratti collettivi di lavoro — anche se non fino al punto di ritenere il crumiraggio un illecito (12). Allo stesso modo, però, combatté con decisione il coinvol-

(11) È la replica del vicedirettore dell'Istituto nazionale cambi, il socialista riformista Vincenzo Giuffrida, alle critiche di Einaudi (cfr. R. Faucci, *op. cit.*, p. 164).

(12) Cfr. L. Einaudi, *Il reato di crumiraggio e lo sciopero obbligatorio* (1904), in Id., *Le lotte del lavoro*, n. ed. a c. di P. Spriano, Einaudi, Torino 1972, pp. 79-88. Su questi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gimento degli organi pubblici nella soluzione delle controversie di lavoro (13).

2.2. Il problema dell'economia programmata, dal punto di vista della teoria, riguardava sia le finalità di un'economia diversa da quella individualistica di libera concorrenza, sia il funzionamento di un sistema economico « collettivistico ». Maffeo Pantaleoni si occupò soprattutto del primo punto, Vilfredo Pareto del secondo.

Fin dal saggio *Cenni sul concetto di massimi edonistici individuali e collettivi*, scritto nel 1892 in collaborazione con A. Bertolini, Pantaleoni distingue tre massimi edonistici: quelli individuali, quelli « di specie » e quelli collettivi, ciascuno corrispondente a una manifestazione diversa di « egoismo » (14). Pantaleoni presenta una complicata casistica di bisogni la cui soddisfazione avviene attraverso sacrifici minimi individuali (che non coinvolgono altre persone), e di bisogni la cui soddisfazione avviene attraverso sacrifici a carico dell'intera collettività o di parte di essa (15). Alla fine egli

---

aspetti cfr. R. FAUCCI, *Stato, mercato, movimento operaio nel giovane Einaudi*, in *Rivista storica italiana*, 1982, I, pp. 98-134.

(13) Lo scritto contro l'*Arbitrato obbligatorio* (« Biblioteca del lavoratore italiano », anno I, n. 3, 1902) ne è una precoce ma evidente espressione.

(14) Il termine « egoismo » è impropriamente usato da Pantaleoni per definire il principio del tornaconto che anima ogni azione economica. In particolare l'egoismo di specie è concepito da Pantaleoni come il ponte di passaggio dal massimo edonistico riferito a un individuo al massimo edonistico collettivo vero e proprio: cfr. C. COSCIANI, *Il problema dello Stato e della soddisfazione massima nelle opere di M. Pantaleoni*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 1936, I, pp. 25-52. Non sembra però che concettualmente l'egoismo di specie possa essere considerato a sé. L'interpretazione di Cosciani risente dei tempi in cui fu avanzata, in quanto implicitamente presenta Pantaleoni in chiave corporativista *ante litteram*.

(15) La comprensione dell'articolo nella sua versione finale (cfr. *Erotemi di economia*, Laterza, Bari 1925, vol. II, pp. 1-48) è resa difficile dal fatto che nel '92 Pantaleoni e Bertolini mostravano di ritenere possibile l'aggregazione delle utilità dei soggetti, arrivando a dire che si raggiunge un massimo edonistico collettivo tutte le volte in cui « quanto si perde da una parte viene ad usura guadagnato da l'altra » (p. 16); nella nuova redazione Pantaleoni aggiunge una nota, ispirata a Pareto, in cui osserva che « non esiste un sensorio collettivo... e non si possono sommare i sentimenti dell'uno con quelli dell'altro. Ma può esservi non pertanto un maximum collettivo se ognuno sta meglio di prima, o nessuno peggio e taluno meglio di prima » (p. 15 n.). Il testo però non viene modificato di conseguenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concludeva che la realizzazione di massimi edonistici collettivi per lo più richiede coercizione, il che giustifica l'intervento dello Stato. Tuttavia tale coercizione non è da intendersi come grave limitazione delle libertà individuali, ed è sempre preferibile al favore concesso ai massimi edonistici « particolaristi », cioè di specie, come sono quelli perseguiti dai socialisti in quanto rappresentanti di una particolare classe sociale. Infatti è più facile raggiungere il massimo edonistico collettivo partendo dall'individuo che non dai gruppi organizzati. I massimi edonistici cui aspirano i liberali sono sempre o individuali o « collettivi universali », e in ogni caso non intendono « riconoscere gruppi intermedi di interessenze speciali » (16).

Per risolvere in senso negativo il problema della possibilità di un'economia socialista, Pantaleoni in un saggio del 1910 parte dal raffronto fra il tipo di prezzo che si forma in un'economia capitalistico-concorrenziale e quello che si si forma (o meglio, si formerebbe) in un'economia pianificata. Il primo è il « prezzo economico », cioè quello che si ha « se la medesima merce si compra e si vende al medesimo prezzo unitario, chiunque ne sia il venditore o il compratore ». Il secondo è quello che si ha quando « la medesima merce si compra e si vende a prezzi diversi a seconda che il compratore o il venditore abbiano o no certi requisiti politici, o sociali, o etici, o religiosi, o nazionali, o fisiologici, e via dicendo » (17). Ne consegue che solo ai primi si applica la « legge d'indifferenza del prezzo », cioè l'esistenza di un unico prezzo per la medesima merce venduta nello stesso tempo e luogo. Ma l'unicità del prezzo è il mercato stesso spontaneamente a darla. Mentre per i prezzi politici, in quanto differenziati a seconda delle categorie dei consumatori, si richiederà un certo grado di coazione.

Ciò che interessa sottolineare è che Pantaleoni definisce il sistema dei prezzi politici — cioè il sistema dell'economia statalizzata o, diremmo, pianificata — come « sistema corporativo », e ne evidenzia le « migliaia di ostacoli, necessari per sorreggere i privilegi che dispensa » (*ibidem*, p. 7). Secondo Pantaleoni, infatti, vi è una logica perversa insita nelle economie di questo tipo. La convivenza

(16) Cfr. *ibidem*, p. 43.

(17) M. Pantaleoni, *Considerazioni sulle proprietà di un sistema di prezzi politici* (1910), in Id., *La fine provvisoria di un'epopea*, Laterza, Bari 1919, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di prezzi politici e di prezzi di mercato non è possibile. I prezzi politici espellono i prezzi di mercato — con buona pace dei sostenitori di un'economia « mista », a due settori — finché il sistema, ormai soltanto statalistico, non crolla per le proprie contraddizioni interne, principalmente dovuta al fatto che i redditi non sono commisurati agli sforzi dei produttori, ma a criteri extraeconomici, « politici » appunto; per cui qualsiasi incentivo al progresso economico viene meno.

In queste per molti versi profetiche pagine di Pantaleoni non è agevole distinguere la critica alla pianificazione dalla critica al corporativismo; i due fenomeni sono intesi come le due facce della stessa medaglia.

Dal canto suo, Vilfredo Pareto aveva condotto una propria riflessione sulle possibilità di un'economia collettivistica, raggiungendo peraltro conclusioni diverse da quelle dell'amico, in quanto diverso era il suo approccio. Nel *Manuale* del 1906 si fornisce la dimostrazione matematica della possibilità di un'economia in cui la distribuzione delle risorse avvenga secondo criteri « sociali » (per es. egualitari). Purché certe condizioni siano mantenute — e soprattutto purché operi la concorrenza perfetta — un regime di produzione « collettivista » può raggiungere il massimo di ofelimità economica allo stesso modo di un regime « individualista » (o capitalista) (18). Due anni dopo, il principale seguace di Pareto, Enrico Barone, approfondiva le caratteristiche economiche di un regime collettivista anche per quanto riguarda la proprietà dei mezzi di produzione, concludendo che la teoria dell'equilibrio economico generale era in grado di dimostrare l'(astratta) possibilità del socialismo, purché « il sistema delle equazioni dell'equilibrio collettivista sia né più né meno di quello dell'equilibrio della libera concorrenza » (19). Pur-

(18) Cfr. V. PARETO, *Manuale di economia politica*, n. ed. con introd. di S. LOMBARDINI, Studio tesi, Pordenone 1994, p. 342 e segg.

(19) E. BARONE, *Il ministro della produzione nello Stato collettivista*, in *Giornale degli economisti*, 1908, rist. in G. LUNGHINI, a c. di, *Valore, prezzi ed equilibrio economico generale*, il Mulino, Bologna 1971, p. 76. Sulle implicazioni per l'economia « collettivistica » del II teorema dell'economia del benessere cfr. A. PETRETTO, *Enrico Barone e i fondamenti della moderna teoria dell'allocazione delle risorse*, in R. FAUCCI, *Gli Italiani e Bentham. Dalla « felicità pubblica » all'economia del benessere*, vol. II, Angeli, Milano, pp. 147-67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

troppo questo filone, che apriva la strada per interessanti applicazioni di analisi matematica ai problemi della programmazione in un'economia « socialista di mercato », non ebbe seguito in Italia, come vedremo più sotto.

2.3. Elementi corporativisti erano invece largamente presenti nelle correnti del nazionalismo e del sindacalismo rivoluzionario, entrambe poi passate armi e bagagli al fascismo (20). Pareto e Pantaleoni ebbero forti simpatie per queste correnti, anche se forse per ragioni più politiche che non autenticamente teoriche (21). A loro volta, però, da tali correnti essi erano venerati come maestri. È un tema di ricerca ancora da svolgere — dopo le acute, ma eccessivamente polemiche pagine di Aurelio Macchioro — quella dei rapporti fra pragmatismo filosofico, nazionalismo politico e paretismo economico (22). Comunque sia, quasi tutti gli ingredienti della riflessione degli anni dieci li ritroveremo nelle discussioni sul corporativismo degli anni trenta.

I nazionalisti, infatti, esaltavano il fine della massima potenza della nazione, corrispondente nel linguaggio paretiano a un massimo di utilità sociologica non coincidente con il massimo di ofelimità economica (23). Per raggiungere questo massimo di utilità, tutti i

(20) Cfr. l'introduzione di E. ZAGARI a O. MANCINI, F. PERILLO, E. ZAGARI, a c. di, *La teoria economica del corporativismo*, Esi, Napoli 1982, vol. I, spec. pp. 19-23 e *passim*.

(21) In particolare Pantaleoni — ministro delle finanze del governo dannunziano di Fiume — si esprime severamente nei confronti della Carta del Carnaro perché corporativa, addossandone la colpa al « bolscevico » Alceste De Ambris (un ex-sindacalista rivoluzionario, appunto) e paventando che anche il fascismo ne subisse il richiamo. Cfr. *Di alcuni fenomeni di dinamica economica*, in *Erotemi*, cit., vol. II, p. 95 n. (è un'aggiunta del dopoguerra; il saggio uscì originariamente nel 1909).

(22) Cfr. A. MACCHIORO, *Pragmatismo ed economia politica in Italia nella svolta primonovecento*, in ID., *Il momento attuale. Saggi etico-politici*, Il poligrafo, Padova 1991, pp. 19-38.

(23) Come Pareto spiega nel *Trattato di sociologia generale* (1916) e in altri scritti, in sociologia, a differenza che in economia, esiste un massimo di utilità (diversa dall'ofelimità, che è l'utilità economica) di una collettività, quando l'obiettivo fissato si traduca in un aumento della potenza nazionale, indipendentemente dal fatto che alcuni componenti di essa ne soffrano (per es. una guerra di conquista che costi in termini di vittime civili e militari). In questo caso non può parlarsi di massima ofelimità per la collettività, cioè di ottimo paretiano, perché il presupposto di quest'ultimo è che nessun membro della collettività peggiori la propria posizione. Cfr. i cenni in R. FAUCCI, *La*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mezzi erano buoni, compreso lo statalismo. Diversi di loro erano ammiratori dell'economia tedesca e proponevano di metterne a profitto gli insegnamenti (24). Dal canto loro, i sindacalisti rivoluzionari rivendicavano il momento volontaristico (antideterministico, ma soprattutto individualistico) della lotta sindacale. Gli uni e gli altri erano accomunati dall'appello all'unione dei ceti produttivi (sia capitalisti che lavoratori); il che, tradotto nel linguaggio di Pantaleoni, significava attribuire a un gruppo sociale, in sé portatore di massimi edonistici di specie, la capacità di raggiungere un massimo edonistico collettivo.

2.4. Proprio la palese difficoltà di definire quali fossero gli interessi della collettività da tutelare contro le prevaricazioni dei gruppi corporativi (sia padronali che operai) spiega la simpatia degli economisti liberali verso il primo fascismo, che sembrava appunto proporsi di ripristinare le regole del gioco di mercato in nome del supremo interesse nazionale. Ma spiega anche il loro fermo passaggio all'opposizione, allorché il governo fascista, ormai trasformatosi in regime, cambiò completamente rotta. Da quel momento Einaudi combatté una sua battaglia personale contro il sindacal-corporativismo fascista, scrivendo sul « Corriere della sera » articoli di elevata ispirazione, come i due del 1924 dai quali citiamo i brani seguenti:

> « [I sindacati nazionali e i consigli tecnici] non sono novità germinate dal suolo italico dopo l'ottobre 1922. I sindacati nazionali non sono altro che

---

scienza economica in Italia (1850-1943). Da Francesco Ferrara a Luigi Einaudi, Guida, Napoli 1982, pp. 92-95.

(24) L'ammirazione per l'« economia concreta germanica » all'inizio della Grande guerra da parte degli economisti nazionalisti (che pochi mesi dopo dovevano diventare accesi interventisti) è sottolineata da A. CARDINI, *L'elaborazione di una « teoria dell'economia nazionale » fra il 1914 e il 1930*, in R. FAUCCI, a c. di, *Il pensiero economico italiano fra le due guerre*, in *Quaderni di storia dell'economia politica*, 1990, 1-2, spec. pp. 379-88. Mette in luce l'esistenza fra i nazionalisti di due anime, una corporativista *ante litteram* e l'altra liberista, l'antologia a c. di L. MICHELINI, *Liberalismo nazionalismo fascismo*, M&B Publishing, Milano 1999. Un testo tipico del nazionalismo economico è F. CARLI, *L'altra guerra*, Treves, Milano 1916, che si ispira agli insegnamenti del protezionista tedesco Friedrich List sulla contrapposizione fra cosmopolitismo e nazionalismo economico, e conclude: « Lo Stato... dovrà intervenire nella vita dei Sindacati con apposita giurisdizione [in quanto] lo Stato moderno, organo giuridico della Nazione, si presenta come il supremo esponente della organizzazione economica » (pp. 316-17).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> le vecchie associazioni di mestiere, operaie e padronali, da rosse o bianche trapassate al segno littorio... Neppure l'intervento dello stato fascista [nella composizione delle controversie di lavoro] è una novità; ché di intervento dello stato sempre si ebbero esempi più o meno fortunati. La disputa si ridurrebbe dunque a sapere quale mezzo tecnico sia più efficace a risolvere i contrasti fra capitale e lavoro; e sarebbe atto di superbia veramente eccessivo quello dei dirigenti le attuali corporazioni — le chiamano anche così, risuscitando una vecchia parola medievale, caratteristica di tutt'altri istituti — quando asserissero di essere stati più fortunati nel pacificare dei loro predecessori. Ché dall'ottobre 1922 finora è mancata una condizione essenziale di giudizio: la libertà degli operai di associarsi a loro piacimento, di pagar contributi agli uomini di loro fiducia, di scioperare quando ne avevano voglia... » (25).

> « In verità, il nuovo stato avrebbe un compito: cristallizzare il potere in mano di quel gruppo di conquistatori che nel momento della sua formazione avessero saputo mettere le mani sugli organismi corporativi chiamati a fornire gli uomini di governo. Tolta di mezzo l'opinione pubblica, distratte le menti dalle discussioni dei grandi problemi nazionali, concentrati gli sforzi degli individui nella difesa dei propri interessi di gruppo contro i gruppi concorrenti al saccheggio dello stato, ... gli uomini via via si avvilirebbero alla condizione di mendicanti. Lo stato avrebbe l'apparenza di forte, perché i capi distributori facilmente otterrebbero l'appoggio dei dipendenti. Colosso dai piedi di creta; ché le mutazioni incessanti dell'organismo sociale... lo renderebbero ben presto anacronistico » (26).

Nello stesso anno Einaudi raccolse i suoi articoli dell'anteguerra in lode delle « leghe » operaie spontanee, espressione della raggiunta maturità del movimento operaio. Nell'introduzione, intitolata alla *Bellezza della lotta*, vi è un concetto molto importante anche da un punto di vista economico. Cioè, che nel mercato del lavoro l'equilibrio preferibile è quello instabile, proprio di contraenti che continuamente rivedono le proprie posizioni, modificando le proprie richieste. Giustamente, il recensore inglese delle *Lotte del lavoro*, Hugh Dalton, rilevava che « Professor Einaudi is no industrial pacifist... He is opposed to 'industrial parliaments', such as are advocated from time to time by hazy thinkers [i teorici corporativisti] desirous of 'bringing capital and labour together' and relieving

(25) L. Einaudi, *I nuovi organi dello stato - Corporazione e consigli tecnici*, in *Corriere della sera*, 15 agosto 1924, rist. in Id., *Cronache economiche e politiche di un trentennio*, vol. VII, *1923-1924*, Einaudi, Torino 1965, pp. 790-91.

(26) *Stato liberale e stato organico fascista*, in *Corriere della sera*, 16 agosto 1924, in *Cronache*, cit., p. 798.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

political parliaments of their responsibilities for industrial legislation » (27).

Dal canto suo Umberto Ricci — un allievo di Pantaleoni deluso da quel fascismo in cui aveva in origine riposto le sue speranze — riprendeva nel '25 uno scritto di Santi Romano di prima della guerra, in cui si presentava il sistema sindacal-corporativo come l'unica via d'uscita dalla crisi dello Stato liberale. Quest'ultimo sarebbe stato reincarnato in una nuova realtà in cui lo Stato — finalmente « moderno » — « potrà conservare quasi intatta la struttura che attualmente possiede » (28). Quello di Romano era un incunabolo del corporativismo. Ma Ricci si domandava ironicamente « come potrà essere congegnato uno Stato che più verrà rinunciando al suo potere », affidandolo ai sindacati o alle corporazioni, « più diventerà potente » (29). La conclusione di Ricci era che il sindacalismo fascista non fosse altro che una prosecuzione ideale del protezionismo (30).

Si dirà che gli economisti liberali gettavano via il bambino con l'acqua sporca. La loro posizione pregiudizialmente contraria a qualsiasi intervento statale nelle questioni sindacali poggiava sull'assunzione che il ruolo dei sindacati dovesse restare quello di meri soggetti privati. Non tutti gli antifascisti la pensavano come loro. Limitandoci al campo delle correnti riformiste, sarebbero da considerarsi le posizioni di Carlo Rosselli, allora assistente di Einaudi alla Bocconi, che in diversi articoli fece un passo avanti rispetto alla mera difesa del pluralismo sindacale. Non solo replicò alla vecchia accusa

---

(27) Recensione a L. EINAUDI, *Le lotte del lavoro*, Gobetti, Torino 1924, in *Economic Journal*, dec. 1925, pp. 617-18.

(28) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. di diritto pubblico*, 1910, riprodotto in app. a S. CASSESE - B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, 1971, p. 963.

(29) U. RICCI, *Stato moderno e sindacati*, in *Rinascita liberale*, febbraio 1925, rist. in ID., *Dal protezionismo al sindacalismo*, Laterza, Bari 1925, p. 170.

(30) U. RICCI, *Il sindacalismo giudicato da un economista*, prolusione all'università di Roma, 15 gennaio 1925, rist. in ID., *Dal protezionismo al sindacalismo*, cit., che si conclude con una condanna delle rappresentanze professionali e con un'esaltazione della funzione del Parlamento nello Stato liberale (p. 158). Ricci criticò il corporativismo in un terzo e ultimo articolo, *La scienza e la vita*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1928, fasc. 3, che contribuì a fargli perdere la cattedra romana e lo costrinse a emigrare in Egitto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberista mossa ai sindacati, di degenerare facilmente in monopoli (31), ma osservò che l'azione sindacale « si trova stretta in una morsa: da un lato la preme il fenomeno della traslazione dei miglioramenti strappati [tramite l'aumento dei salari] sul consumatore [tramite l'aumento dei prezzi], dall'altro la preme il fenomeno della contrazione della domanda di forza-lavoro » (32). Non basta quindi affidare ai sindacati il compito di negoziare i salari; bisogna che essi partecipino alle decisioni di politica economica concernenti la distribuzione del reddito, mediante un'azione di « controllo sulle imprese, sulla produzione, prezzi, profitti » (33). In sostanza, essi debbono intervenire come soggetti attivi nella politica dei redditi.

3. *Gli anni Trenta: quale economia corporativa?*

3.1. Che la questione del raccordo fra organizzazioni sindacali, organizzazioni professionali e politica economica generale fosse generalmente sentita, è dunque fuori di dubbio. Qui vediamo come gli economisti dettero una risposta a questi problemi durante gli anni trenta.

Data l'importanza della materia, non sorprenderà trovare il fronte dei teorici del corporativismo molto variegato (34). Fino a metà degli anni trenta si assiste a un certo dibattito, che si spegne all'indomani della realizzazione, almeno sulla carta, del regime

(31) Cfr. C. Rosselli, *Scienza economica e leghe operaie*, in *Riforma sociale*, maggio-giugno 1924, rist. in Id., *Socialismo liberale*, a c. di J. Rosselli, Einaudi, Torino 1973.

(32) C. Rosselli, *L'azione sindacale i suoi limiti*, in *Riforma sociale*, nov.-dic. 1925, in *Socialismo liberale*, cit., p. 325.

(33) *L'azione sindacale*, cit., p. 329.

(34) Ancora utili, anche per l'insolito (per quel tempo) distacco critico, sono le rassegne di G. Bruguier Pacini, *Il corporativismo e gli economisti italiani*, in *Archivio di studi corporativi*, 1936, pp. 46-78 e 132-69; e *Dieci anni di dottrina economica corporativa*, in *Archivio di studi corporativi*, 1937, pp. 65-96, dove vi è un'interessante contrapposizione fra gli « interessi collettivi di associazione » (che rientrano nel monopolio bilaterale studiato dalla teoria economica corrente) e l'« interesse collettivo di organizzazione », che dovrebbe essere oggetto di studio dell'economia corporativa (p. 94). Su Giuseppe Bruguier Pacini (1892-1955), corrispondente di Luigi Einaudi, traduttore di Myrdal e Eucken, mancano gli studi. Cfr. la commemorazione di L. Mossa, *Annuario dell'Università di Pisa*, 1954-55, pp. 335-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporativo con il varo, avvenuto nel 1934, del Consiglio nazionale delle corporazioni (35).

Le posizioni in campo sono principalmente tre.

1) Vi è una corrente che fa capo a Ugo Spirito: il corporativismo è la *negazione* dell'economia politica ortodossa, ed è la sola dottrina scientifica, in quanto basata sull'identificazione di individuo e Stato secondo l'insegnamento di Giovanni Gentile, mentre l'economia ortodossa, che separa irrevocabilmente le due sfere, è il prodotto dell'ideologia liberale ottocentesca.

Questa posizione era per forza destinata a restare minoritaria, soprattutto fra gli economisti, in quanto poneva alla base della riforma economica un concetto filosofico di ardua comprensione per i non filosofi. Tanto più che Spirito le dette un contenuto « sovversivo », affermando che per battere l'individualismo liberale si dovesse superare il concetto tradizionale di proprietà privata, istituendo invece una minacciosa quanto indistinta « corporazione proprietaria ». La tesi, presentata al II convegno di studi corporativi, tenutosi a Ferrara (1932) (36), sul piano pratico si traduceva nella proposta di introdurre nei consigli d'amministrazione delle grandi società un rappresentante statale, e di ammettere la cointeressenza dei lavoratori agli utili. Pur nella loro modestia, tali proposte furono seccamente respinte.

2) Un altro gruppo, definibile come conservatore, nega l'identificazione di individuo e Stato (37); per additare a modello del

(35) Questo pletorico organismo di oltre mille membri non fu in grado di produrre nessuna delle pur importanti riforme economiche degli anni trenta. La legge bancaria del 1936, per esempio, fu preparata dal *brain trust* dell'Iri (il cui direttore generale era Menichella, futuro governatore della Banca d'Italia nel 1947-60), del tutto al di fuori di ogni direttiva corporativa. Cfr. S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Storia contemporanea*, 1974, n. 1; R. FAUCCI, *Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo, 1935-1943*, in *Quaderni storici*, 1975, nn. 29-30.

(36) U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa* (1932), rist. in ID., *Il corporativismo*, cit., pp. 3-16; e in O. MANCINI, F. PERILLO, E. ZAGARI, a c. di, *La teoria economica del corporativismo*, cit., vol. I, pp. 237-46. Per una vivace rievocazione apologetica di quelle vicende, cfr. U. SPIRITO, *Memorie di un incosciente*, Rusconi, Milano 1977, spec. pp. 56-62. Cfr. anche l'ottimo saggio di G. SANTOMASSIMO, *U. Spirito e il corporativismo*, in *Studi storici*, 1973, n. 1.

(37) Tale posizione risulta condivisa da Carlo Emilio Ferri, che ammonisce che « la corporatività non è la statalità » (*La corporatività*, Casa ed. tipografica universitaria, Firenze 1931, p. 55).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporativismo l'economia « nazionale » affermatasi prima della Rivoluzione francese: in pratica, quella mercantilista di *ancien régime* (38). Questo gruppo è quantitativamente il più cospicuo, ma anche teoricamente il meno interessante. Sono in sostanza i nipotini della scuola storica tedesca, con un contorno di seguaci di Toniolo e della concezione aristotelico-tomistica della società (39).

3) Un terzo gruppo cerca senz'altro di conciliare economia corporativa ed economia pura, attribuendo alla prima il compito di fissare degli scopi per i quali « la collettività di oggi si sacrifica per quella di domani » (40). Il che sembra semplicemente voler dire che lo Stato programma la sua attività in un arco temporale intergenerazionale, e che l'analisi delle scelte pubbliche così definite deve avvenire utilizzando lo strumentario dell'economia ortodossa.

Questa posizione conciliativa consente numerose applicazioni dei criteri corporativi all'economia reale, senza far venir meno i principi consolidati della scienza economica. Nel 1930, la Società per il progresso delle scienze celebra un convegno sul corporativismo, le cui relazioni vengono pubblicate dal « Giornale degli economisti ». Le definizioni del corporativismo sono le più diverse. Alcuni affermano che esso va oltre l'utilitarismo (41); altri (e sono i più) che l'essenza del corporativismo riguarda la politica economica più che la teoria economica (42); altri ancora che il suo fine è quello del superamento delle asimmetrie di mercato, prima fra tutte quella

(38) Cfr. G. Arias, *L'ordinamento corporativo e l'economia nazionale*, rel. al I convegno sull'economia corporativa, 1930, in Mancini, Perillo, Zagari, *La teoria economica del corporativismo*, cit., vol. I, spec. p. 84.

(39) Sulla problematica del corporativismo alimentata dall'Università cattolica di Milano, cfr. S. Piretti, *Il corporativismo tra Stato economico Stato corporatista Stato solidaristico*, in Id., a c. di, *Ideologie corporative e modelli corporatisti*, Pitagora, Bologna s. d. (ma 1983), pp. 91-140.

(40) M. Fovel, *L'individuo e lo Stato nell'economia corporativa*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, in Mancini, Perillo, Zagari, *op. cit.*, vol. I, p. 138. Su Nino Massimo Fovel (1880-1941) cfr. la voce di G. Sircana in DBI, 49, 1997.

(41) Cfr. C. E. Ferri, *La tradizione economica e il corporativismo*, in *Giornale degli economisti e rivista di statistica*, 1930, pp. 877-887.

(42) Cfr. A. Lanzillo, *Economia corporativa e politica economica*, in *Giornale degli economisti...*, 1930, pp. 888-892.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del rapporto fra padroni e lavoratori (43). In comune, però, tutte queste definizioni presentano lo sforzo di « normalizzare » il corporativismo, di renderlo un soggetto rispettabile per gli studi economici.

Esponente principale della corrente che persegue il raccordo fra corporativismo ed economia pura è il paretiano Luigi Amoroso. Nell'impegnativo saggio *La logica del sistema corporativo*, scritto insieme ad Alberto De' Stefani (44), egli si concentra sul tema del rapporto fra lo sviluppo della scienza economica e quello delle scienze fisiche. La dottrina economica classica è inficiata del determinismo meccanicistico prevalente nella fisica ottocentesca. Viceversa, la fisica probabilistica del Novecento non può non offrire importanti insegnamenti all'economia. « I concetti di probabilità, di rischio, di congiuntura che dominano la realtà economica e che nella fisica molecolare hanno diritto di cittadinanza formale... potrebbero in una rappresentazione economica trovare un substrato reale, ben diversamente espressivo » (45). È il problema, che molti economisti allora si ponevano, di passare dall'equilibrio statico walrasiano-

(43) Cfr. R. BENINI, *Legislazione sociale e regime corporativo nel quadro dell'economia scientifica*, in *Giornale degli economisti...*, 1930, pp. 893-902. In alcuni ingegnosi diagrammi, Benini indica come bisognosi di intervento corporativo i casi in cui i lavoratori sono costretti dai padroni a produrre uno sforzo la cui disutilità marginale è superiore all'utilità marginale del salario; oppure in cui la distribuzione personale dei redditi è difforme da quella della normale curva a campana; oppure in cui la curva di Lorenz è eccessivamente concava. Ancora una volta, la politica corporativa è identificata con la politica di intervento redistributivo. Il che non ci sembra giustifichi l'esigenza di una nuova branca della scienza economica, o addirittura di una nuova scienza economica.

(44) Su questo personaggio (1879-1969), ministro liberista delle finanze con Mussolini (1922-25), poi gradatamente scivolato verso lo statalismo corporativo, poi ancora cattolico-« keynesiano », cfr. F. MARCOALDI, *Corporativismo « keynesiano » e statalismo cattolico: Alberto de Stefani*, in R. FAUCCI, a c. di, *Gli Italiani e Bentham*, cit., vol. II, pp. 285-301.

(45) L. AMOROSO-A. DE' STEFANI, *La logica del sistema corporativo*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, luglio 1933 (e *Annali di economia*, 1934), rist. in MANCINI, PERILLO, ZAGARI, a c. di, *La teoria economica...*, vol. I, p. 257. Cfr. anche E. ZAGARI, *La teoria economica del corporativismo di L. Amoroso*, in R. FAUCCI, a c. di, *Il pensiero economico italiano fra le due guerre*, cit., pp. 459-72. Poco sopra il principio di indeterminazione di Heisenberg è paragonato alla trattazione del sistema bancario nel *Trattato della moneta* di Keynes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paretiano a una rappresentazione dinamica del sistema economico. Ma non è chiaro come il richiamo alle « forze vive », alle « forze d'inerzia », alle « forze direttrici » desunte dalla fisica e secondo Amoroso-De' Stefani applicabili all'economia, si colleghi al corporativismo, salvo attribuire a quest'ultimo contenuti del tutto arbitrari (46).

Un'altra strada seguita per collegare corporativismo ed economia politica è quella del commento ad uso scolastico della Carta del Lavoro (1927). Gustavo Del Vecchio sottolinea la « complessità » di questo testo così aforistico, definendolo « documento politico e non dottrinale.... concepito veramente in modo che ne risulta singolarmente facile la lettura alle persone semplici, e difficile a quelle persone che vogliono ricavarne tutto il profondo contenuto » (47). Con il che, Del Vecchio lascia al lettore la scelta di considerarsi o no « persona semplice » in grado di capire evangelicamente il profondo contenuto del documento. Il commento di Del Vecchio sembra inquadrare la Carta del lavoro nell'istituzionalismo, corrente economica allora in auge negli Stati Uniti.

Dal canto suo, Marco Fanno, in quello che è forse il più pregevole manuale di economia corporativa che sia stato scritto in quegli anni (48), trova naturale che le categorie teoriche dell'economia politica restino le stesse di prima, pur mutando il contesto

---

(46) Sono peraltro ben chiari i fondamenti ideologici di questa operazione. Amoroso e De' Stefani traducono la forza d'inerzia nella restaurazione, che il fascismo promette, del « blocco dei principii morali, che per un millennio era stato il substrato profondo della civiltà europea e che nel seicento era stato squarciato dalla Riforma » (p. 262); quindi, un mero ritorno indietro, con buona pace dei corporativisti di sinistra. J. H. KEPPLER, *L. Amoroso (1886-1965): Mathematical economist, Italian corporatist*, in *History of political economy*, 1994, n. 4, rileva un'incoerenza fra il razionalismo dell' Amoroso economista teorico e l'irrazionalismo conservatore del sociologo e politico fascista. Sull'adesione al fascismo di economisti matematici — come de Pietri Tonelli e lo stesso Amoroso — cfr. il cenno di B. FOÀ, *Da Graziani a Keynes: un giovane economista negli anni trenta*, in *Il pensiero economico italiano fra le due guerre*, cit., p. 490. Il discorso dovrebbe spingere a una riflessione sul tipo di cultura storico-filosofica di questi scienziati « puri ».

(47) G. DEL VECCHIO, *I principii della Carta del lavoro*, Cedam, Padova 1934, p. 53.

(48) In origine era stato Luigi Einaudi a chiedere a Fanno di scrivere « un volumetto di economia corporativa », ma Fanno aveva declinato l'offerta (lettera del 30 luglio 1934, conservata nelle Carte Einaudi presso la Fondazione Einaudi di Torino). Non sappiamo perché Fanno abbia pubblicato il libro per la Cedam.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzionale in seguito alla legislazione corporativa. Per esempio, il « salario corporativo » determinato dalla magistratura del lavoro cadrebbe intorno al punto corrispondente alla produttività marginale del lavoro, e in questo consisterebbe l'« equità » osservata dal giudice (49).

Dopo il 1935 la disciplina accademica « economia politica » si muta in « economia politica corporativa ». La maggior parte degli economisti scelgono la strada di chiamare corporativa la propria concezione dell'economia, magari formatasi molti anni prima che di corporativismo si cominciasse a parlare. In altri termini, aggiungono il termine senza cambiare la sostanza.

Questo è chiaro in due diffusi trattati di economia, quello di Fanno e quello di Giuseppe Ugo Papi. Il primo collega la trattazione del corporativismo alla necessità di equilibrare l'offerta di credito e di capitali con la durata dei cicli produttivi, l'offerta dei beni ai gusti e alle capacità di spesa dei consumatori, e di rendere compatibili fra loro il ritmo di incremento dei risparmi e degli investimenti (50). È la ben nota teoria del ciclo di Fanno (51), che viene corporativizzata con l'aggiunta di un vocabolo.

Il secondo si limita a postulare che, attraverso la disciplina unitaria *e dunque* corporativa della produzione, lo Stato riesca a ottenere quella riduzione dei costi che dovrebbe limitare l'ampiezza delle fluttuazioni, che è l'interpretazione che Papi dà della Grande crisi (52).

---

(49) Cfr. M. FANNO, *Introduzione alla teoria economica del corporativismo*, 2ª edizione riveduta e aggiornata, Cedam, Padova 1936, p. 135. Sul « salario corporativo » cfr. P. BINI, *Il salario « corporativo » negli studi economici tra le due guerre*, in R. FAUCCI, a c. di, *Gli Italiani e Bentham,* cit., vol. II, spec. p. 258 e segg.

(50) Cfr. M. FANNO, *Principii di scienza economica*, parte VII, *Introduzione alla teoria economica del corporativismo*, III ed. ampliata, Cedam, Padova 1938 (è l'opera precedente, rifusa in un manuale).

(51) Su di lui si veda ora A. MAGLIULO, *Marco Fanno e la cultura economica del Novecento*, Polistampa, Firenze, 1998.

(52) Cfr. G. U. PAPI, *Lezioni di economia politica corporativa*, vol. III, *Teoria delle fluttuazioni economiche - L'ordinamento corporativo italiano*, Cedam, Padova 1943. Papi spiega il ciclo con gli errori di previsione degli operatori circa l'andamento dei costi e dunque dei profitti. Era dunque una teoria contrapposta alle teorie monetarie e creditizie del ciclo, allora in auge (*Lezioni*, p. 28). Su Papi (1893-1987) cfr. la bibliografia in calce ad AA.VV., *Contributi in omaggio di G. U. Papi*, Giuffrè, Milano 1961.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fra tutti i testi universitari in cui si dà spazio al corporativismo, spicca quello di Giovanni Demaria sui *Grandi sistemi coercitivi*, la cui prima parte è un buon manuale di storia delle teorie della politica economica dal medioevo in poi. Qui Demaria, spirito libero quant'altri mai, sorretto dalla sua grande cultura economica, mette in rilievo vantaggi e svantaggi delle politiche liberiste, protezioniste e programmate, presentate in un opportuno inquadramento storico, per concludere che l'economia corporativa « fa pensare a un mondo di associazioni monopolistiche, in parte create *ad hoc* dallo Stato, in parte formate spontaneamente » (53). È vero che Demaria rileva che la finalità di questo « monopolio » è massimizzare la potenza dello Stato, ma il raffronto che egli subito dopo opera fra corporativismo e imperialismo non lascia dubbi sul suo giudizio.

3.2. Gli ultimi cinque anni del regime fascista sono caratterizzati da grande conformismo e povertà culturali, anche per l'applicazione delle leggi razziali, che priva le cattedre di economia di alcuni dei suoi più eminenti cultori (54).

Durante la guerra il primo posto è occupato dai problemi dell'autarchia e dell'« ordine nuovo », cioè del nuovo assetto economico europeo che sarebbe dovuto seguire alla vittoria dell'Asse. Questo ordine avrebbe dovuto sfruttare i « grandi spazi economici » a disposizione dei vincitori. Si parla sempre meno di corporativismo, ma si rilancia l'idea di piano.

Un argomento molto interessante è quello del finanziamento della guerra, particolarmente per quanto riguarda il necessario controllo della liquidità attraverso un sistema di rientro del surplus monetario nelle casse statali con un sistema di prestiti obbligatori. Oltre a numerosi articoli sulle riviste economiche (55), sarebbe da

(53) G. Demaria, *I grandi sistemi coercitivi* (1937), n. ed. a c. di A. Agnati, Cedam, Padova 1969, p. 149.

(54) Cfr. S. Steve, *Le scienze sociali*, in *Convegno sul tema: conseguenze culturali delle leggi razziali in Italia*, Accademia nazionale dei Lincei, Atti dei convegni lincei, 84, Roma 1990, pp. 75-87.

(55) Cfr. G. Pavanelli, *Finanziamento della guerra e circuito dei capitali in alcune memorie inedite*, in *Storia del pensiero economico*, 1989, n. 18, e 1990, n. 19; G. Gattei-A. Dondi, *La teoria della « economia di guerra » in Italia (1939-1943)*, in R. Faucci, a c. di, *Il pensiero economico italiano fra le due guerre*, cit., pp. 359-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerare l'operato dell'Istituto nazionale di finanza corporativa (56), fondato nel 1939 e costituente un vero e proprio *brain trust* di collaboratori del ministro delle finanze Paolo Thaon di Revel (57). Risulta l'influenza del famoso pamphlet di Keynes *How to pay for the war* (1940) (58) e di altri suoi memoriali miranti a evitare una inflazione postbellica.

Paradossalmente, nell'anno che segna il declino delle sorti dell'Asse si apre la discussione sulla ricostruzione postbellica. In questa ottica si colloca il noto convegno pisano del 1942 (59), animato da una relazione controcorrente di Giovanni Demaria. Già l'anno precedente questi aveva pubblicato sul suo « Giornale degli economisti e annali di economia » un articolo liberista, *Il problema industriale italiano* (60), che aveva condotto alla sospensione della rivista. La relazione Demaria, che insisteva sul punto che solo una riapertura agli scambi internazionali avrebbe rilanciato l'economia mondiale nel dopoguerra, provocò vivaci proteste fra il pubblico degli economisti fascisti presenti. Vale la pena ricordare le parole conclusive, in cui Demaria si appella all'insegnamento di Pareto e di Pantaleoni: « ...Mi chiudo nella torre d'avorio e dico che se uno

---

(56) Qualche notizia sull' Istituto in R. FAUCCI, *Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo*, cit., pp. 626-30.

(57) Sull'interessante figura di Paolo Thaon di Revel (1888-73) cfr. le brevi note di S. STEVE, *Commemorazione di P. Thaon di Revel* (1975), in ID., *Scritti vari*, Angeli, Milano 1997, pp. 753-57. Cfr. anche *L'archivio Paolo Thaon di Revel*, a c. di M. Storaci, in *Annali della fondazione L. Einaudi*, II, 1968.

(58) Su cui cfr. D. MOGGRIDGE, *Maynard Keynes. An economist's biography*, Routledge, London-N. York 1992, cap. 24. L'interesse per *How to pay for the war* contrasta con il relativamente scarso interesse sucitato dalla principale opera di Keynes, *The general theory of employment, interest and money* (1936), che verrà tradotta solo nel 1947. Una rassegna degli interventi degli economisti italiani su Keynes è quella di S. BARTOLOZZI BATIGNANI, *Keynes nei volumi degli economisti italiani. Un saggio bibliografico*, in AA.VV., *Keynes in Italia. Catalogo bibliografico,* a c. della Facoltà di economia e commercio di Firenze, in *Banca Toscana. Studi e informazioni*, Quaderno 7, 1983, pp. 123-51. Cfr. però lo sforzo interpretativo di P. BINI, *Keynes in Italia e la trasmissione internazionale delle idee economiche*, in AA.VV., *Keynes in Italia*, « Annali dell'economia italiana », Istituto Ipsoa, Milano 1984, pp. 97-133.

(59) *Convegno per lo studio dei problemi economici dell'ordine nuovo*, 2 voll., Pacini e Mariotti, Pisa 1942-43.

(60) È compreso in AA.VV., *Ricostruzione dell'economia nel dopoguerra*, Cedam, Padova 1942.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

studente si presenta al mio cospetto negando la verità dei nostri teoremi [che il libero scambio, e non l'autarchia, consente l'utilizzazione più produttiva dei fattori], io lo boccio » (61).

Queste non debbono intendersi come mere espressioni retoriche. Nella medesima occasione, Demaria bocciava anche le proposte di economia pianificata avanzate da un altro partecipante al convegno, Cesare Dami (che nel dopoguerra sarebbe diventato un economista del partito comunista). Libertà economica e assenza di piano finivano per suonare come sinonimi, in quella che doveva essere la consacrazione dell'economia regolata fascista e che fu invece, nei fatti, la prima uscita ufficiale della strategia liberista della ricostruzione postbellica (62).

Idealmente sulle medesime posizioni di Demaria è Costantino Bresciani Turroni, che si batte su due fronti: quello antikeynesiano, attraverso la sua puntigliosa confutazione del meccanismo del moltiplicatore — e quello della « pianificazione economica collettivista », alla cui confutazione dedica spazio nella sua brillante *Introduzione alla politica economica,* un volume arricchito da una prefazione di Einaudi.

In essa l'economista piemontese non si occupa della pianificazione, preferendo seguire un proprio filo di ragionamento ideale — eterogeneo rispetto a quello di Bresciani — che porta alla rivalutazione dei fini sui mezzi, e quindi dell'etica e delle premesse di valore, da parte dell'economista. Ma sappiamo quanto Einaudi avesse in uggia le disquisizioni teoriche sulla pianificazione. Fin dal 1932 aveva osservato che l'insegnamento della Grande crisi era che le piccole e medie imprese hanno maggiori possibilità di salvarsi

(61) La relazione non fu pubblicata. Cfr. G. Demaria, *L'ordine nuovo e il problema industriale italiano nel dopoguerra*, in Id., *Problemi economici e sociali del dopoguerra*, a c. di di T. Bagiotti, Malfasi, Milano 1951 (citazione da p. 501).

(62) La sortita di Demaria ebbe una sponda fondamentale nella Banca d'Italia, che preparò il convegno di Pisa; il che ridimensiona la « milanesità » del liberismo ad essa sotteso secondo P. L. Porta, *Milano e il pensiero economico. Aspetti della cultura della concorrenza e del mercato tra corporativismo e ricostruzione, 1935-1950*, in *Rivista di storia economica*, agosto 1997, p. 212. Cfr. anche G. Pavanelli, *Politica industriale e commercio estero nel pensiero di Demaria. Dagli anni trenta alla ricostruzione*, in P. Bini, a c. di, *Giovanni Demaria e la teoria economica dei fatti nuovi*, in *Storia del pensiero economico*, 31-32, 1996, spec. pp. 202-209.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto alle grandi e grandissime, perché gli errori nei piani di migliaia di piccoli imprenditori sono più rimediabili di quelli nei piani di pochi grandi (63). Inoltre gli errori di molti piccoli imprenditori in un mercato di concorrenza perfetta possono compensarsi fra loro, mentre quelli dei grandi imprenditori in un'economia di oligopoli (o pianificata) si assommano. Questo insegna l'esperienza. Gli studi astratti sulla possibilità di un'economia pianificata — scriveva nel 1940 — non debbono farci perdere di vista questa realtà (64).

Bresciani viceversa dedica alla contrapposizione fra mercato e pianificazione larga parte del libro, in cui a una rigorosa analisi economica di tipo paretiano fa da sfondo una intensa propaganda liberista e liberale, che non può non colpire dati i tempi. Al termine di una didatticamente efficace presentazione del modello di concorrenza perfetta, Bresciani commenta che « l'economia del mercato libero è, si potrebbe dire, "democratica"; mentre l'economia "regolata", o "controllata", o "programmata" è "autoritaria" » (65).

Di lì a pochi anni Bresciani presentò al lettore italiano, per i medesimi tipi di quel Giulio Einaudi considerato l'Editore della Sinistra per eccellenza, la traduzione italiana di una importante raccolta dell'economista austriaco Friedrich A. von Hayek — già avversario di Keynes e contrario a qualunque regolamentazione dell'economia come strada per uscire dalla Grande crisi — sull'impossibilità di funzionare di un'economia pianificata, stante il grandissimo numero di variabili economiche che il « pianificatore » centrale dovrebbe conoscere e che corrispondono alle equazioni che il mercato provvede a determinare e risolvere da sé.

Da notare che, mentre Hayek, per ragioni di completezza e per onestà intellettuale, comprendeva nell'edizione originale (in inglese) della raccolta anche il citato saggio di Barone, nell'edizione italiana

(63) « Una grossa riserva in mano ad un consorzio o ad un ente semi-pubblico pesa sul mercato e fa tracollare i prezzi di gran lunga più che non mille piccole riserve dello stesso ammontare totale in mano a mille piccoli speculatori indipendenti » (*Piani*, in *Riforma sociale*, 1932, p. 293).

(64) Cfr. L. EINAUDI, *Le premesse del ragionamento economico e la realtà storica*, in *Rivista di storia economica*, 1940, pp. 179-199.

(65) C. BRESCIANI TURRONI, *Introduzione alla politica economica*, seconda edizione, Einaudi, Torino 1944, p. 83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo non compare, né è menzionato nell'appendice bibliografica (66). Evidentemente il titolo stesso del saggio, con il suo riferimento a un « ministro della produzione » che a un lettore superficiale poteva suonare come minacciosamente stalinista, avrà spinto la casa editrice o i suoi consulenti (fra cui primeggiava ovviamente il padre dell'editore) a non presentare quel testo, in sé politicamente innocuo. Ma si tratta solo di illazioni, in assenza di una documentazione che non siamo stati in grado di reperire.

4. *I programmi economici dei partiti e il rigetto dell'« emendamento Montagnana » dell'Assemblea costituente.*

4.1. Il dopoguerra segna una profonda soluzione di continuità nella storia dell'Italia unita. La politica economica diventa per la prima volta materia di discussione pubblica, una discussione alimentata dai *media*, dai partiti, dai sindacati, dall'imprenditoria. Gli economisti abbandonano il chiuso dei loro studi per diffondere il loro pensiero dalle colonne dei quotidiani, dalle aule parlamentari, dalle tribune congressuali dei partiti. La grande crescita del settore statale dell'economia — avvenuta nonostante il proclamato liberismo dei governi — produce una corrispondente domanda dei servizi degli economisti. Un ruolo di protagonisti che negli Stati Uniti era stato alimentato dal New Deal, e in Inghilterra dai vari *committees* degli anni trenta, ma che in Italia era stato soffocato dalle « parole d'ordine » del corporativismo e dell'autarchia, che avevano sacrificato gli economisti ai burocrati.

Non è agevole districarsi nella letteratura economica del tempo, ispirata da una parte dalle esigenze di una rapida ricostruzione dalle rovine della guerra, dall'altra da intendimenti di riforma a più lungo termine. Le fonti sulla cultura economica (67) sono costituite in gran

(66) Cfr. *Pianificazione economica collettivistica. Studi critici sulle possibilità del socialismo*, Einaudi, Torino 1946. La prefazione di Bresciani Turroni è alle pp. xi-xxi. Cfr. invece l'edizione originale, F. A. VON HAYEK, a c. di, *Collectivist economic planning: critical studies on the possibilities of socialism*, Routledge, London 1935.

(67) Per « cultura economica » si intende qui il complesso delle idee economiche che, originando dal pensiero degli economisti di professione, si traduce in programmi o progetti politici, secondo un processo definito nell'introduzione di P. BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno. La politica economica in Italia dal 1943 al 1955*, Il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte dai programmi delle forze politiche (68), che spesso si servivano di riviste di partito o « di area » (69).

Quattro erano i partiti a cui all'inizio del triennio gli economisti facevano principalmente capo: il liberale, il democristiano, l'azionista e il comunista (70).

I liberali (71) erano, o si ritenevano, il « partito degli economisti ». Caduto il fascismo, che aveva avuto la colpa di distaccarsi dal liberismo economico dei suoi inizi, si trattava di riprendere il discorso interrotto venti anni prima. L'Italia doveva seguire una politica economica in cui il mercato e l'iniziativa privata fossero pienamente libere da vincoli e impedimenti. Il leader naturale degli

---

Mulino, Bologna 1978, e utilizzato in G. MORI (a c. di), *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, Il Mulino, Bologna 1980. Una ricerca del genere si giustifica a partire dalla caduta del fascismo, in quanto prima del 1922 mancano i partiti organizzati, e la « cultura economica » delle forze politiche coincide con quella degli intellettuali e leader parlamentari, cui abbiamo fatto cenno nei paragrafi precedenti.

(68) È appena il caso di avvertire che la storiografia sui partiti è spesso una storiografia di partito, e va assunta scontando in essa gli elementi apologetici.

(69) Così il Partito comunista aveva *Rinascita*, il Partito d'azione *Il Ponte* (cfr. V. SPINI, *Il discorso sull'economia e le scelte politiche*, in *« Il Ponte 1945-1975*, « Il Ponte », a. XXI, nn. 11-12, 1975), la Democrazia cristiana *Cronache sociali* (di cui cfr. l'antologia a c. di M. GLISENTI e L. ELIA, Roma-S. Giovanni Valdarno 1961), mentre *Idea* era di ispirazione cattolico-liberale, e la *Critica sociale* fondata da Turati continuava a esprimere il socialismo riformista. Altre riviste di cultura che ospitano collaborazioni di economisti e che nascono in quegli anni sono *Comunità*, *Nord e sud*, *Società*, il settimanale *Il Mondo*, ecc. Fra le riviste economiche in senso stretto, spicca *Moneta e credito* della Banca nazionale del lavoro, con la sua edizione in inglese *Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review*. Da segnalare, infine, il potenziamento della *Rivista di politica economica*, il periodico della confindustria.

(70) Di difficile valutazione il contributo dei socialisti, perché essi si presentano fin dall'inizio in ordine sparso. Fra i più sensibili all'idea di una politica di piano sono esponenti della destra riformista (che nel 1947 darà vita al partito socialdemocratico), come Roberto Tremelloni (1900-1987), attivo nella Commissione economica del Clnai (Comitato di liberazione nazionale alta Italia) e autore di una *Storia dell'industria italiana contemporanea*, con pref. di L. EINAUDI, Einaudi, Torino 1947; ma anche esponenti della sinistra favorevoli a una stretta alleanza con il Pci, come Rodolfo Morandi (cfr. sotto). Qualche informazione in V. SPINI, *I socialisti e la politica di piano (1945-1964),* Sansoni, Firenze 1982.

(71) Prima delle elezioni del '46 il Pli aveva assorbito alcuni gruppi minori, fra cui la Democrazia del lavoro di Bonomi e Ruini, e l'Unione della ricostruzione di Nitti; cfr. D. DA EMPOLI, *Ricostruzione economica e ricostruzione finanziaria in un manifesto economico di F. S. Nitti*, in *Revue internationale d'histoire de la banque*, 24-25, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

economisti liberali era Luigi Einaudi, la cui carica di governatore della Banca d'Italia (dal gennaio 1945) non gli impediva ripetuti interventi sulla stampa (72). Stampa, che era egemonizzata dai pensatori liberali.

Tuttavia, all'abbondanza di voci autorevoli richiamantisi al liberalismo non corrispose un'incisiva azione programmatica da parte del Partito liberale, al quale Croce — che lo aveva tenuto a battesimo — aveva dato la veste peculiare di partito *super partes* (73). Non è un caso, quindi, che molte di queste voci si allontanassero verso altri partiti, confluendo in prevalenza nella Democrazia cristiana (74).

Questa presentava al proprio interno posizioni differenziate. Il Partito popolare, prima dell'avvento del fascismo, non aveva avuto il tempo di darsi una propria precisa linea di politica economica. L'ala sinistra di quel partito, stretta intorno alle leghe « bianche », aveva partecipato alle lotte per la terra nel 1920-21 insieme alle leghe contadine « rosse », suscitando i rimproveri di Einaudi (75) e la reazione e poi la persecuzione fascista. Quanto al leader popolare

---

(72) Per una rassegna dei suoi interventi di politica economica su riviste e quotidiani, cfr. R. FAUCCI, *Luigi Einaudi*, cit., cap. VI.

(73) Croce spiega perché non è opportuno un dettagliato programma economico di partito in *Il partito liberale, il suo ufficio e le sue relazioni con gli altri partiti* (1944) e in *Discorso di congedo dalla presidenza del partito liberale* (1947), rist. in B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, 2 voll., Laterza, Bari 1973.

(74) È il caso, fra gli altri, dell'economista agrario Giuseppe Medici, futuro ministro democristiano, e di Guido Carli, governatore della Banca d'Italia dal 1960 al '75, poi ministro e senatore democristiano. Essi sono autori di due opuscoli, rispettivamente sulla *Riforma agraria* e sulla *Riforma industriale*, editi dal Partito liberale nel '45. Giova osservare che nel secondo opuscolo Carli attribuisce allo Stato rilevanti funzioni economiche, quali la « sistemazione di aree ai fini del più regolare impianto di stabilimenti modernamente concepiti » (p. 19), la costruzione di case per i lavoratori, la formazione professionale, ecc.; e parla anche di un « piano » che consenta di traghettare l'industria siderurgica e meccanica dall'autarchia alla concorrenza. Questa e altre indicazioni di politica economica attiva contrastano con quella dell'anonima prefazione all'opuscolo, che individuava nella libertà di emigrazione la panacea per un'economia come quella italiana, gravata da sproporzione fra popolazione e risorse. Su Carli (1914-1993) cfr. AA.VV., *In ricordo di Guido Carli (Atti del convegno BNL-ABI)*, Editoriale Lavoro - Gruppo BNL, Roma 1994; e *Bibliografia essenziale degli scritti e discorsi di G. Carli*, in *Economia italiana*, 1993, 3.

(75) Cfr. L. EINAUDI, *Cronache economiche e politiche di un trentennio*, vol. VI, *1921-1922*, Einaudi, Torino 1966, *ad indicem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Luigi Sturzo, questi nel suo esilio americano era entrato in contatto con Gaetano Salvemini, animatore con De Viti de Marco delle battaglie antiprotezioniste di inizio secolo, e con il figlio di Einaudi, Mario, studioso liberale « tocquevilliano » del New Deal (76). Negli anni cinquanta Sturzo avrebbe combattuto a più riprese l'interventismo statale, considerandolo anche una fonte di corruzione (77). Ma a quel tempo il sacerdote siciliano era ai margini del partito.

In Italia durante il ventennio fascista il Partito popolare si era disperso. Gli intellettuali cattolici della generazione più giovane avevano approfittato degli spazi di libertà offerti dalla presenza dell'Azione cattolica e della Fuci, l'organizzazione universitaria cattolica tollerata dal regime. Inoltre avevano potuto attingere dall'Università cattolica del S. Cuore, i cui economisti durante il fascismo — nonostante alcune vistose compromissioni personali — avevano proseguito una riflessione economica autonoma.

Tali posizioni erano lontane dal liberismo. L'ossatura era costituita dalle due famose encicliche sociali, la *Rerum novarum* (1891) e la *Quadragesimo anno* (1931), in cui si condannavano le forme individualistiche estreme e si configurava un'economia attenta alle formazioni sociali intermedie e dotata di correttivi, come quello del « giusto salario » sufficiente a provvedere alle elementari esigenze di una famiglia in cui la donna non fosse distolta dalla cura della prole (78).

Negli enunciati del cosiddetto Codice di Camaldoli (79), elabo-

(76) Cfr. lo *Statement* dell'« American people and freedom group », l'associazione fondata da Sturzo con l'aiuto di M. Einaudi, sulla questione « Economic initiative and exploiting capitalism », in L. STURZO-M. EINAUDI, *Corrispondenza americana 1940-1944*, a c. di C. MALANDRINO, Olschki, Firenze 1998, p. 149.

(77) Cfr. L. STURZO, *Contro lo statalismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 1995.

(78) Come è stato osservato, soltanto con Paolo VI e soprattutto con Giovanni Paolo II la dottrina sociale della Chiesa perde quel carattere assoluto, di mera deduzione dai principi del diritto naturale e dalla Rivelazione, che la caratterizzava ai suoi inizi, e diventa più empirica e problematica. Cfr. B. SORGE, Introduzione a CERAS (Centre de recherche et d'action sociales), *Il discorso sociale della Chiesa da Leone XIII a Giovanni Paolo II*, Queriniana, Brescia 1988, spec. pp. xx-xxii.

(79) Nonostante che il contenuto sia relativamente innovatore, le citazioni sono tratte tutte dalle Sacre scritture, da S. Tommaso o dalle encicliche, e non vi è nessun confronto esplicito con il pensiero economico moderno. Su questa base venne redatto nel 1945 un più ampio testo, dal titolo *Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rato da un ristretto gruppo di intellettuali cattolici nel luglio 1943, vi è qualche indicazione di un modello non soltanto ideale, ma anche operativo dell'economia. Il documento non riprende i consueti temi corporativisti della tradizione cattolica (80): piuttosto, indica nel mercato di concorrenza il riferimento essenziale, mentre il rapporto fra iniziativa privata e intervento pubblico già prefigura i termini in cui sarà disciplinato nella Costituzione, con il rilievo attribuito alla funzione sociale della proprietà (artt. 42 e 43). Si propone la partecipazione dei lavoratori agli utili d'impresa, condizionatamente all'esistenza di un « extra-profitto » (81), ma si respinge la partecipazione di essi alla gestione, sia per ragioni di competenza tecnica, sia a causa delle dimensioni sempre più grandi dell'impresa industriale, che richiedono decisioni rapide e una direzione concentrata (82).

---

sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli, al quale collaborarono gli economisti cattolici Vanoni, Vito, Saraceno, Taviani e altri. In particolare la sezione VI, « L'attività economica pubblica », prevede fra l'altro un « coordinamento delle attività economiche pubbliche » che si ritrova nell'art. 41 della Costituzione. Cfr. *Il Codice di Camaldoli*, in *Civitas*, 1988, 4.

(80) Si ricordi che la *Rerum novarum* si pronuncia contro il riconoscimento del diritto di sciopero e a favore del corporativismo medioevale come mezzo per superare l'antagonismo fra capitale e lavoro. Nella *Quadragesimo anno*, accanto a un rafforzamento dell'opzione corporativa, è presente l'importante principio di « sussidiarietà », cioè l'affidamento da parte dello Stato « ad associazioni minori e inferiori [del] disbrigo degli affari di minore importanza « (ed. cit., p. 92). Nel contesto politico del tempo, era una richiesta al regime perché lasciasse spazio alle organizzazioni cattoliche; in generale, è un (giusto) appello allo stato perché non invada la società civile.

(81) Si veda per tutti il pensiero di un leader democristiano, che è anche uno studioso di storia del pensiero economico, in S. Bartolozzi Batignani, *Dai progetti cristiano-sociali alla costituente. Il pensiero economico di P. E. Taviani (1932-1946)*, Le Monnier, Firenze 1985 (con antologia).

(82) È questa la posizione di un economista cattolico non corporativista come Pasquale Saraceno (1903-1991)(cfr. P. Saraceno, *La partecipazione dei lavoratori alla condotta e agli utili dell'azienda* (1943) in P. Saraceno, *Ricostruzione e pianificazione, 1943-1948*, Laterza, Bari 1969, pp. 101-109). Le esigenze tecniche di gestione della grande impresa, oltre a svuotare le istanze di partecipazione alla gestione di essa da parte dei lavoratori, da una parte rendono inefficaci le forme giuridiche di controllo assembleare, dall'altra soppiantano i proprietari con i dirigenti stipendiati. Sulla separazione fra proprietà e direzione, Saraceno mostra di seguire (pur senza citarlo) il noto libro di A. A. Berle, jr e G. C. Means, *Società per azioni e proprietà privata* (1932). Cfr. P. Saraceno, *Proprietà e direzione aziendale nella moderna organizzazione industriale* (1943),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ne risulta una adesione alle ragioni del capitalismo moderno, la cui impronta individualistica necessita di correttivi provenienti dall'interno delle forze produttive e non esclusivamente dallo Stato. Si va dunque verso una concezione dell'« economia mista » — locuzione che si diffonde anche al di fuori dell'ambiente intellettuale cattolico — che sarà alla base della fortuna elettorale del partito e della sua capacità di attrazione nei confronti dei ceti produttivi: in breve, della sua capacità di governo (83).

Quanto al Partito comunista, era quello che durante il fascismo aveva discusso più a lungo, nelle sue riviste clandestine, sui rapporti fra fascismo e capitalismo (se cioè esso dovesse essere considerato funzionale alle esigenze della grande borghesia imprenditoriale oppure soprattutto della piccola borghesia impiegatizia (84)), giungendo da una parte a caratterizzare il fascismo come regime del capitale finanziario (85), dall'altro come regime reazionario di massa (86). Nell'uno e nell'altro caso, il fascismo era letto come un

---

in P. SARACENO, *Ricostruzione e pianificazione*, cit. Secondo lui tale fenomeno — se accompagnato da una appropriata diffusione dell'istruzione — consente « quell'avvento di una società senza classi contrapposte, nella quale soltanto vediamo realizzata appieno una ideale società cristiana » (p. 121).

(83) Indubbiamente l'ideologia che prevalse nel partito negli anni Cinquanta e Sessanta fu quella interventista, che portò all'espansione del settore pubblico con l'istituzione della Cassa per il Mezzogiorno nel 1950 e dell'Ente nazionale idrocarburi (Eni) nel '53. Ma in precedenza la Dc non aveva espresso una propria originale linea di politica economica, facendosi piuttosto scudo degli esperti di matrice liberale, apprezzati da De Gasperi. Perciò ci sembra forzata l'interpretazione fornita nel ponderoso volume di MARIUCCIA SALVATI, *Stato e industria nella ricostruzione. Alle origini del potere democristiano (1944-1949)*, Feltrinelli, Milano 1982, che legge tutte le decisioni di politica economica del periodo alla luce di una strategia democristiana di occupazione dello Stato attraverso l'uso delle sue leve economiche; strategia che allora non c'era.

(84) È il tema su cui si erano confrontati A. TASCA-P. SRAFFA, *Polemica monetaria*, in *Lo Stato operaio*, 1927, rist. in L. VILLARI, a c. di, *Il capitalismo italiano del Novecento*, Laterza, Bari 1972, pp. 180-91. Discutendo la rivalutazione e la stabilizzazione del 1926-27, Tasca sosteneva la prima interpretazione richiamata nel testo, Sraffa la seconda.

(85) La categoria di capitale finanziario, elaborata su basi marxiste da Rudolf Hilferding (*Il capitale finanziario* (1910), ed. it. a c. di G. PIETRANERA, Feltrinelli, Milano 1961), è applicata al caso italiano da P. GRIFONE, *Il capitale finanziario in Italia* (1945), n. ed. Einaudi, Torino 1971 (che presenta la politica economica del fascismo in continuità con quella, perseguita da Nitti prima del 1922, di cartellizzazione industriale e bancaria).

(86) Cfr. le ben note *Lezioni sul fascismo* (1935) di Togliatti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fenomeno avente profonde radici nella società italiana — non certo una parentesi o una inspiegabile « malattia morale », così come sosteneva riduttivamente Croce — e la cui effettiva sconfitta, al di là della lotta armata, richiedeva che venissero rimossi i fondamenti del suo consenso (87).

Togliatti era contro qualsiasi concessione all'assistenzialismo — quella che chiamava « la politica della distribuzione del pane gratis » — ed era per una politica di aumento e di miglioramento della produzione (88). Di qui la necessità di un programma di democrazia economica (89) basato su alcuni caposaldi da varare nell'immediato, come la riforma tributaria, la riforma agraria e i « consigli di gestione » (90). Il che era funzionale a un'alleanza fra i ceti produttivi

(87) La pubblicistica comunista è qui piuttosto carente, non andando oltre la ricostruzione delle partecipazioni azionarie e degli azionisti principali delle maggiori spa italiane. Cfr. RADAR, *Organizzazione del capitale finanziario italiano*, Quaderno di « Critica economica », Edizioni italiane, Roma 1948. Non dobbiamo dimenticare che gli economisti in senso stretto erano assai scarsi nelle file del Pci: oltre a Pesenti, troviamo lo statistico P. Fortunati, e inoltre V. Angiolini, C. Dami, P. Grifone, G. Regis e pochi altri. La preparazione economica di molti leader del partito si basava sui testi di Marx e Lenin (è il caso di E. Sereni, R. Grieco, G. Amendola, ecc.).

(88) Cfr. il suo intervento al convegno economico del Pci dell'agosto 1945, in L. BARCA, F. BOTTA, A. ZEVI, a c. di, *I comunisti e l'economia italiana 1944-1974. Antologia di scritti e documenti*, De Donato, Bari 1975, p. 69. In quell'intervento però Togliatti definiva « utopistica » anche « la rivendicazione di un piano economico nazionale », evidentemente privilegiando l'esigenza della ricostruzione. Togliatti (1893-1964) si era laureato con Einaudi nel 1915 con una tesi sulla politica doganale verso le colonie. Solo a partire dal settembre 1946, in occasione del cosiddetto « nuovo corso » che il Pci lanciò dopo le dimissioni del ministro del tesoro Corbino (vedi sotto), venne introdotto il tema della pianificazione (seppure in posizione non centrale). Cfr. *I comunisti e l'economia italiana*, cit., pp. 86, 89 e *passim*.

(89) Senza peraltro aspirare alla realizzazione del collettivismo, per il quale si riconosceva che non esistevano i presupposti: « Oggi non si pone agli operai italiani il problema di fare ciò che è stato fatto in Russia », avverte Togliatti fin dal 1944 (cit. in L. BARCA, F. BOTTA, A. ZEVI, a c. di, *I comunisti e l'economia italiana*, p. 53). Non furono i dissensi sulla politica economica in sé, ma ragioni politiche legate alla nuova situazione internazionale (l'inizio della guerra fredda), che spiegano la rottura del tripartito Dc-Pci-Psi nel maggio 1947.

(90) Questi erano voluti particolarmente dal ministro socialista dell'industria Rodolfo Morandi (1902-55), un intellettuale che prima di finire in carcere per antifascismo aveva pubblicato una pregevole *Storia della grande industria in Italia* (1931), n. ed. Einaudi, Torino 1966. Il disegno di legge, preparato con la collaborazione del giurista

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la realizzazione di riforme che rompessero i privilegi economici — le cosiddette posizioni di rendita — e soprattutto fossero funzionali a un modello di società democratica e partecipativa (91).

Per quanto riguarda la programmazione economica, negli anni trenta i comunisti avevano partecipato alla discussione del cosiddetto « piano De Man » (il socialdemocratico belga poi confluito a destra), che Togliatti aveva considerato con un certo favore, ma solo come primo passo per la transizione al socialismo, quindi strumentalmente (92).

Fra l'economia solidaristica dei democristiani e l'economia delle riforme di struttura dei comunisti non si creò, nel biennio di collaborazione fra democristiani e sinistre (1945-47), nessuna siner-

---

Massimo Severo Giannini, individuava nei consigli l'organismo in grado sia di far partecipare i lavoratori « all'indirizzo generale dell'impresa », sia di contribuire a migliorare la produzione e le condizioni di lavoro. Il loro parere era obbligatorio ma non vincolante su numerose questioni aziendali. Cfr. il testo in R. MORANDI, *Democrazia diretta e riforme di struttura*, Einaudi, Torino 1975. Per una riflessione teorico-politica sui consigli di gestione, cfr. A. MACCHIORO, *Il problema dei consigli di gestione*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, 1946, rist. in ID., *Studi di storia del pensiero economico e altri saggi*, Feltrinelli, Milano 1970, pp. 671-87.

(91) La rivista diretta da Antonio Pesenti *Critica economica*, organo del Centro economico per la ricostruzione (Cer), sembrò poter rappresentare una tribuna riformatrice nel periodo di collaborazione fra le forze antifasciste: « Questa nostra rivista, assolutamente aperta a tutti, deve riprendere le tradizioni della prima "*Riforma sociale*" » (*Premessa*, *Critica economica*, 1946, 1, p. 5). In effetti, nei primi tre anni di vita essa ospitò articoli di Guido Carli, Giorgio Fuà, Benvenuto Griziotti e altri non comunisti. Dopo l'estromissione delle sinistre dal governo diventò una rivista di partito e il suo peso nel dibattito economico scemò fino alla chiusura nel 1956. Cfr. G. GARZOLINO, *Un contributo all'analisi del dibattito economico negli anni della ricostruzione: « Critica economica » (1946-1950)*, *Quaderni di storia dell'economia politica*, 1988/2. Pesenti fu sottosegretario alle finanze nel secondo governo Badoglio e nel primo Bonomi, e ministro delle finanze nel secondo Bonomi (1944-45). Nel 1946-47 fu vicepresidente dell'Iri. La sua azione pubblica non ebbe fortuna, perché i Comitati tributari elettivi da lui ideati « entrarono nel nostro ordinamento (d.l. lgt. 8 marzo 1945, n. 77), ma...non furono resi operativi giacché non vennero emanate le norme di attuazione regolamentari che avrebbero dovuto disciplinare l'elezione dei loro membri » (F. BATISTONI FERRARA, Introduzione ad A. PESENTI, *Discorsi parlamentari*, Senato della repubblica, Segretariato generale, Roma 1990, vol. I, p. XXXVIII).

(92) Le idee di De Man (per la verità di contenuto etico più che politico-economico) sono contenute in *Au délà du marxisme*, tradotto in italiano con il titolo *Il superamento del marxismo*, a c. di A. SCHIAVI, Laterza, Bari 1929, 2 voll. Cfr. L. RAPONE, *Il planismo nei dibattiti dell'antifascismo italiano*, in *Storia contemporanea*, 1979, n. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gia. Nessuna autentica riforma economica venne realizzata. Ciascuna delle due forze, seguendo il proprio progetto egemonico, giocò a controllare l'altra, e dalla situazione di stallo si uscì solo con l'estromissione delle sinistre dal governo (maggio 1947).

Quanto al Partito d'azione, forza intermedia per eccellenza, esso presentava certamente una maggiore apertura alle riforme istituzionali ed economiche, ma aveva il vizio d'origine di possedere due anime: una ispirata al progressismo anglosassone e favorevole a un'economia di mercato con gli opportuni correttivi (93); e una socialisteggiante e collettivistica (94). L'impossibilità per queste due anime di coesistere portò alla precoce dissoluzione del partito, avvenuta nel 1946 (95).

---

(93) Posizione facente capo al presidente del consiglio del '45 Ferruccio Parri e a Ugo La Malfa. Sia Parri (1890-1981) che La Malfa (1903-79) erano esperti di economia, avendo lavorato il primo all'ufficio studi della Edison, il secondo a quello della Commerciale. Entrambi erano stati collaboratori del *Giornale degli economisti* (cfr. *Indice cinquantennale del « Giornale degli economisti »*, parte I, *Indice alfabetico per autori degli articoli ed altri contributi originali*, Soc. an. « Leonardo da Vinci », Città di Castello, 1938. Cfr. F. Parri, *Scritti (1915-75),* Feltrinelli, Milano 1976; U. La Malfa, *La politica economica in Italia 1946-1962*, Comunità, Milano 1962. Cfr. G. La Malfa, E. Galli della Loggia, P. Pettenati, R. Faucci, P. Alessandrini, L. Iraci Fedeli, G. Ferrara, *Dal corporativismo allo sviluppo. 50 anni di politica economica in Italia. L'azione di U. La Malfa*, Ed. della Voce, Roma 1984; P. J. Cook, *Ugo La Malfa*, Il Mulino, Bologna 1999.

(94) Facente capo a Vittorio Foa e, con alcune qualificazioni, a Riccardo Lombardi, che passarono al partito socialista. Di Vittorio Foa, nato nel 1910, sindacalista della Cgil e per diversi anni docente universitario, cfr. *La ricostruzione capitalistica nel secondo dopoguerra*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1973, 4. Di Lombardi (1901-1984) cfr. *Scritti politici*, 2 voll., a c. di S. Colarizi, Marsilio, Venezia 1978. Lombardi da una parte desiderava introdurre « riforme di struttura » che mettessero dei « bastoni fra le ruote » del capitalismo; dall'altra era contrario al Fronte popolare delle sinistre e critico dell'esperienza sovietica. La complessità della sua posizione spiega come Lombardi sia rimasto in minoranza sia negli anni quaranta e cinquanta, quando prevalse il frontismo fra Pci e Psi, sia negli anni sessanta, quando il centro-sinistra di cui egli era fautore scelse la linea di rinunciare alle riforme di struttura.

(95) In esso erano confluiti vari gruppi antifascisti laici: i liberalsocialisti di G. Calogero e A. Capitini, i seguaci di « Giustizia e libertà » di C. Rosselli, ecc. Cfr. G. De Luna, *Storia del partito d'Azione. La rivoluzione democratica (1942-47)*, Feltrinelli, Milano 1982. Qualche riferimento alle idee economiche azioniste nello scritto, fortemente polemico verso la sinistra di quel partito e verso la sinistra in genere, di L. Iraci Fedeli, *Per la storia del partito d'Azione*, in *Quaderni degli Annali dell'Istituto Ugo La Malfa*, 17, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4.2. Una valutazione complessiva dell'economia italiana — delle sue prestazioni durante il fascismo e delle sue prospettive future — fu effettuata grazie al ministero per la Costituente (96), istituito dal gabinetto Parri e affidato al leader socialista Pietro Nenni. Esso promosse nel 1945-46 un'indagine conoscitiva sui principali settori dell'economia, affidandola a una Commissione economica che fu presieduta da Giovanni Demaria e che redasse relazioni e interrogò numerose personalità del mondo economico. Per i nomi degli esperti che ne fecero parte (97) e per la celerità con cui compì le sue indagini, questa Commissione è da ricordare come uno dei momenti più significativi della ricostruzione.

La stima dell'entità dei danni materiali della guerra (98) era quella che suscitava minori dissensi. I danni al sistema produttivo non erano gravissimi, in quanto gli impianti industriali al Nord erano stati colpiti solo in parte, e si trattava soprattutto di assicurare un flusso di materie prime e di fonti d'energia (99). Inoltre si trattava di uscire dall'isolamento autarchico e di allacciare libere relazioni economiche internazionali secondo le linee indicate dagli Alleati (100).

---

(96) Notizie in AA.VV., *Il ministero per la Costituente. L'elaborazione dei principi della carta costituzionale*, La Nuova Italia, Firenze 1995.

(97) Complessivamente 50, distribuiti nelle cinque sottocommissioni (agricoltura, industria, credito e assicurazioni, problemi monetari e commercio estero, finanza). Può essere interessante richiamare la loro provenienza. Essi infatti furono designati in parte dallo stesso ministro (fra cui G. Demaria, F. Caffè, G. Di Nardi, G. Parravicini, P. Saraceno, S. Steve), in parte dai ministeri (si trattava per lo più di funzionari), in parte dai partiti dell'« esarchia » del CLN (P. Baffi e M. Rossi Doria dal partito d'Azione, E. Vanoni dalla Dc, P. Grifone dal Pci, G. Medici e G. U. Papi dal Pli, V. Marrama e C. Ruini dal partito di Democrazia del lavoro). Cfr. C. GIANNUZZI, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente*, in *Il ministero per la Costituente*, cit., p. 69.

(98) Per una efficace discussione del modo di valutare l'ammontare dei danni bellici, anche in termini di perdita di capitale umano e di riduzione dei consumi e del benessere della popolazione, cfr. P. SARACENO, *Intervista sulla ricostruzione*, a c. di L. Villari, Laterza, Roma-Bari 1977, cap. I.

(99) Nel 1945 venne preparato un *Piano di massima per la determinanzione delle importazioni industriali dell'anno 1946*, dovuto a esperti della Commissione economica del Clnai (Comitato di liberazione nazionale alta Italia, presieduto da Morandi). Cfr. P. SARACENO, *Intervista*, cit.

(100) La Carta atlantica, approvata da Roosevelt e Churchill nell'agosto 1941, collegava la pace alla libertà del commercio, nella tradizione del liberoscambismo ottocentesco.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maggiori controversie suscitava la scelta della linea di politica economica da seguire. L'eredità del fascismo era da valutare nella sua complessità e contraddittorietà. Alcuni indirizzi economici, come il corporativismo e l'autarchia, erano troppo legati all'ideologia totalitaria del regime per trovare dei difensori. Ma la riorganizzazione dell'industria e del credito attraverso la creazione di Imi (1931) e Iri (1933) e attraverso la legge bancaria (1936) erano da valutarsi più positivamente, oltre che per l'alta perizia tecnica riconosciuta a tali riforme, per la possibilità che esse schiudevano ad una politica economica di sviluppo (101).

Tuttavia, molte indicazioni della Commissione economica del ministero per la Costituente furono disattese. In agricoltura, per esempio, erano state indicate distintamente le due finalità di assicurare la sopravvivenza delle famiglie contadine attraverso la diffusione della piccola proprietà, e di aumentare la produzione agricola attraverso la diffusione di una « organizzazione collettiva, che avesse la possibilità di larghi mezzi e di industrializzare l'agricoltura » (102). Negli anni successivi, la prima esigenza (meglio spendibile in termini di consenso nelle campagne) prevalse sulla seconda. Nell'industria, mentre fu seguita — sia pure con le lentezze che ora vedremo — l'impostazione liberoscambista patrocinata dal presidente Demaria, furono lasciate cadere le indicazioni antimonopolistiche implicanti la nazionalizzazione dell'industria elettrica, o quelle a favore del Mezzogiorno. In sostanza, quindi, si interpretò il parere degli esperti a senso unico, per un ritorno al mercato senza interventi correttivi né tanto meno programmatori.

È da notare che mentre gli industriali appaiono ottimisti circa le capacità di ricostruire rapidamente (103), nessuno di essi seppe

(101) Diversi tecnici operanti nella ricostruzione, come Menichella e Saraceno, si erano formati nell'Iri. Su Menichella (1896-1984), dal 1946 direttore generale e dal 1948 al '60 governatore della Banca d'Italia, cfr. AA.VV., *Donato Menichella. Testimonianze e studi raccolti dalla Banca d'Italia*, Laterza, Roma-Bari 1986.

(102) Parole dell'economista agrario (già attivo nella bonifica integrale fascista) Eliseo Jandolo, cit. da F. CAFFÈ, *Un riesame dell'opera svolta dalla Commissione economica per la Costituente* in F. CAFFÈ, *Teorie e problemi di politica sociale*, Laterza, Bari 1970, p. 171.

(103) Il presidente della Confindustria, Angelo Costa, affermò nella sua audizione davanti alla Commissione economica del ministero per la Costituente che nel giro di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevedere l'entità dello sviluppo dell'economia nel dopoguerra (104). Dalla maggioranza delle audizioni degli industriali non proviene nessun apporto di idee in questo senso. Scontata la sommaria condanna dell'autarchia — da cui peraltro diversi settori dell'industria avevano tratto indubbi vantaggi — gli industriali sono assai circospetti nel chiedere la liberalizzazione del commercio con l'estero (105). Più che liberisti, essi sono privatisti. Così, ribadiscono all'unisono la loro ostilità verso qualsiasi forma di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, verso il mantenimento di vincoli alla flessibilità del lavoro (blocco dei licenziamenti) e verso qualunque tipo di programmazione (106), nel contesto di un atteggiamento di sfiducia nella politica, più ancora che nella pubblica amministrazione (107).

---

due-tre anni la ricostruzione avrebbe potuto essere compiuta (cfr. L. VILLARI, *Il capitalismo italiano del Novecento*, Laterza, Bari 1972, pp. 463 e 480). Ma neppure Costa brillava per capacità previsionale allorché affermava che l'agricoltura italiana avrebbe continuato a essere il settore-spugna della manodopera in eccedenza (p. 483). Di A. COSTA sono stati pubblicati gli *Scritti e discorsi*, 8 voll., a c. di M. ABRATE e altri, Angeli, Milano 1980-82. Una attenta ricostruzione dell'atteggiamento della Confindustria di questi anni è in P. BINI, *La proposta economica degli industriali (1944-1948),* in G. MORI, a c. di, *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, cit.

(104) Una appparente eccezione è rappresentata dall'amministratore delegato della Fiat Vittorio Valletta, che alla Commissione per la Costituente dichiarava di puntare sulle esportazioni, ma solo per via del basso costo della manodopera, attraverso una penetrazione nei mercati grazie ad accordi con gli americani e approfittando della rovina dell'industria tedesca (cfr. *Il capitalismo*, cit., p. 556). Quindi non c'era dietro nessuna strategia di lungo respiro.

(105) Ciò che però colpisce è che analoga prudenza è condivisa dagli economisti, anche da quelli di orientamento liberoscambista. Cfr. M. L. CAVALCANTI, *La politica commerciale italiana 1945-1952. Uomini e fatti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1984, cap. I.

(106) La Confindustria patrocina, pubblicandone i relativi atti sulla *Rivista di politica economica*, i convegni di Economia e politica industriale, con la partecipazione dei maggiori industriali ed economisti italiani, da cui risultano le idee fieramente antiprogrammatorie condivise dalla maggioranza. « L'alternativa fra economia di mercato ed economia burocratica [è] in termini politici l'alternativa fra libertà morale e dittatura », affermava al I convegno, nel '47, Luigi Amoroso, che dieci anni prima era stato apologeta del corporativismo statalistico fascista (cit. da P. BARUCCI, *Introduzione* a P. SARACENO, *Ricostruzione e pianificazione 1943-1948*, cit., pp. 36-37).

(107) Si ricordi il successo elettorale nel '46 del movimento dell'Uomo qualunque, in polemica con la politica e in nome della « competenza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una eccezione è costituita da Adriano Olivetti, il capo della omonima azienda di macchine per ufficio che durante il fascismo aveva profondamente riflettuto sulla questione del rapporto fra produttività del lavoro e ambiente favorevole allo sviluppo delle capacità umane. Olivetti era favorevole a una pianificazione territoriale, decentrata e tutta appoggiata sugli enti locali. Di qui le sue critiche alla Cassa per il Mezzogiorno, in quanto statalistica e verticistica. Era favorevole alla cogestione dei lavoratori nell'impresa, ma diffidava dai sindacati nazionali, preferendo il sindacato aziendale (108).

4.3. Da uno studio sulla cultura economica dell'Assemblea costituente emerge che le idee economiche che hanno maggiormente inciso sul dettato della Costituzione sono state quelle portate avanti dai costituenti democristiani.

Entro questa premessa, gli articoli economici della nostra Costituzione esprimono efficacemente la portata del compromesso fra le tre maggiori forze politiche. Gli effetti di questo compromesso sono da valutare in modo positivo, perché contribuirono a caratterizzare la « costituzione economica » italiana come un'economia di mercato con numerose e qualificate integrazioni, rappresentate dal riferimento alla cooperazione, al coordinamento delle attività economiche pubbliche e private, all'espropriazione per causa di pubblica utilità, e soprattutto alla funzione sociale della proprietà.

Viceversa, i costituenti non vollero superare il confine fra economia di mercato ed economia pianificata, respingendo a maggioranza un più impegnativo riferimento al piano economico, proposto dalle sinistre. Si tratta dell'« emendamento Montagnana » (dal nome del deputato comunista primo firmatario) all'art. 31 del progetto di Costituzione (poi art. 4, sul « diritto al lavoro »): « Allo scopo di garantire il diritto al lavoro di tutti i cittadini, lo Stato interverrà per coordinare e orientare l'attività produttiva dei singoli e di tutta la Nazione secondo un piano che assicuri il massimo di utilità sociale ». Il linguaggio benthamiano in cui l'emendamento Montagnana era formulato fornì il destro a Einaudi di pronunciare il 9 maggio 1947

(108) Sui temi portanti del pensiero di Olivetti (1901-60) cfr. G. BERTA, *Le idee al potere. A. Olivetti fra la fabbrica e la Comunità*, Ed. di Comunità, Milano 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un dotto intervento, che insisteva sul fatto che « tutti facciamo piani » e che questo avviene senza l'imperio di nessuna legge. Altra questione è una pianificazione statale, che conterrebbe elementi autoritari nella misura in cui pretendesse di fissare l'obiettivo del « massimo benessere collettivo » sulla base del confronto fra le preferenze individuali. Einaudi si ricordava dell'insegnamento teorico di Pareto (109). Ma soprattutto era il vecchio anticorporativista di stampo pantaleoniano che tornava a farsi sentire: la pianificazione statale, per lui, avrebbe finito per spacciare per « massimi collettivi generali » quelli che erano interessi settoriali e particolaristici.

Purtroppo, gli altri partecipanti alla discussione (110) non seppero sottrarsi a mere affermazioni di principio, senza affrontare in concreto il problema della programmazione. Si giunse quindi a un voto che aveva carattere di referendum. Come scrisse il 10 maggio 1947 « Risorgimento liberale », organo del Pli, il « piano di sovietizzare l'Italia » era stato respinto. Questo basti a smentire chi interpreta la nostra Costituzione come un prodotto ormai anacronistico dello statalismo di sinistra imperversante nell'immediato dopoguerra (111).

5. *Il disgelo: dal piano del Lavoro al piano Vanoni.*

5.1. In quello stesso 1947 fu lanciato il piano Marshall, il quale mise a disposizione dei governi occidentali (quelli dell'Europa orientale lo respinsero) sia assegnazioni gratuite di merci (*grants*) che crediti a lungo termine (*loans*). L'Italia ne beneficiò largamente.

Polemiche ci furono quanto alla gestione del fondo-lire, che era il corrispettivo del rimborso da parte dell'Eca (ente preposto all'esecuzione del piano Marshall in Europa) degli acquisti che le ditte italiane effettuavano per merci presso le ditte americane. Poiché il fondo-lire era versato direttamente al Tesoro, questo ne aveva piena

(109) Cfr. L. EINAUDI, *Interventi e relazioni parlamentari*, vol. II, Fondazione L. Einaudi, Torino 1982, spec. pp. 496-99.

(110) Cfr. la selezione degli interventi in *Giovane critica*, 1973, nn. 34-35-36.

(111) È la tesi sottostante il pamphlet di T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Il Mulino, Bologna 1997, spec. pp. 8-9. Peraltro questo autore riconosce che la nostra Costituzione è in grado di recepire la normativa comunitaria, e quindi ha capacità di continuo autoaggiornamento (cfr. p. 42).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disponibilità. Il ministro del tesoro e bilancio succeduto a Einaudi, il democristiano Giuseppe Pella, lo usò per ripianare il deficit del bilancio statale e ricostituire le riserve valutarie, più che per effettuare investimenti produttivi. Da qui le critiche rivolte al governo italiano dal noto *Country Study* sull'Italia, redatto nel '49 dall'amministratore del piano, Paul Hoffman. Si rimproverò le autorità italiane di non aver usato gli aiuti per favorire l'espansione attraverso un piano di investimenti pubblici (112).

Intorno al 1950 la ricostruzione poteva dirsi compiuta, dato che i valori di reddito pro capite avevano ormai raggiunto quelli del 1938. Secondo i sostenitori delle politiche governative, dapprima si era realizzato il « risanamento » tramite la compressione dei consumi, il freno alla spesa pubblica e la politica monetaria rigida; poi ci si era giovati dei massicci aiuti del piano Marshall per la parte in cui non erano stati destinati al semplice ripianamento dei deficit di bilancio. Carenti restavano le altre politiche a disposizione del governo per favorire la crescita. Solo a partire dal 1951 furono fatti passi verso una effettiva liberalizzazione del commercio con l'estero — per merito del ministro Ugo La Malfa, anche contro la volontà degli imprenditori abituati al protezionismo doganale (113) — che prepararono la strada a una più stretta integrazione con l'Europa. Sulle incertezze dei governi del tempo verso il mercato, e il prevalere di una mentalità burocratica e vincolistica, in continuità con il fascismo, si espresse nel 1955 uno dei protagonisti della politica economica dell'immediato dopoguerra, Epicarmo Corbino, accusato

(112) Alcuni passi del Country Study sull'Italia sono riprodotti in *Giovane critica*, cit., e in L. VILLARI, a c. di, *Il capitalismo italiano del Novecento*, cit., pp. 616-43. Sugli studi sull'argomento, cfr. C. DANEO, *La politica economica della ricostruzione 1945-1949*, Einaudi, Torino 1975, cap. VIII; A. GRAZIANI, *L'economia italiana dal 1945 a oggi*, il Mulino, Bologna 1979, p. 34. Su questi giudizi peraltro non vi è unanimità. Secondo Paolo Baffi, « la politica di rafforzare la lira prima di intraprendere un programma di espansione ha aiutato l'Italia ad evitare crisi di bilancia dei pagamenti negli anni successivi », e a partecipare dopo il 1950 al generale movimento di liberalizzazione del commercio internazionale (P. BAFFI, *L'evoluzione monetaria in Italia dall'economia di guerra alla convertibilità (1935-1958)*, in P. BAFFI, *Studi sulla moneta*, Giuffrè, Milano 1965, p. 279 e segg.).

(113) La Malfa fu ministro del commercio con l'estero nel 1951-53. I suoi discorsi in materia sono in U. LA MALFA, *La politica economica in Italia*, cit. parte II; cfr. anche P. J. COOK, *Ugo La Malfa*, cit., pp. 147-58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalle sinistre di eccessivo *laissez-faire* e costretto a dimettersi da ministro del tesoro nel '46. Dopo aver sottolineato che il liberismo del governo era stato un processo contrastato e alla fine abortito, Corbino conclude con un elogio della mano invisibile smithiana: « Per uno di quei miracoli che sono dovuti all'azione spontanea delle forze economiche, nei regimi retti dal principio della proprietà privata, dal caos di queste iniziative pubbliche e di questi controlli statali puramente teorici, è nato un ordine che, retto dall'individualismo più sfrenato, è stato uno degli elementi più notevoli del processo di ricostruzione » (114).

5.2. Ma contrariamente a quanto riteneva Corbino, in questi anni si ha una ripresa, timida e più sul versante intellettuale che politico, ma pur sempre constatabile, del concetto di piano. I problemi di gestione degli aiuti Marshall ebbero l'effetto di stimolare gli economisti italiani a riflettere circa i caratteri che un piano economico avrebbe dovuto avere nel contesto della ricostruzione in Italia e in Europa. Pasquale Saraceno abbozzò degli *Elementi per un piano economico 1949-52*, indicando come obiettivo principale quello di assorbire la disoccupazione, e offrendo spunti notevoli circa il collegamento fra i piani di settore e i piani territoriali regionali. Ma il piano Saraceno difettava nella quantificazione ed era basato su alcune previsioni circa la futura economia europea, che i fatti si incaricarono di smentire (115).

Per alcuni anni — anni peraltro decisivi — la sinistra aveva privilegiato parole d'ordine di immediata fruibilità politico-elettorale, come il « diritto al lavoro » e la lotta contro i monopoli e contro l'imperialismo. Dopo la sconfitta del '48, si fece strada un certo ripensamento. Un primo passo è costituito dal Piano del lavoro, lanciato dal segretario della Cgil Giuseppe Di Vittorio nel 1949 e presentato in un convegno a Roma all'inizio dell'anno seguente. Anche per la partecipazione di economisti non organici

(114) E. CORBINO, *L'economia*, in L. VALIANI-G. DE ROSA-P. CALAMANDREI-A. BATTAGLIA-E. CORBINO-E. LUSSU-M. SANSONE, *Dieci anni dopo*, Laterza, Bari 1955, p. 429.

(115) Per es., l'incapacità della Germania di riprendersi, la concorrenza proveniente dai paesi del blocco comunista, la frammentazione dei mercati europei occidentali. Il testo è in P. SARACENO, *Ricostruzione e pianificazione,* cit., parte III; brani anche in L. VILLARI, a c. di, *Il capitalismo italiano del Novecento*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al Partito comunista (116), il Piano ebbe una certa eco sulla stampa (il governo invece ne minimizzò il significato), in quanto in esso vi era un tentativo di collegare gli aspetti di gestione della politica economica nel breve-medio periodo a quelli di sviluppo nel lungo periodo.

L'obiettivo era infatti di assorbire la disoccupazione creando circa 700.000 posti di lavoro in tre-quattro anni, ma intervenendo nella struttura economica italiana attraverso la costituzione di tre enti pubblici: uno per l'energia elettrica (di cui si chiedeva la nazionalizzazione), uno per l'edilizia popolare e i lavori pubblici, uno infine per l'agricoltura e il Mezzogiorno (con annessa riforma agraria) (117). Per il finanziamento del piano, la Cgil aveva dichiarato che una parte del carico poteva essere accollata agli stessi lavoratori, con modeste ritenute sui salari. Il piano poteva definirsi genericamente keynesiano, dato il legame in esso fra spesa pubblica (specie in lavori pubblici), produzione di nuovo reddito e nuova occupazione. Ma il governo seppe con innegabile tempismo contrapporgli un altro programma di spesa e investimenti pubblici varato nello stesso tempo, comprendente la Cassa per il Mezzogiorno e la riforma fondiaria. Due riforme che indubbiamente scompaginarono il disegno delle sinistre di espandere il loro elettorato nel Sud, anche se dal punto di vista economico la Cassa non riuscì a promuovere una autonoma industrializzazione nell'Italia meridionale, ma solo a provocare un flusso di spesa pubblica di cui beneficiarono soprattutto le industrie del Nord; mentre la riforma fondiaria fallì nello scopo di vincolare i lavoratori alla terra e non impedì la spettacolare migrazione interna degli anni Cinquanta e Sessanta.

---

(116) La relazione principale fu affidata ad Alberto Breglia (1900-1955), un economista di formazione cattolico-liberale che nel '46 aveva però fatto dichiarazione di voto per il Pci. Breglia riprende la rappresentazione classica dell'economia come sistema circolare, in cui la produzione e il consumo produttivo interagiscono; dato un certo finanziamento iniziale, l'incremento di produzione da esso derivante avrebbe innescato un processo autoalimentantesi. Cfr. A. Breglia, *Il problema del finanziamento del Piano del Lavoro* (1950), in *Giovane critica*, nn. 34/35/36, 1973. Su di lui cfr. P. Sylos Labini, *L'opera scientifica di* A. Breglia *e il suo contributo alla ricostruzione*, in *Revue Internationale d'Histoire de la Banque*, nn. 24-25, 1982.

(117) Cfr. *Il piano del lavoro della CGIL 1949-1950*, Feltrinelli, Milano 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5.3. Un altro segno di disgelo è rappresentato dallo « schema Vanoni », dal nome del ministro del bilancio Ezio Vanoni, appartenente alla sinistra democristiana (118).

Lo schema (119) — elaborato in sede tecnica dai ricercatori della Svimez (120) — si ispirava al modello di Harrod, che collega fra loro il saggio di crescita (nelle tre accezioni di effettivo, garantito, naturale), la propensione keynesiana al risparmio e il rapporto capitale-prodotto dell'economia. Interessante è però che l'obiettivo dello schema non era il perseguimento di un certo saggio di crescita del reddito nazionale, ma quello del raggiungimento della piena occupazione, dato il mantenimento dell'attuale saggio di crescita. Nello schema infatti ci si proponeva di creare 4 milioni di posti di lavoro in dieci anni; il saggio di crescita del reddito nazionale era mantenuto al 5 per cento annuo, attraverso un consistente spostamento di reddito dal consumo al risparmio-investimento, e quindi attraverso una considerevole accumulazione. Lo schema Vanoni non era dotato di una strumentazione, e quindi rappresentava una specie di estrapolazione, di indubbia utilità per le scelte economiche, ma senza implicazioni nel senso della direzione da dare all'intervento pubblico.

---

(118) Su Vanoni (1903-1956), professore di scienza delle finanze a Venezia e a Milano, cfr. E. VANONI, *La politica economica degli anni degasperiani. Scritti e discorsi politici ed economici*, a c. di P. BARUCCI, Le Monnier, Firenze 1977; e l'antologia di A. MAGLIULO, *E. Vanoni. La giustizia sociale nell'economia di mercato*, Studium, Roma 1991 (su cui cfr. il dibattito su *Studium*, 1992, n. 6); G. VIGNA, *Ezio Vanoni. Il sogno della giustizia fiscale,* con pref. di A. CALOJA, Rusconi, Milano 1992 (buona biografia di taglio giornalistico). Molti interpreti di Vanoni di parte cattolica insistono nel presentare il griziottiano Vanoni (socialista in anni giovanili) come un esponente originale del cattolicesimo sociale, alla stessa stregua degli intellettuali dell'Università cattolica, quasi che i temi della equità e della finanza redistributiva siano appannaggio di una sola cultura. Più convincente il ritratto proposto da F. FORTE, *E. Vanoni, « economista pubblico »,* in *Economia internazionale*, maggio-agosto-novembre 1986 (n. spec. dedicato a Vanoni).

(119) Vedi il testo dello « Schema di sviluppo dell'occupazione e del reddito in Italia nel decennio 1955-64 » in Ministero del bilancio, *La programmazione economica in Italia*, vol. I, Sograro, Roma s.d., vol. I. Per una esposizione calata nel contesto politico del tempo, cfr. B. BOTTIGLIERI, *La politica economica dell'Italia centrista*, cit., pp. 254-63.

(120) L'associazione per lo sviluppo industriale del Mezzogiorno voluta da Rodolfo Morandi, che ne fu il primo presidente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo carattere « politicamente non impegnativo » (121) fu notato da Einaudi, che per questo motivo fu fra coloro i quali apprezzarono il « buon senso » (122) del piano, il suo valore pedagogico di contabilità dei sacrifici a cui sottoporsi: sacrifici, dovuti al fatto che non si poteva avere « la botte piena e la moglie ubriaca », come lo stesso Einaudi si esprimeva, cioè l'aumento dell'occupazione e quello dei consumi. Ma a sinistra suscitò obiezioni proprio il fatto che lo schema non indicava quale politica il governo avrebbe dovuto seguire per distribuire equamente il sacrificio in termini di compressione dei consumi (123).

Non ci risulta che abbia suscitato dibattito il tentativo compiuto dal ministro Pella di dar vita a un nuovo « schema organico di sviluppo dell'economia e del reddito », redatto da una commissione insediata nel 1961 (124).

---

(121) È una definizione dello stesso Vanoni: cfr. S. LOMBARDINI, *La programmazione. Idee, esperienze, problemi*, Einaudi, Torino 1967, p. 43.

(122) L. EINAUDI, *Di Ezio Vanoni e del suo piano* (1956) in L. Einaudi, *Prediche inutili*, n. ed., Einaudi, Torino 1972. Acutamente, Einaudi coglieva gli aspetti di « severità » del piano, nel senso della compressione dei consumi e della limitazione degli aumenti salariali. Se ne rendevano conto i pianificatori a oltranza? Einaudi apprezzava molto Vanoni come studioso e statista. Nenni afferma che nel '54 Einaudi avrebbe preferito Vanoni a Scelba come presidente del consiglio (P. NENNI, *Tempo di guerra fredda. Diario 1943-1956*, Sugar, Milano 1981, p. 619).

(123) Cfr. S. LOMBARDINI, *La programmazione,* cit., cap. I e II; cfr. anche A. MAGLIULO, *Ezio Vanoni*, cit. pp. 72-79. Una voce critica a sé va considerata quella del senatore a vita Pasquale Jannaccone. Per questo economista, la principale differenza fra i piani quinquennali sovietici e lo schema Vanoni è che i primi comprimono i consumi per accrescerli in un tempo successivo, mentre il secondo fa della compressione dei consumi un fine in sé. Cfr. P. JANNACCONE*, Scritti e discorsi opportuni ed importuni (1947-1955)*, Einaudi,Torino 1956, p. 251.

(124) La Commissione era presieduta da Giuseppe Ugo Papi. Cfr. il testo dello schema in *La programmazione economica in Italia*, cit., vol. II, Sograro, Roma 1967. Per le idee di Papi in materia cfr. anche G. U. PAPI, *Preliminari ai piani per il dopoguerra*, Istituto internazionale d'Agricoltura, Roma 1944, una raccolta di saggi che ammoniscono sulla difficoltà di effettuare calcoli economici precisi nel caso di qualsiasi intervento pubblico; e G. U. PAPI, *Teoria della condotta economica dello Stato*, Giuffrè, Milano 1956 (su quest'ultima opera cfr. *Per i 90 anni di G. U. Papi*, Istituto di economia e finanza, Facoltà di giurisprudenza, Università di Roma - Cassa di risparmio di Roma, Roma 1983).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Contributi accademici degli anni Sessanta: Di Fenizio, Saraceno, Fuà e Sylos Labini, Napoleoni.*

6.1. È dopo il 1960 che le forze di governo aprono alla programmazione, se non altro per ordinare una agenda fittissima di interventi che vanno dalla nazionalizzazione dell'industria elettrica alla riforma della scuola media, prodotti dalla nuova coalizione di centro sinistra. Mentre all'inizio il termine « programmazione » è usato con parsimonia (125), a un certo punto esso viene inflazionato, anche per la spinta proveniente dal susseguirsi di documenti ufficiali, forse più discussi che letti (126).

Fra gli economisti, un protagonista di questo nuovo interesse per la programmazione è un docente dell'università di Pavia, Ferdinando di Fenizio (1906-74), che sulla sua rivista, *L'industria*, mostra grande apertura culturale e sensibilità per le problematiche dell'epistemologia economica moderna, da Popper a Hayek, insolita nel panorama economico del tempo (127). Di Fenizio aveva avuto il merito storico di introdurre nel suo *Trattato di economia politica* una rigorosa presentazione del modello macroeconomico keynesiano.

---

(125) Non siamo riusciti a trovare un preciso riferimento ad essa nella raccolta di discorsi del presidente del consiglio Fanfani, pubblicati alla vigilia delle elezioni politiche dell'aprile 1963. Cfr. A. FANFANI, *Centrosinistra 1962*, Garzanti, Milano 1963.

(126) Essi sono nell'ordine: *Problemi e prospettive dello sviluppo economico italiano*, a) la Nota aggiuntiva del ministro del bilancio La Malfa alla *Relazione generale sulla situazione economica del Paese* del 1962, rist. in Ministero del bilancio, *La programmazione economica in Italia*, cit., vol. II; b) il *Rapporto del vice presidente della Commissione nazionale per la programmazione economica* (Saraceno) al ministro del bilancio Giolitti nel marzo 1964, *ibidem*; c) il *Progetto di programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965-69*, detto impropriamente « piano Giolitti », presentato alla Commissione per la programmazione economica nel giugno 1964, in Ministero del bilancio e della programmazione economica, *La programmazione economica in Italia*, cit., vol. IV; d) il documento con il medesimo titolo, presentato dal ministro del bilancio Pieraccini nel gennaio 1965, *ibidem*; e) il *Programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965-69*, presentato da Pieraccini e approvato dal consiglio dei ministri nel giugno 1965, in *La programmazione economica*, cit., vol. V; f) la legge 27 luglio 1967, n. 685 (su cui cfr. il commento economico-giuridico di A. PREDIERI, P. BARUCCI, M. BARTOLI, G. GIOLI, *Il programma economico 1966-70*, Giuffrè, Milano 1967). A quest'ultimo lavoro si rinvia per un puntuale raffronto fra i vari testi e per l'analisi dell'iter legislativo.

(127) Cfr. G. GAROFALO, *Un canale di penetrazione della teoria keynesiana in Italia: « L'Industria » 1945-1952*, in Aa. Vv., *Keynes in Italia*, cit., pp. 207-218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel trattato, intitolato *Le leggi dell'economia*, unico nel suo genere nella letteratura economica del nostro paese (a parte Pareto e, in qualche misura, Bresciani Turroni), vi è inoltre un continuo raffronto fra il metodo e i risultati applicativi raggiunti dai vari autori (128).

Politicamente un liberale non conservatore, allievo intellettuale di Einaudi con cui durante il fascismo fu in cordiale corrispondenza, Di Fenizio fu un esperto di previsioni economiche e un pioniere dell'applicazione in Italia di tecniche analitiche allora di avanguardia, come la funzione di produzione Cobb-Douglas e l'analisi input-output. La sua monografia *La programmazione economica* (129), più ancora che per l'analisi degli aspetti tecnici delle varie tipologie di programmazione (130), è apprezzabile tuttavia per l'originalità dell'approccio politologico seguito (131), che evidenzia il ruolo propositivo dei partiti politici e dei sindacati, e la funzione degli intellettuali — di cui gli economisti sono parte — come ispiratori dei programmi dei partiti e, insieme, interpreti delle istanze della società civile (istanze che, però, nel libro sono alquanto trascurate). Questo approccio consente a Di Fenizio di fare giustizia di molti slogan pro

(128) Cfr. F. Di Fenizio, *Le leggi dell'economia. Il metodo dell'economia politica e della politica economica*, II ed., L'Industria, Milano 1958; su Keynes cfr. soprattutto Id., *Le leggi dell'economia. La funzione del consumo*, II ed., L'Industria, Milano 1960, con una appendice su « La funzione del consumo quale comune campo di ricerca per economisti, sociologi e psicologi sociali ». Cfr. anche Id., *Le leggi dell'economia. Il sistema economico*, III ed., L'Industria, Milano 1960.

(129) Utet, Torino 1965. È il volume conclusivo della impegnativa collana Utet « Trattato italiano di economia », diretto da Gustavo Del Vecchio e Celestino Arena, già coinvolti nella « Nuova collana di economisti » dell'anteguerra.

(130) Di Fenizio è favorevole a una « programmazione indicativa con strumentazione », come la più compatibile con la realtà di un'economia di mercato. L'esistenza di una strumentazione (cioè di un sistema di vincoli e incentivi) ha lo scopo di far funzionare meglio il mercato, riducendone gli attriti e apportandovi i dovuti correttivi. Respinti invece sono i modelli di una programmazione senza strumentazione (che non si distingue da un semplice modello previsionale dell'economia), come pure, per ragioni di principio, da una programmazione normativa (in cui si introducono elementi di coazione sugli operatori), per Di Fenizio inficiata di socialismo. Quanto agli obiettivi di una programmazione in Di Fenizio, è da notare lo scarso rilievo attribuito al dualismo Nord-Sud.

(131) Nel volume troviamo frequentemente citati Aron, Duverger e altri noti sociologi politici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e contro la programmazione, slogan derivanti dalle esigenze propagandistiche ed elettorali dei partiti, dalle esigenze di mobilitazione dei sindacati, ma anche dalle complicate evoluzioni ideologiche del ceto degli intellettuali (132). Dietro la prosa fredda e distaccata, si avverte la passione civile dell'autore, che ritiene come il confronto sulla programmazione — di cui sottolinea la compatibilità con l'economia di mercato — consenta alla classe politica italiana di elevare decisamente il proprio livello.

Sensibile alla lezione di Pareto, Mosca ed Einaudi, Di Fenizio sente fortemente il problema dell'inadeguatezza della classe politica di fronte ai problemi irrisolti della società italiana, e insieme quello del rapporto fra teoria e prassi economica. Egli perciò auspica che nel delineare i suoi schemi logici, l'economista tenga conto dell'elemento ideologico, non-razionale (nel senso paretiano) che sta dietro la teoria, per esorcizzarlo e aiutare i politici nel loro lavoro (133).

6.2. Pur all'interno di una problematica ben inserita nel contesto internazionale, il dibattito sulla programmazione produsse tuttavia più calore che luce. Secondo una costante del dibattito politico italiano, le proclamazioni di principio prevalsero sugli argomenti concreti. Per la destra, la programmazione — salvo quella meramente indicativa, cioè senza strumenti di intervento — avebbe condotto inevitabilmente a una limitazione delle libertà individuali, data la sua natura « totalitaria ». Nella sinistra, vi era chi sosteneva che la programmazione era inefficace, finché si fosse limitata a una mera « concertazione » fra capitalismo privato e pubblico (134), tenendo fuori dalla concertazione i lavoratori; e chi, andando più in

(132) Che Di Fenizio, un po' come lo Schumpeter di *Socialismo, capitalismo e democrazia* (1942) tende a presentare in una luce sottilmente negativa.

(133) Cfr. le notazioni di L. LENTI, *Ricordo di Ferdinando di Fenizio*, in AA.VV., *Orizzonti temporali delle decisioni economiche*, Giuffrè, Milano 1976.

(134) Sottostante a questo giudizio è il concetto, presente nella lettatura economica comunista sia occidentale che sovietica degli anni cinquanta e sessanta, secondo cui l'imperialismo si sarebbe ormai evoluto verso il « capitalismo monopolistico di Stato », in cui il tradizionale conflitto fra pubblico e privato si sarebbe attutito a favore di una diretta gestione dell'economia da parte dei monopoli privati. Cfr. B. TRENTIN, *Le dottrine neocapitalistiche e l'ideologia delle forze dominanti nella politica economica italiana*, in AA. VV., *Tendenze del capitalismo italiano, Atti del convegno dell'Istituto Gramsci*, Editori riuniti, Roma 1962, vol. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

là, sosteneva che essa era il frutto di un « piano del capitale » teso a « razionalizzare » il sistema con un più scientifico sfruttamento della classe operaia (135).

Soltanto un'area intermedia laica e cattolica affrontò in modo realistico e appropriato il problema di dotare lo Stato di moderni strumenti di intervento, al di fuori della logica episodica e sovente clientelare con cui gli interventi erano stati realizzati nel periodo della ricostruzione (136).

È questo il terzo momento di Pasquale Saraceno come *grand commis* pubblico, dopo l'esperienza degli anni trenta all'Iri e quella degli anni quaranta e cinquanta con Vanoni (137). L'idea-forza di Saraceno, ribadita nei suoi numerosi scritti, era che la programmazione non dovesse essere confusa con una politica di nazionalizzazioni (138), ma dovesse consistere nel coordinamento dell'azione

(135) Tesi propagandate dalla rivista *Quaderni rossi*, fondata nel 1961 dal socialista di sinistra Raniero Panzieri (1921-64), traduttore del II libro del *Capitale* di Marx, ma legato soprattutto alla problematica del I libro, quella dell'appropriazione del pluslavoro relativo attraverso le macchine (cfr. *Sull'uso capitalistico delle macchine nel neocapitalismo* (1961), in R. Panzieri, *La ripresa del marxismo leninismo in Italia*, Sapere edizioni, Milano 1972).

(136) Oltre al repubblicano La Malfa — le cui considerazioni sull'esperienza della programmazione sono raccolte in *Intervista sul non-governo*, a c. di A. Ronchey, Laterza, Roma-Bari 1977 — dovremmo ricordare anche il ministro dei lavori pubblici democristiano Fiorentino Sullo, che non riuscì a realizzare un ambizioso progetto di pianificazione urbanistica per l'opposizione del suo stesso partito. Di Sullo cfr. *Il dibattito politico sulla programmazione economica in Italia dal 1945 al 1960*, in *Economia e storia*, 1960, n. 3. Fra i socialisti, un leader riformatore di allora è Antonio Giolitti, nipote dello statista, traduttore di Max Weber, ministro del bilancio nel 1963-64. Fra gli intellettuali riformatori spiccano Franco Momigliano (capo dell'ufficio studi della Olivetti e professore di economia industriale a Torino: *Sindacati, progresso tecnico, programmazione economica*, Einaudi, Torino 1967), Francesco Compagna (geografo economico, direttore di *Nord e sud*), Giorgio Ruffolo (segretario generale della programmazione: *La grande impresa nella società moderna*, Einaudi, Torino 1967), Francesco Forte (professore di scienza delle finanze, allievo di Griziotti: *Introduzione alla politica economica. Il mercato e i piani*, Einaudi, Torino 1964; *La strategia delle riforme*, Etas Kompass, Milano 1968).

(137) I due erano conterranei, coetanei e cognati. Cfr. M. Cavazza Rossi, P. L. Porta, C. Spagnolo, a c. di, *Biografie parallele. Pasquale Saraceno visto da Angelo Saraceno*, in *Economia pubblica*, marzo 1994.

(138) Alla nazionalizzazione dell'industria elettrica (1962) il centro sinistra non ne fece seguire altre. Sulla politica economica del centro sinistra cfr. la minuziosa ricostruzione di F. Forte, *La congiuntura in Italia 1961-65*, Einaudi, Torino 1966.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblica e dell'orientamento dell'azione privata ai fini della soluzione del più importante problema nazionale: quello del Mezzogiorno (139).

Non è questa la sede per una valutazione complessiva del pensiero di Saraceno. Sembra però ragionevole osservare che nel corso degli anni — e con il maturarsi della sua esperienza di consigliere governativo — la fiducia dell'economista valtellinese nell'efficacia dei programmi a breve-medio termine è andata scemando, di fronte alla necessità di impegnare l'azione pubblica per un lungo periodo, secondo un programma generale (il che naturalmente non toglie che sussistano programmi ad obiettivo circoscritto di durata inferiore) (140). A questo mutamento di opinione si aggiunge in Saraceno l'amarezza nel constatare che i numerosi documenti prodotti non avevano avuto che limitatissime applicazioni da parte dei governi che li avevano commissionati (141).

6.3. Mentre la riflessione di Saraceno è di tipo individuale, natura di ricerca di gruppo ha invece il documento presentato da altri due componenti il Comitato per la programmazione, Giorgio Fuà e Paolo Sylos Labini (142). Si tratta di un testo ancor oggi fondamentale per la comprensione dei caratteri squilibrati del « miracolo economico italiano » del decennio post-1950 e delle sue

(139) Accanto al nome di Saraceno va ricordato quello di Manlio Rossi-Doria (1905-1988), incarcerato e confinato come comunista durante il fascismo, poi fra i leader del Partito d'azione, che aggiorna l'insegnamento del suo maestro Giustino Fortunato, partendo dall'analisi delle diverse zone agrarie meridionali (la « polpa » delle colture pregiate della costa e l'« osso » dell'interno) ai fini di un'azione pubblica articolata. Rossi-Doria fu fra i critici dell'operato della Cassa per il Mezzogiorno perché burocratizzata e dominata dai partiti. Cfr. M. ROSSI-DORIA, *Dieci anni di politica agraria nel Mezzogiorno*, Laterza, Bari 1958. Su di lui cfr. *Manlio Rossi-Doria e le trasformazioni nel Mezzogiorno d'Italia*, Lacaita, Manduria 1999.

(140) Cfr. P. SARACENO, *La programmazione degli anni '70*, Etas, Milano 1970, *Premessa*.

(141) Cfr. P. SARACENO, *Esperienze di programmazione: 1944-1963* (1966), in P. SARACENO, *Studi sulla questione meridionale 1965-1975*, Il Mulino, Bologna 1992.

(142) G. FUÀ-P. SYLOS LABINI, *Idee per la programmazione economica*, Laterza, Bari 1963. Fra i nomi dei collaboratori alle singole sezioni, spiccano quelli di S. Cassese, S. Lombardini, G. Orlando e S. Rodotà.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contraddizioni, che vanno dall'esodo in massa dall'agricoltura (143) alle inefficienze della distribuzione commerciale, ai forti divari di produttività del lavoro nell'industria fra settori avanzati e arretrati.

Le finalità di un « programma a lungo termine » sono individuate come segue: a) piena ed efficiente occupazione delle risorse; b) redistribuzione territoriale delle attività produttive; c) crescita dei « consumi e servizi essenziali »; d) più equa distribuzione personale dei redditi e aumento della quota dei redditi da lavoro nella distribuzione funzionale; e) mantenimento di un alto saggio di crescita. La tesi degli autori è che « se il processo di sviluppo fosse lasciato a se stesso quel saggio potrebbe subire pericolose flessioni » (p. 39). Dunque le misure previste nel quadro della programmazione non sono intese come correttivi a uno sviluppo altrimenti squilibrato, ma garanzia del mantenimento dello sviluppo stesso.

Molto attento anche agli aspetti giuridici della programmazione, il testo presenta numerose indicazioni di settore (sulle licenze per le attività commerciali, sulla politica scolastica e la formazione degli insegnanti, ecc.), che inducono spesso a considerazioni amare su quanto non sia stato fatto nei decenni seguenti.

6.4. Di tutt'altra ispirazione è il contributo di un economista nutrito di cultura storica come Claudio Napoleoni (1924-1988). In linea con l'interpretazione gramsciana del sistema economico italiano come affetto da tare storiche, Napoleoni sottolinea in esso l'eccessivo peso della rendita. All'insufficiente accumulazione per effetto delle troppo alte rendite, che « mangiano » ricardianamente i profitti, fa riscontro un abnorme consumo improduttivo. Una riforma nel consumo, mediante lo spostamento dai consumi privati affluenti al consumo pubblico, è visto come obiettivo di lotta della classe lavoratrice, un obiettivo che Napoleoni situa al di sopra delle stesse rivendicazioni per più alti salari. È quello che Napoleoni intende per « riforme-grano », alludendo alla Anti-Corn Law League dei manchesteriani inglesi. Questa posizione di Napoleoni — e non poteva essere altrimenti — suscitò polemiche a sinistra, perché essa implicava una autodisciplina rivendicativa da parte dei sinda-

(143) Tale esodo ha aumentato la produttività per addetto, ma « in alcuni casi ha messo in crisi le strutture produttive », p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cati, in cambio di una « riforma nel consumo » (in pratica, una politica di spesa pubblica nei servizi sociali, nell'istruzione, nella sanità, ecc.) certo impopolare in un periodo in cui il miracolo economico aveva avvicinato per la prima volta le classi lavoratrici a un certo livello di consumo privato.

In quegli stessi anni, a cavallo fra gli anni sessanta e i settanta, Napoleoni rilegge il filone sottoconsumistico del pensiero economico classico, non certo per riproporre un ritorno alla società artigianale cara a un Sismondi, ma per individuare nell'irrazionalità del consumo il carattere fondante del capitalismo contemporaneo (144).

La partecipazione alla redazione e discussione dei vari piani economici, con l'accento che questi ponevano sull'esigenza di ridurre i consumi privati « opulenti » a favore dei consumi pubblici (sanità, istruzione, ecc.), rende Napoleoni sempre più convinto che è agendo sui consumi che anche il meccanismo accumulativo può essere orientato in direzione corrispondente agli interessi della collettività. Una specie di nazionalizzazione indiretta dei beni di produzione, ottenuta per vie diverse da quelle tradizionali rivoluzionarie, è alla portata del movimento operaio. In questa prospettiva i sindacati possono autolimitare le loro richieste di aumenti salariali: la contropartita che essi possono pretendere per la « tregua salariale » è di poter contribuire a decidere dell'indirizzo degli investimenti (145).

Quanto questa proposta — in sé paradossale, se si pensa che è stata lanciata all'inizio di una fase di crescita delle rivendicazioni salariali, sfociata nell'« autunno caldo » del 1969 — fosse pensata dal suo autore come una effettiva piattaforma politica, e quanto come una semplice istanza pedagogica per addestrare il movimento

(144) Cfr. C. NAPOLEONI-L. COLLETTI, a c. di, *Il futuro del capitalismo: crollo o sviluppo?*, Laterza, Bari 1970.

(145) Cfr. C. NAPOLEONI, *Significato e prospettive di una tregua salariale*, in *La rivista trimestrale*, n. 10, 1964. Napoleoni peraltro si affretta ad aggiungere che, in assenza di una politica di programmazione che consenta ai lavoratori di contribuire a determinare l'indirizzo degli investimenti, il sindacato avrebbe dovuto riprendere la sua piena autonomia, e rifiutare una « politica dei redditi » che a questo punto si riduceva a politica di contenimento dei soli salari: C. NAPOLEONI, *Politica dei redditi e programmazione*, in *La rivista trimestrale*, nn. 17-18, 1966.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

operaio a compiti di governo, è difficile dire. È certo però che l'insistere sulla direzione da dare ai consumi, implicando un giudizio totalmente negativo verso la società opulenta e il rischio che anche la classe operaia se ne facesse coinvolgere, perdendo ogni spirito antagonistico verso il capitalismo, ispirò non poco la linea di « severità » del Partito comunista di Enrico Berlinguer, che non a caso si servì, come consigliere, di uno dei più stretti collaboratori di Napoleoni, il condirettore della *Rivista trimestrale* Franco Rodano.

La relazione fra consumi, bisogni ed essenza umana domina la riflessione di Napoleoni. In effetti, nonostante qualche interprete si sia sforzato di suddividere la sua opera in varie fasi fra loro ben distinte se non contrapposte (146), si può dire che il nucleo della sua riflessione stia qui: come rendere l'economia politica una scienza che serva a far conseguire all'uomo la sua autentica umanità.

7. *Conclusioni.*

La parabola della programmazione nei termini in cui essa venne posta negli anni sessanta sembra oggi conclusa, e non da poco tempo. Di più, sembra definitivamente conclusa la stessa stagione intellettuale che, partendo dal contrasto fra liberisti e interventisti di inizio secolo, arriva fino a questi ultimi decenni. All'intervento statale per mezzo di enti pubblici si è sostituito il controllo delle regole di mercato tramite autorità indipendenti (147), che pone problemi nuovi, che non possiamo qui affrontare, come non possiamo affrontare i problemi più generali dei rapporti fra legislazione economica nazionale e legislazione comunitaria nel quadro dell'unità europea. Le nuove realtà istituzionali, e il mutato contesto

(146) R. Bellofiore, *Quale Napoleoni*, in *Il pensiero economico italiano*, 1993/2, ne elenca addirittura quattro (o cinque): la fase smithiana, quella ricardiana, quella schumpeteriana, l'intermezzo heideggeriano e la fase marcusiana. Dove impressiona che non vi sia una fase marxiana né una sraffiana, in omaggio ad autori che hanno avuto su Napoleoni ben altro peso di Smith e Schumpeter. Ma le « fasi » possono al più significare una differenza di accenti con cui il medesimo problema — l'analisi del capitalismo e il modo per uscirne — è stato trattato.

(147) Sulle implicazioni di questo passaggio cfr. la recentissima analisi giuridica — ma con molti spunti rilevanti per l'economista e lo storico delle istituzioni — di F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturale, segnato dalla magica parola « globalizzazione », ci sembra si muovano ormai al di fuori della tradizione italiana di economia politica, animata da una forte tensione etica e vivacemente interessata al rapporto teoria-prassi entro una realtà geograficamente limitata e fortemente caratterizzata da squilibri e contrasti interni. Partendo da questi limiti e da questi contrasti Pantaleoni, Pareto, Einaudi, Bresciani Turroni, come pure — con accenti evidentemente diversi — alcuni corporativisti ritenevano che le leve dell'economia dovessero essere sempre governate da una mente politica, e che si dovesse sempre trovare la forza di elevarsi al di sopra degli interessi particolari, pur ineliminabili, per raggiungere una sintesi superiore. La parentesi corporativa, pur fra gli equivoci derivanti dalla natura totalitaria del fascismo, fu una valvola di sfogo per consentire un raffronto fra progetti economici diversi che obbedivano alla comune e sentita esigenza di sottoporre l'economia alle esigenze della collettività comunque definita.

Queste aperture, peraltro, hanno dovuto combattere con il doppio provincialismo di chi restava arroccato su posizioni di *laissez-faire* non troppo diverse da quelle di un Francesco Ferrara, e di chi era teso al recupero di un'economia storicistica e moraleggiante, anch'essa di stampo ottocentesco. Molti liberisti e molti corporativisti mostrano chiusura internazionale. Il caso di Keynes, osteggiato dichiaratamente dai primi, ma pressoché ignorato dai secondi, è esemplare in proposito. Il travagliato dibattito sulla programmazione « democratica » del dopoguerra scontò forse il peso di questa eredità ideologica. Ora che anche il nome di Keynes appartiene al passato (ma ne siamo proprio convinti?), forse è arrivato il tempo della rivisitazione complessiva di un'intera epoca storica secondo il necessario distacco critico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO COSTA

LO 'STATO TOTALITARIO': UN CAMPO SEMANTICO NELLA GIUSPUBBLICISTICA DEL FASCISMO

1. Cenni introduttivi. — 2. La determinazione del campo semantico 'totalitario'. — 3. 'Stato totalitario' e 'Stato di diritto'. — 4. 'Stato totalitario' e 'rappresentanza'. — 5. 'Stato totalitario' e 'Stato etico'. — 6. 'Stato totalitario' e 'partito'. — 7. 'Stato totalitario' e 'corporazione'. — 8. 'Stato totalitario' e 'gerarchia'. — 9. 'Stato totalitario' e 'regime'. — 10. 'Stato totalitario' e individuo. — 11. La 'destrutturazione' del campo semantico 'totalitario' negli anni Quaranta. — 11.1. 'Stato di diritto' vs. 'Stato totalitario'? Il 'principio di legalità'. — 11.2. La ridefinizione del soggetto individuale. — 11.3. Il 'totalitarismo' fascista nello specchio dell'assemblea costituente.

1. *Cenni introduttivi.*

Il 'totalitarismo' è una categoria con la quale deve fare i conti chiunque si occupi di storia del Novecento: applicato (congiuntivamente o disgiuntivamente) alla Germania hitleriana, alla Russia staliniana, all'Italia fascista, il concetto di 'totalitarismo' si propone (pur nella varietà delle interpretazioni cui si è prestato) come uno schema capace di cogliere gli elementi caratterizzanti dei regimi cui si riferisce. È un concetto la cui complessità e varietà di impieghi dipendono in modo rilevante dalla lunga storia che esso ha ormai alle spalle. Diffusosi fra l'Italia e la Germania negli anni Venti e soprattutto negli anni Trenta, il termine 'totalitarismo' (con le altre espressioni da esso derivate o con esso collegate) viene successivamente impiegato in contesti e periodi molto diversi: è utilizzato (tanto per fare un esempio celebre) da Franz Neumann nel '42 per cogliere le caratteristiche salienti del nazionalsocialismo (1), assume negli anni Cinquanta una valenza più ampia proponendosi come un

(1) F. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Feltrinelli, Milano 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'tipo ideale' capace di mettere in luce le analogie strutturali esistenti fra regimi per molti aspetti profondamente diversi, quali il fascismo, il nazionalsocialismo, il comunismo staliniano (2), viene infine preso di nuovo in esame nel dibattito più recente per valutare se esso, esauritosi il pathos politico-ideologico che lo connotava negli anni della 'guerra fredda', possa svolgere un'utile funzione analitica o costringa piuttosto la varietà dei contesti storici in un modello troppo rigido e formale (3).

Quali che siano le determinazioni storico-concettuali della nozione di 'totalitarismo' e le operazioni storico-ermeneutiche da essa rese possibili, restano in ogni caso comuni ai pur diversi approcci cui prima sommariamente mi riferivo un'esigenza conoscitiva e un'ipotesi: l'esigenza è individuare gli elementi 'realmente' caratterizzanti

---

(2) A partire dalla celebre e discussa opera di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Ed. di Comunità, Milano 1967, e a seguire con i lavori di C. J. FRIEDRICH (cfr. B. SEIDEL, S. JENKNER, a cura di, *Wege der Totalitarismus-Foschung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968) e di J. L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (1961), Il Mulino, Bologna 1977.

(3) Cfr. K.D. BRACHER, *Zeitgeschichtlliche Kontroversen. Um Faschismus, Totalitarismus, Demokratie*, Piper, München 1984; J. PALOMBARA, *Totalitarismo: alcune persistenti confusioni concettuali*, in *Teoria politica*, II, 1, 1986, pp. 43-67; D. FISICHELLA, *Totalitarismo: un regime del nostro tempo*, NIS, Roma 1987; A. GLEASON, *Totalitarianism*, Oxford University Press, Oxford 1995; F. S. TRINCIA, *Filosofi e totalitarismi in Italia e in Germania*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 1,1996, pp. 217-68; W. WIPPERMANN, *Totalitarismustheorien: die Entwicklung der Diskussion von den Anfängen bis heute*, Primus, Darmstadt 1997; A. SÖLLNER, R. WALKENHAUS, K. WIELAND (a cura di), *Totalitarismus. Eine Ideengeschichte des 20. Jahrhunderts*, Akademie Verlag, Berlin 1997 (ivi in particolare saggi di SÖLLNER, R. WALKENHAUS, U. RÖDEL, K. FISCHER); D. WIELSCH, *Totalitarismustheorie revisited…*, in *Rechtshistorisches Journal*, 17, 1998, pp. 60-78; L. SCHULZ, *Totalitarismus, politische Religion und politische Theologie. Anmerkungen zu einem Forschungsprogramm*, in *Rechtshistorisches Journal*, 17, 1998, pp. 79-101; S. MEZZADRA (a cura di), *Totalitarismo, storia del Novecento e identità tedesca*, in *Ricerche di storia politica*, II, 1, 1999, pp. 63-78. Un importante analisi del totalitarismo si trova in *Filosofia politica*, XI, 1, 1997, pp. 5-79 (ivi saggi di V. DINI, C. GALLI, M. TARCHI). Per un confronto fra diversi regimi (in ipotesi) 'totalitari' cfr. W. WIPPERMANN, *Europäischer Faschismus im Vergleich (1922-1982)*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983; K. D. BRACHER, L. VALIANI, *Fascismo e nazionalsocialismo*, Il Mulino 1986; E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1994; E. COLLOTTI, *Il fascismo nella storiografia. La dimensione europea*, in A. DEL BOCA, M. LEGNANI, M.G. ROSSI (a cura di), *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Laterza, Bari 1995, pp. 17-44; M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo*, Bruno Mondadori, Milano 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uno o più assetti politico-sociali (il fascismo, il nazionalsocialismo, il bolscevismo) e l'ipotesi è che la categoria di 'totalitarismo' possa servire (come 'tipo ideale' o come 'modello') a cogliere il senso o la struttura dei diversi regimi.

Il problema con il quale intendo confrontarmi appartiene invece ad un diverso ordine di domande: ha a che fare non con la 'realtà' ma con la 'rappresentazione'. Non mi servirò della categoria di 'totalitarismo' per tentare di caratterizzare globalmente il regime fascista; nemmeno presupporrò la natura 'totalitaria' (in un qualche significato del termine) del fascismo per interrogarmi sulle modalità di attuazione del suo progetto di governo della società — un problema (di grande rilievo storiografico) affrontabile mettendo a frutto le ricerche che in tempi relativamente recenti si sono soffermati sulle tecniche e sulle istituzioni deputate alla formazione del consenso, dai mezzi di comunicazione di massa (4) alle istituzioni dopolavoristiche (5), al partito (6), all'organizzazione della cultura (7). Mi muoverò in una zona molto più circoscritta: non uscirò dal circolo delle strategie retoriche adottate da un sapere specialistico — la giuspubblicistica — e tenterò di capire in che modo il lessico 'totalitario' incida sull'immagine 'tradizionale' dello Stato. Non intendo insomma chiedermi se e in che modo e fino a che punto il fascismo dette vita ad un esperimento 'totalitario' (in un qualche senso del termine); vorrei solo tentare di capire in che senso una élite intellettuale — il ceto dei giuristi — ha fatto uso di 'totalitarismo' (e

(4) Ph. V. Cannistraro, *La fabbrica del consenso. Fascismo e mass media*, Laterza, Roma-Bari 1975.

(5) V. Di Grazia, *Consenso e cultura di massa nell'Italia fascista. L'organizzazione del dopolavoro*, Laterza, Roma-Bari 1981.

(6) P. Pombeni, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Il Mulino, Bologna 1984; E. Gentile, *Storia del partito fascista. Movimento e milizia*: *1919-22*, Laterza, Roma-Bari 1989.

(7) L. Mangoni, *L'interventismo della cultura. Intellettuali e riviste del fascismo*, Laterza, Bari 1974; M. Isnenghi, *Intellettuali militanti e intellettuali funzionari. Appunti sulla cultura fascista*, Einaudi, Torino 1979; M. Isnenghi, *L'educazione dell'italiano. Il fascismo e l'organizzazione della cultura*, Cappelli, Bologna 1979; G. Turi, *Il fascismo e il consenso degli intellettuali*, Il Mulino, Bologna 1980; G. Belardelli, *Il fascismo e l'organizzazione della cultura*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia, 4., Guerra e fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 441-500.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle espressioni connesse) per connotare il tipo di regime che essa veniva descrivendo e celebrando.

Mentre la 'grande domanda' sul totalitarismo assume il 'totalitarismo' come categoria storico-ricostruttiva per indagare la 'realtà', la mia 'piccola domanda' non esce dal circolo delle immagini che il regime fascista ha prodotto su se stesso: immagini che, se per un verso rinviano ad un complicato gioco di legittimazioni incrociate (dove un ceto professionale legittima se stesso offrendo al regime le prestazioni 'legittimanti' del proprio sapere specialistico), per un altro verso si sviluppano secondo logiche e connessioni che devono essere ricostruite attraverso una lettura immanente dei testi.

2. *La determinazione del campo semantico 'totalitario'.*

Quali siano le origini in Italia delle espressioni connesse al termine 'totalitarismo' sembra accertato grazie ad una ricerca ormai piuttosto risalente nel tempo (8) ma sostanzialmente confermata dalla storiografia successiva: non è la letteratura fascista, ma sono gli scritti dei militanti antifascisti ad inventare il termine 'totalitarismo'; i fascisti se ne appropriano successivamente, trasformando un'espressione denigratoria nell'orgoglioso contrassegno di una nuova ed originale identità politica.

È Amendola che, secondo Petersen, usa per la prima volta l'espressione 'totalitario' in un articolo pubblicato su « Il Mondo » del 12 maggio 1923: per Amendola è totalitario il sistema di governo fascista in quanto ispirato al principio del dominio assoluto della maggioranza e della conseguente emarginazione o eliminazione della minoranza (9); è totalitaria, per Sturzo che scrive nel « La rivoluzione liberale », la tendenziale unificazione fra Stato e partito; è totalitaria, ancora per Amendola, la violazione dello spirito e della lettera del vigente ordinamento costituzionale (10); è infine espressione di 'totalitarismo', sempre per Amendola, la volontà (caratteristica tanto del comunismo quanto del fascismo) di cancellare il liberalismo e la

(8) J. PETERSEN, *La nascita del concetto di « Stato totalitario » in Italia*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », I, 1975, pp. 143-68.

(9) *Ivi*, p. 157.

(10) *Ivi*, p. 159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

democrazia imponendo l'assoluto predominio del partito, del governo, dello Stato (11).

Sono eloquenti le testimonianze raccolte da Petersen: gli antifascisti (i Gobetti, gli Amendola, gli Sturzo) avvertono il pericolo che minaccia la democrazia e ne raccolgono i tratti più preoccupanti nell'inedita espressione 'totalitarismo'. Che cosa però esattamente intende la pubblicistica antifascista con questo termine? Si ha la sensazione che l'espressione che essa introduce costituisca una sorta di calco in 'negativo' della democrazia parlamentare: è 'totalitario' ciò che viola le regole essenziali di quell'assetto costituzionale, attaccando la divisione dei poteri, la pluralità dei partiti, il meccanismo rappresentativo. È certo lucida, soprattutto in Amendola, la percezione dell'inquietante novità del fascismo, la convinzione di trovarsi di fronte ad un fenomeno non riconducibile ad un semplice, e storicamente sperimentato, irrigidimento della forza repressiva dello Stato: di qui l'esigenza di ricorrere ad un neologismo che però, se per un verso testimonia la volontà di introdurre un nome tanto nuovo quanto la 'cosa' cui si riferisce, per un altro verso tende ad appoggiarsi a forme 'collaudate' di deviazione dalla teoria e dalla prassi liberal-costituzionali.

L'implicito modello di riferimento è in sostanza la dittatura, concepita secondo i canoni caratteristici della tradizione liberale: la dittatura come una deviazione eccezionale dalle norme costituzionalmente vigenti, come una sospensione 'patologica' (e auspicabilmente provvisoria) delle libertà fondamentali (12). Se questo è il senso del lessico 'totalitario' che i fascisti ricevono come involontario dono dalle mani della pubblicistica liberale, il suggestivo neologismo che essi ora si trovano a maneggiare rischia di essere, se non una scatola vuota, certo un ancora debole contrassegno di identità. Si comprende che possa venire adottato da Mussolini a partire dalla svolta del '25 per segnare la rottura ormai decisa ed incolmabile con il vecchio arsenale liberal-democratico: resta però ancora largamente impregiudicata la determinazione 'positiva' del nuovo concetto.

È nel corso degli anni Trenta che il lessico 'totalitario' prende ad

(11) *Ivi*, pp. 162-63.

(12) Cfr. E. Nolte, *Diktatur*, in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Klett, Stuttgart 1972, vol. I, pp. 900-924,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere insistentemente usato dalla giuspubblicistica: usato però cursoriamente piuttosto che tematizzato ed impiegato come uno strumento capace di cogliere le caratteristiche originali del regime fascista. Solo alla fine del decennio compaiono alcuni saggi esplicitamente dedicati alla messa a punto del concetto di 'Stato totalitario', significativi se non altro perché, collocati quasi al termine del ventennio, possono avvalersi di un'ormai lunga riflessione giuspubblicistica sulle istituzioni del regime. È da questi saggi che conviene quindi partire per essere informati sulla fitta rete di connessioni e di contrapposizioni di cui si compone il campo semantico sviluppatosi intorno allo 'Stato totalitario' (13).

Per Agresti (14) lo 'Stato totalitario' è una categoria ancora nuova e bisognosa di precise definizioni. Occorre guardarsi dal confondere il carattere 'totalitario' dello Stato con il suo carattere 'autoritario'. 'Totalitario' è lo Stato in ragione del peculiare rapporto che esso viene a stringere con i soggetti: un rapporto che, se per un lato evoca ancora il tradizionale problema dei diritti soggettivi e degli interessi (15), per un altro verso ruota intorno al problema del consenso e della sua formazione, che non viene abbandonata al gioco spontaneo di gruppi o partiti fra loro in conflitto ma viene assunta direttamente dallo Stato e riconosciuta come un suo compito essenziale. La frattura fra l'obbedienza e la coscienza individuale, corrente nello Stato liberale, diviene inammissibile nello Stato totalitario che è tale in quanto riesce a ottenere dai singoli e dai gruppi sociali un pieno 'riconoscimento', una convinta adesione alla sua volontà.

Lo 'Stato totalitario' implica quindi un riferimento diretto alla condizione dei soggetti e al tipo di 'incontro' che si intende realizzare fra l'individuo e la comunità politica: esso deve fare i conti con il problema dei diritti, ma soprattutto esigere il consenso attivo dei soggetti; non può fondarsi sulla semplice 'apatia', sull'obbedienza meccanica dei sudditi, ma ha bisogno di un'adesione convinta e

(13) Un documentato contributo in E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995.

(14) A. AGRESTI, *Sui caratteri dello Stato totalitario*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXXII, 1940, pp. 458-75.

(15) *Ivi*, pp. 461 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partecipe, suscitata e guidata da un'attenta orchestrazione propagandistica (16). Fondato sull'elisione del dualismo e sul superamento del contrasto fra ordine 'oggettivo' e soggetti, lo 'Stato totalitario' viene quindi, da un lato, associato allo 'Stato etico', mentre, dall'altro lato, viene posto in un rapporto di negazione o di superamento con lo 'Stato di diritto', nella misura in cui suggerisce un diverso ordine di priorità nel rapporto fra interesse pubblico, legge e diritti soggettivi (17).

Proteso verso la società per annullare o ridurre al minimo la distanza con i soggetti, lo 'Stato totalitario' presuppone una diversa organizzazione delle forze sociali e politiche: esso dipende in particolare da un partito che ha rotto i ponti con il pluralismo della democrazia ed è uscito vittorioso da una lotta che non poteva che condurre alla cancellazione degli avversari politici. Se dunque secondo un'unanime opinione lo 'Stato totalitario' rinvia necessariamente al partito (e ad un partito 'di tipo nuovo'), non sembra però vero il reciproco, la coincidenza cioè del campo semantico 'totalitario' con l'asse 'Stato-partito': altre immagini intervengono, sottolineando profili diversi di quel rapporto 'Stato-società' che costituisce il referente generale del lessico 'totalitario'.

Emerge per questa via l'espressione 'democrazia organizzata' (18): nella misura in cui l'esperimento 'totalitario' realizza la coincidenza di Stato e società, nella misura in cui la società si immedesima nello Stato attraverso una rete di istituzioni che la organizzano e la inseriscono nell'ordine statuale, appare plausibile l'uso del termine 'democrazia', una democrazia 'organica' (strutturata, anti-individualistica), radicata in quell'apparato corporativistico che gradualmente si era venuto realizzando (a partire dalla legge del '26) e aveva prodotto effetti di immediata rilevanza politico-costituzionale nel '39, con l'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni.

Se poi si vuole racchiudere in un concetto giuridicamente

(16) G. Lucatello, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I, Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1940, pp. 583-85.

(17) Cfr. G.D. Ferri, *Sui caratteri giuridici del regime totalitario*, Cremonese, Roma 1937, pp. 64 sgg.; G. Lucatello, *Profilo giuridico*, cit., p. 578.

(18) *Ivi*, p. 581.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pregnante il nuovo rapporto fra Stato e società postulato dal 'totalitarismo' si ricorre al termine di 'rappresentanza' (19): anch'essa (non diversamente da 'democrazia') viene attratta in un campo semantico che si struttura facendo gravitare intorno al suo 'centro' (appunto lo 'Stato totalitario') i principali lemmi della tradizione politico-costituzionale. Nello stesso tempo, però, i significati che i termini 'tradizionali' assumono nell'inedito esperimento 'totalitario' proiettano una nuova luce sulla configurazione stessa dello Stato: il 'totalitarismo' viene allora a connettersi con il problema delle forme di Stato e implica l'analisi del nuovo e determinante ruolo del governo e del capo del governo (20).

Alla fine degli anni Trenta in Italia non mancano dunque tentativi (21) di mettere a punto un concetto di 'totalitarismo' capace di porsi come elemento di raccordo dei tratti caratteristici dell'esperimento politico-giuridico del fascismo. Non è quindi casuale che proprio nel '38 sia ospitato e tradotto nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* un contributo di Gerhard Leibholz, esplicitamente dedicato all'analisi dello 'Stato totalitario' (22).

Leibholz aveva seguito già nel decennio precedente la traiettoria ascendente del fascismo dedicando ad esso un'analisi non superficiale (23). Fondato sul dogma dell'identità fra Stato e nazione, rafforzato ideologicamente dall'apporto dei nazionalisti, il fascismo, per Leibholz, imputa congiuntamente al liberalismo e alla democrazia parlamentare la dissoluzione 'atomistica' dell'ordine politico-sociale e propone un diverso « metodo di integrazione »: il controllo delle masse attraverso la capillare 'presenza' dello Stato nella società (24). La conciliazione fra capitale e lavoro, il nuovo ordinamento sindacal-corporativo passano attraverso la riconduzione della società allo Stato. Lo Stato però viene a sua volta ripensato in modo da porre in evidenza la centralità della funzione del governo e far

(19) Cfr. G.D. FERRI, *Sui caratteri giuridici*, cit., pp. 40 sgg.; pp. 54-55.

(20) *Ivi*, pp. 59 sgg.

(21) Cfr. E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 203 sgg.

(22) G. LEIBHOLZ, *Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, XVIII, 1938, pp. 1-40.

(23) G. LEIBHOLZ, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, de Gruyter, Berlin 1928.

(24) *Ivi*, pp. 12 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergere, conclusivamente, il ruolo del duce e il suo carisma. Se quindi, da un lato, il fascismo è una nuova tecnica di integrazione sociale, dall'altro lato esso è definibile come una dittatura fondata plebiscitariamente (25).

L'interesse per il fascismo è peraltro diffuso nella pubblicistica tedesca degli anni Venti: oltre Leibholz, valgano gli esempi di Heller, che analizza ripetutamente le vicende italiane (26), e di Schmitt, che non manca di riferirsi cursoriamente al fascismo e a Mussolini (27). L'attenzione al fascismo non risponde ad una generica curiosità: si tratta di capire il senso e gli esiti di una crisi — la crisi della democrazia parlamentare e degli equilibri sociali e politici sui quali si fondava — che in Italia, ma non ancora in Germania, ha trovato una sua soluzione; ed è proprio nel momento in cui la repubblica weimariana giunge alla sua convulsione finale che Leibholz torna a riflettere organicamente sulle radici della crisi rapportando ad essa le forme che lo Stato tende ad assumere (28).

Leibholz fa propria l'alternativa, corrente in quegli anni, fra 'Stato autoritario' e 'Stato totale' (29): il problema per lui è proprio capire « se la futura forma di Stato si strutturerà in senso (solamente) autoritario, rispettando sostanzialmente il patrimonio di libertà degli ultimi secoli, oppure anche totale » (30). Creare lo 'Stato autoritario' significa valorizzare il dominio, la gerarchia, il rapporto di superio-

(25) *Ivi*, pp. 22 sgg.

(26) Al fascismo Heller dedica ripetuti interventi. L'analisi più organica è H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, a cura di C. AMIRANTE, Giuffrè, Milano 1987, pp. 45-203. Cfr. I. STAFF, *Italien und der Faschismus. Ein Beitrag zu Hermann Hellers Faschismus-Interpretation*, in Ch. MÜLLER, I. STAFF (a cura di), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Nomos, Baden-Baden 1984, pp. 443-63.

(27) Un esempio dell'interesse schmittiano per Mussolini e l'impiego del 'mito' in C. SCHMITT, *Die politische Theorie des Mythus* (1923), in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 9-18.

(28) G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Giuffrè, Milano 1996.

(29) È ricorrente nella Germania fra anni Venti e Trenta il riferimento allo Stato 'totale' e al rapporto con lo Stato 'autoritario', da Schmitt a Forsthoff, a Ziegler. Cfr. S. BREUER, *La rivoluzione conservatrice*, Donzelli, Roma 1995. Cfr. le osservazioni di G. PRETEROSSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996.

(30) G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia*, cit., p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rità e di subordinazione, il nesso fra autorità ed obbedienza; significa porre di nuovo in primo piano il momento della decisione politica superando le lentezze e le incertezze « dell'‘eterno dialogo parlamentare' » (31), ricuperare il ruolo politico-sociale delle disuguaglianze, dare spazio al governo e rendere costituzionalmente possibile una sua presenza forte ed attiva.

Lo Stato totale risponde invece ad un progetto più innovativo e più ambizioso: non si esaurisce nel semplice rafforzamento dell'esecutivo e nel ripristino del principio di autorità, ma introduce un diverso regime di rapporti fra la comunità politica e i suoi membri. Lo Stato totale « tende ad ampliare progressivamente le sue competenze sovrane, e ad inglobare, per quanto possibile, tutti gli ambiti dell'esistenza nella sfera statale-politica ». L'accento si sposta dall'individuo alla totalità socio-politica: è la « legge della polis » che domina sovrana e persegue l'obiettivo di « una politicizzazione il più possibile totale ». Non è la risurrezione dell'antico Stato di polizia, ma il nuovo Stato legato alla crisi del liberalismo e all'avvento della società di massa: « è la massa emancipata dall'individuo a rappresentare il processo di politicizzazione totale » (32). Resta da capire quale forma uno Stato legato all'integrale politicizzazione degli ambiti di vita debba darsi. Si potrebbe immaginare, in prima approssimazione, una drastica alternativa fra democrazia e dittatura, ma Leibholz inclina a mettere in evidenza i legami che a suo avviso collegano la seconda alla prima: lo Stato totale si realizza come dittatura ma, nel momento in cui abbatte la rappresentanza liberal-parlamentare, cerca una nuova legittimità in una fondazione democratico-plebiscitaria del suo potere e trae forza dalla 'mobilitazione generale' contro l'avversario politico (33).

Leibholz sta consapevolmente utilizzando concetti elaborati da Carl Schmitt fra gli anni Venti e i primi anni Trenta: il nesso dittatura-democrazia (e la loro comune incompatibilità con il 'parlamentarismo') (34), da un lato, e il concetto di 'Stato totale',

(31) *Ivi*, p. 78-79.
(32) *Ivi*, pp. 85-86.
(33) *Ivi*, pp. 94-98.
(34) Cfr. C. SCHMITT, *La dittatura* (1921), Laterza, Roma-Bari 1975 e C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), Duncker & Humblot, Berlin 1991[7].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'altro lato. 'Stato totale' per Schmitt è una formula che intende diagnosticare la radice della crisi irreversibile della società liberale. Lo Stato liberale è uno stato dualistico, neutrale, non interventista, legislativo: è cioè uno Stato fondato sulla netta separazione dalla società, uno Stato che non prende posizione sulle scelte 'private' (culturali, etiche, religiose) dei cittadini, non interviene sui processi di produzione e di scambio, fa della legge il fondamento dei diritti e del parlamento il custode della costituzione (35). Questo modello è stato ormai sostituito, nell'attuale « Massendemokratie », da un regime caratterizzato dalla tendenza contraria, da una crescente commistione, da una tendenziale indistinzione, fra Stato e società: Stato e società sono ormai coestensivi, i problemi sociali sono problemi politici (e viceversa), le tendenze politiche e gli interessi si organizzano, danno luogo agli attuali partiti che « sono la società stessa divenuta Stato dei partiti »; una volta che lo Stato è divenuto « l''auto-organizzazione della società' », « la società che si organizza da sé in Stato passa dallo Stato neutrale del liberale secolo XIX ad uno Stato potenzialmente totale » (36).

Espressione della perdita di distinzione fra Stato e società, lo 'Stato totale' è la condizione di uno Stato preso in ostaggio da una società dominata dalla politicizzazione 'totale' di forze contrapposte, dai loro conflitti e dai loro accordi. Accanto a questa valenza, che Schmitt chiama 'quantitativa', dello 'Stato totale' esiste però anche la valenza 'qualitativa': ovvero il potenziale 'interventista' che allo Stato conferiscono i nuovi sviluppi della scienza e della tecnica rendendo possibile un controllo dell'opinione pubblica prima impensabile. Se dunque lo 'Stato totale' indica la sopravvenuta esautorazione della distinzione fra Stato e società, questo fenomeno può essere in realtà giocato in direzioni opposte a seconda che ci si muova ancora al riparo di un 'parlamentarismo' di facciata o si tenga invece conto delle nuove forme di legittimazione caratteristiche della società di massa.

Di stretta attualità agli inizi degli anni Trenta, il problema delle

(35) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. CARACCIOLO, Giuffrè, Milano 1981, pp. 115 sgg.

(36) *Ivi*, pp. 123-25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diverse valenze attribuibili al nuovo fenomeno dell'indistizione fra Stato e società appare, alla fine del decennio, risolto dalle scelte (diverse ma comparabili) operate in Germania e in Italia dai rispettivi regimi; tanto che il saggio 'italiano' di Leibholz (del '38) può assumere come ormai consolidata la linea di sviluppo che pochi anni prima occorreva tratteggiare solo in via di ipotesi.

Lo Stato 'meramente' autoritario è ormai alle spalle, non meno di quella civiltà liberale spazzata via dall'avvento dei regimi di massa: se nell'Europa liberale l'ordine presupponeva l'autonomia e la responsabilità delle personalità individuali, l'irruzione delle masse sulla scena della politica attraverso la formazione di partiti di nuovo tipo, fondati sul rapporto fra il capo e i gregari, ha cambiato completamente le regole del gioco (37). Il cambiamento politico presuppone un mutamento antropologico, la formazione di un uomo massa e l'instaurazione di un legame inedito fra lo Stato e il popolo: per un verso lo Stato non si limita ad affermarsi come forza coattiva, ma sa di aver bisogno di un consenso che quindi persegue con un inusitato dispiego di mezzi, mentre, per un altro verso, decide unilateralmente la propria linea di condotta proponendo alla massa un 'pacchetto' di decisioni che essa è semplicemente chiamata a ratificare (38).

Principio totalitario significa quindi per Leibholz sviluppo e consolidamento di quel legame fra dittatura e democrazia che si era fatto strada anche in Germania attraverso la forma della 'democrazia plebiscitaria': tanto il fascismo quanto il nazionalsocialismo insistono nel presentarsi come la realizzazione della 'vera' democrazia, mentre rimproverano alla civiltà liberale un 'individualismo' incompatibile con il primato della comunità politica. Principio totalitario e democrazia possono quindi combinarsi mettendo in scacco l'autonomia del soggetto: il superamento della distinzione fra Stato e società, annunciata, agli inizi del decennio, dal concetto di Stato totale, è ora consolidato nella forma di una politicizzazione (e statalizzazione) integrale dei rapporti sociali che non prevede l'esistenza di zone neutrali e preservate dall'intervento pubblico (39).

---

(37) G. LEIBHOLZ, *Il secolo XIX e lo Stato totalitario*, cit., pp. 4-7.
(38) *Ivi*, pp. 7-9.
(39) *Ivi*, pp. 11-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Viene quindi a mutare la rappresentazione dei diritti e dei doveri del soggetto non meno dell'intero assetto costituzionale dello Stato: i diritti dipendono dai doveri e questi sono inseparabili dal nesso di appartenenza dell'individuo alla comunità, al popolo (ora anche determinato nelle sue componenti razziali), allo Stato; quando anche sia prevista una qualche tutela (amministrativa o giurisdizionale) dei diritti ed interessi individuali, questa è comunque legittimata dall'utilità che quell'interesse soggettivo riveste per la collettività e può conseguentemente essere sospesa non appena emerga un contrastante interesse della comunità (40).

Corrispondentemente diverso si profila l'assetto costituzionale: si interrompe bruscamente quella lunga tradizione che vedeva nella costituzione in senso formale, nella carta costituzionale, il sigillo di uno Stato interessato alla difesa dei diritti individuali. La stessa rigida sottoposizione dell'amministrazione alla legge perde rilevanza di fronte al superiore e indiscutibile interesse della collettività. Spostato il perno dell'ordine dall'individuo al popolo, alla comunità, allo Stato, salta la tradizione costituzionale, con il suo 'razionale' corredo di pesi e contrappesi, di gerarchie di norme, di controlli incrociati e si afferma la logica di un potere indiscutibile, culminante nel capo e nel suo carismatico potere decisionale (41).

Culto del 'duce', gerarchia, regime di massa, legittimazione 'democratico-plebiscitaria' del potere, politicizzazione integrale, superamento della distinzione fra Stato e società, subordinazione del soggetto alla comunità e del diritto individuale all'interesse collettivo, miti di appartenenza (razziale e nazionale): questi sono per Leibholz i tratti pertinenti del totalitarismo, applicabile, come 'genere prossimo', tanto al fascismo quanto al nazionalsocialismo, pur rimanendo ferma l'esistenza di 'differenze specifiche' fra i due regimi: una maggiore autonomia del ' momento individuale ', per un verso (quindi una più accurata tutela dei diritti e degli interessi del soggetto di fronte all'azione dell'amministrazione), e, per un altro verso, un superamento della distinzione fra Stato e società che in Italia (secondo una logica inversa rispetto a quella dominante in Germania) fa leva non sul partito ma sullo Stato.

(40) *Ivi*, pp. 18-19.
(41) *Ivi*, pp. 25 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Facciamo dunque il punto sulla situazione. Abbiamo preso un rapido contatto con i punti estremi della parabola lessicale 'totalitaria': ad un estremo, nei primi anni Venti, si collocano le prime testimonianze di un uso polemico, antifascista, del lessico 'totalitario', il cui senso principale coincide ancora con la 'negazione' dittatoriale dei capisaldi della tradizione liberal-parlamentare; all'altro estremo, alla fine degli anni Trenta, si situano alcuni rilevanti contributi tematicamente dedicati alla messa a punto del lessico 'totalitario'. Ciò che di interessante emerge da queste tardive testimonianze è la strategia argomentativa adottata: che procede non tanto definendo direttamente lo 'Stato totalitario' quanto ponendolo al centro di una raggiera di espressioni molto varie che tutte insieme 'fanno senso' e interagendo fra loro producono l'effetto retorico desiderato.

Tentiamo di raccogliere conclusivamente in una sorta di tavola sinottica i lemmi attratti dal campo semantico 'totalitario'.

In primo luogo, lo 'Stato totalitario' implica una presa di posizione nei confronti di uno schema di rapporto fra Stato, diritto e soggetti tradizionalmente consegnato alla formula 'Stato di diritto': 'Stato totalitario' e 'Stato di diritto' si presentano quindi come i termini di una relazione di reciproca (positiva o negativa) implicazione.

In secondo luogo, lo 'Stato totalitario' si congiunge con 'nazione' ed evoca un nesso di tipo nuovo con la collettività per descrivere il quale si ricorre ad una ridefinizione del termine 'rappresentanza'.

In terzo luogo, lo 'Stato totalitario' evoca il problema dell'adesione intima e profonda del soggetto e per questa via si connette a 'Stato etico'.

In quarto luogo, lo 'Stato totalitario' è il momento culminante di un processo genetico innescato dal partito: 'Stato totalitario' e 'partito' si dispongono quindi sullo stesso asse tematico e traggono senso dal loro rapporto di implicazione reciproca.

In quinto luogo, lo 'Stato totalitario' si propone come l'inveramento o la realizzazione di una democrazia che si differenzia, in quanto 'organica' od 'organizzata', dall'atomistica democrazia parlamentare e si traduce nell'ordinamento corporativo delle forze sociali: 'Stato totalitario' si connette quindi con 'Stato sindacale' e con 'Stato corporativo'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In sesto luogo, lo 'Stato totalitario' intrattiene con la nazione, la società, i gruppi, gli individui, un rapporto che implica una rappresentazione 'verticale' dell'ordine, centrata sul concetto di 'gerarchia'

In settimo luogo, lo 'Stato totalitario' si connette con l'accentuazione del ruolo protagonistico del governo e del Capo del governo e si presta infine ad essere ricompresso in un concetto che tende a compendiare in se stesso le sue caratteristiche salienti, il concetto di 'regime'.

Seguire analiticamente ciascuna di queste connessioni implicherebbe, come si intende facilmente, scrivere per intero la storia della teoria giuridica e politica fascista. L'obiettivo che mi propongo è però ovviamente più modesto: si tratterà soltanto di seguire le singole voci lessicali per i significati che vengono a coinvolgere il campo semantico considerato, limitandosi peraltro ad un'analisi 'per campioni' aliena da qualsiasi presunzione di completezza.

3. *'Stato totalitario' e 'Stato di diritto'.*

Nel mettere a confronto le due 'formule' dello 'Stato totalitario' e dello 'Stato di diritto' occorre essere consapevoli che stiamo accostando fra loro grandezze storicamente diseguali: se lo 'Stato totalitario' è, ancora negli anni Venti, un neologismo, lo 'Stato di diritto' gode ormai da vari decenni di una notevole fortuna, tanto in Germania quanto in Italia. Nell'impossibilità di ripercorrere la genesi ed elencare analiticamente i significati dell'espressione 'Stato di diritto', valgano alcune considerazioni di sintesi (42).

Nella lunga elaborazione tedesca del concetto (da Stahl a Bähr, fino a Jellinek), e poi nella recezione italiana, si intrecciano variamente due ordini di problemi e di esigenze. 'Stato di diritto' deve servire innanzitutto a gettare un ponte fra l'assoluta e sovrana volontà dello Stato e l'ordine giuridico che da esso promana: è 'Stato di diritto' quello Stato che 'vuole nella forma del diritto', quello Stato che non può esprimersi se non dando una forma giuridica-

(42) Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia politica*, V, 2, 1991, pp. 325-50; M. Fioravanti, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in R. Gherardi e G. Gozzi, *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna 1993, pp. 161-77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente rigorosa alle sue scelte, ferma restando la sua sovrana libertà, la sua 'eccedenza' potestativa rispetto all'ordine giuridico positivo.

Attraverso il lemma 'Stato di diritto' passa però anche una seconda domanda (la cui ricaduta istituzionale e procedurale è di evidente importanza) che non attiene più alla forma di realizzazione della potenza statuale ma prende in considerazione il rapporto fra i soggetti e il sovrano: si tratta allora di capire come fondare i diritti del soggetto pur mantenendo fermo l'assioma della centralità (sostantiva e metodologica) dello Stato. Le celebri teorie di Jhering, di Jellinek, di Orlando, di Romano offrono risposte diverse (ma in buona misura convergenti) a questo problema e ruotano intorno ai seguenti assunti: la conferma dell'assoluta sovranità dello Stato e della forma necessariamente giuridica della sua volontà, l'insostenibilità di limiti 'esterni', opponibili alla volontà dello Stato, la possibilità di fondare i diritti dei soggetti soltanto su una libera 'autolimitazione' dello Stato, la distinzione fra lo Stato (come sintesi sovrana) e i suoi organi, la sottoposizione degli organi (ma non dello Stato come tale) alle norme giuridiche, la conseguente ammissibilità di pretese giuridicamente agibili da parte degli individui nei confronti dello Stato.

In questa prospettiva parlare di 'Stato di diritto' significa affrontare il problema dei limiti del potere statuale mantenendo fermo il dogma dell'assoluta sovranità dello Stato: il fondamento dei diritti pubblici soggettivi passa attraverso il varco aperto dal concetto dell'autolimitazione e dalla distinzione fra lo Stato (come sintesi dei poteri) e i singoli organi. Quale poi sia l'organo sul quale si concentra l'attenzione della giuspubblicistica tardo-ottocentesca è noto: è l'amministrazione l'organo che sembra richiedere la prioritaria attenzione del giurista, per vari motivi. Per un verso infatti essa risponde abbastanza agevolmente ai requisiti richiesti dalla teoria: la si può configurare come un'attività 'esecutiva', esaltando la supremazia di una legge che crea per essa come per il singolo posizioni giuridiche corrispettive. Per un altro verso, l'esigenza di controllare l'amministrazione appare tanto più urgente quanto più lo Stato rischia di divenire 'interventista', impegnato nel tentativo di mediare il conflitto e provvedere all'integrazione delle parti sociali. Da questo punto di vista il sistema di limiti in cui si risolve lo Stato di diritto funziona come contrappeso o bilanciamento della pur robusta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istanza 'governamentale' (nel senso foucaultiano del termine) che attraversa la giuspubblicistica tardo-ottocentesca.

Elemento di compensazione dello slancio interventista della mano pubblica, inseparabile dal dogma dell'onnipotenza dello Stato, lo 'Stato di diritto' ottocentesco non è una formula che da sola rende ragione del campo teorico giuspubblicistico: esso si accompagna all'idea di un'amministrazione *sub lege*, ma è costretto anche a coesistere (più o meno pacificamente o conflittualmente) con la reiterata affermazione del ruolo (socialmente, politicamente) trainante dell'amministrazione stessa; si traduce nell'idea di uno spazio individuale giuridicamente fondato e protetto, ma deve pur sempre muoversi all'ombra di una sovranità intrinsecamente illimitata.

La difficoltà di comporre lo 'Stato di diritto' (come sistema di limiti del potere statuale) con la rappresentazione dello Stato nella sua totalità esce allo scoperto quando l'organo cui eventualmente applicare limiti e controlli non è l'amministrazione o la giurisdizione, ma è la legislazione: un organo che sembra condensare simbolicamente la libertà creativa della sovranità statuale, al punto che i tentativi di prevedere per esso l'esistenza di princìpi inderogabili restano abbastanza ai margini di una dottrina ancora in prevalenza convinta dell'onnipotenza del legislatore. Occorrerà aspettare la rigorosa *Stufenbau* kelseniana per disporre di una teoria giuridicamente (formalmente) rigorosa, capace di predisporre un sistema di vincoli e un meccanismo di controllo cui sottoporre il legislatore ordinario (43).

Pur con diverso successo a seconda che si appunti sullo 'Stato legislatore' o sullo 'Stato amministratore', la formula dello 'Stato di diritto' tenta di fondare, attraverso il gioco dei vincoli e dei controlli, uno spazio del soggetto, una serie di prerogative giuridicamente determinate, di 'status' (come scriveva Jellinek) che lo definiscono e ne delineano le modalità di appartenenza alla comunità politica. Lo 'Stato di diritto' si presta per questa via ad assumere un significato ulteriore e finisce per indicare una forma di Stato che attribuisce ai

(43) Cfr. A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano 1979; M. Barberis, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 1982, pp. 225-42, M. Troper, *Kelsen e il controllo di costituzionalità*, in *Diritto e cultura*, IV, 1994, pp. 219-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cittadini uno *status activae civitatis*: 'Stato di diritto' è allora uno Stato che, come precipitato istituzionale di una civiltà 'progressiva' e 'moderna', non può non adottare una costituzione fondata sul meccanismo della rappresentanza parlamentare. Lo 'Stato di diritto' assume in questo caso una più scoperta inflessione ideologico-politica presentandosi come la forma obbligata della 'modernità' politico-costituzionale.

Lo 'Stato di diritto' come limite al potere statuale, tramite delle prerogative giuridiche dei soggetti, coincidente con la forma rappresentativa del regime liberal-parlamentare; ma anche lo 'Stato di diritto' come 'veste' giuridica dell'incontrollabile volontà del sovrano, come determinazione di uno Stato che non può trovare limiti giuridicamente ultimativi. È questa l'eredità che la giuspubblicistica dell'Italia liberale trasmette ai giuristi che fra gli anni Venti e gli anni Trenta del Novecento tentano di elaborare una retorica ispirata alle novità politico-istituzionali del regime fascista; e che non sia un'eredità facile e indolore lo si intende facilmente se si tiene conto del fatto che tanto l'espressione 'Stato di diritto' quanto il neologismo 'Stato totalitario' finiscono entrambi per insistere sul nesso Stato-società (sulla condizione dei soggetti, sul ruolo del potere) e impongono quindi una problematica e delicata determinazione delle rispettive aree semantiche.

Il ventaglio delle posizioni presenti nella cultura giuridica del (e nel) fascismo è molto ampio e tenterò di illustrarne la varietà allineando una serie di 'casi esemplari'.

Giuseppe Maggiore che nel '39, come penalista, riflette sul « diritto penale totalitario » nello « Stato totalitario » non ha dubbi nell'opporre il passato al presente: la novità decisiva è appunto l'avvento dello Stato totalitario, che impone, fra l'altro, la rinuncia al principio di legalità. La legge non può vincolare l'assoluta libertà dello Stato e non si deve impedire al giudice di punire un comportamento formalmente non previsto come reato; ammettere il principio di analogia nel diritto penale non è un tardivo omaggio al giusliberismo, ma la rivendicazione coerente della supremazia dello Stato: è infatti allo Stato e ai suoi supremi interessi, interpretati dal duce che impersona la coscienza popolare, che dovrà guardare il giudice per superare un ormai anacronistico principio di legalità (44).

(44) G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, Cedam, Padova

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maggiore sta impiegando stilemi manifestamente vicini all'orientamento prevalente nella pubblicistica nazionalsocialista, che aveva già attaccato duramente i tentativi di trapiantare sul terreno del terzo *Reich* la formula dello 'Stato di diritto' (45). Non si creda però che la contrapposizione fra Stato (totalitario) e diritti sia un frutto recente della riflessione del giurista italiano. Già dieci anni prima, riflettendo sulla novità dell'ordinamento corporativo, Maggiore metteva in questione l'idea stessa dei diritti e il principio dell'autolimitazione dello Stato.

La critica dei diritti è uno dei crocevia obbligati della retorica fascista e si avvale di uno stereotipo che, circolante nei più diversi meandri della cultura politico-giuridica ottocentesca, giunge al fascismo attraverso molteplici (ed eterogenei) canali — da Rocco a Gentile, dal nazionalismo al neoidealismo; è uno stereotipo che, unificando illuminismo, rivoluzione francese e liberalismo (e socialismo, anch'esso per Rocco orientato in ultima istanza alla felicità del singolo) imputa ad essi in blocco un'antropologia ed una dottrina sociale viziate di 'individualismo', 'atomismo', 'edonismo' (46). Ad impedire una rifondazione 'fascista' dei diritti, per Maggiore, non è però solo la soggiacente antropologia 'liberale'; è di ostacolo anche una 'sana' dottrina dello Stato: non è possibile infatti parlare di autolimitazione dello Stato, di Stato limitato dal diritto, perché lo Stato è essenzialmente potenza; e non si dà una nuova dogmatica « se non dissociando lo Stato dal diritto », « se non frantumando l'idolo dello Stato giuridico ». Lo Stato nasce dalla guerra, dalla conquista, dalla rivoluzione, insomma, dalla forza e la costituzione serve solo ad organizzare e a incrementare la potenza statuale (47).

La negazione dei diritti pubblici soggettivi è una tesi che

1939 (estratto da *Rivista italiana di diritto penale*, XI, 1939), pp. 20 sgg. Su Maggiore cfr. G. MARINI, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza di filosofia e diritto*, E.S.I., Napoli 1983.

(45) Sul dibattito sullo 'Stato di diritto' nella Germania nazionalsocialista cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III Band, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, Beck, München 1999, pp. 330 sgg.

(46) G. MAGGIORE, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in *Il Diritto del lavoro*, II, 1928, pp. 188-89.

(47) *Ivi*, pp. 190-91. Cfr. M. ISNENGHI, *Il mito di potenza*, in A. DEL BOCA, M. LEGNANI, M.G. ROSSI (a cura di), *Il regime fascista*, cit., pp. 139-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maggiore ha sostenuto ben prima dell'avvento del fascismo svolgendo liberamente temi neoidealistici e gentiliani. Lo Stato è in questa prospettiva l'atto originario, l'oggettivarsi nella storia della coscienza del Soggetto, « il soggetto universale, l'Uno che si dialettizza nell'opposizione di suddito e sovrano » (48). L'individuo non ha un'autonoma consistenza, è impensabile come tale, dal momento che « è il Tutto come soggettività universale » che conferisce ad esso valore e significato (49). Non valgono gli individui, ma la totalità, non esistono i diritti ma la forza dello Stato, una forza che è « la stessa energia immanente del processo giuridico: l'atto del diritto per eccellenza » (50).

Se dunque lo 'Stato di diritto' è equamente diviso fra autolimitazione dello Stato e diritti del soggetto, il suo rapporto con lo Stato nuovo, con lo Stato 'totalitario', è di radicale incompatibilità: l'uno finisce dove l'altro comincia. Questa incompatibilità emerge con contorni tanto più netti quanto più si insiste sui presupposti antropologici e ideologico-politici della formula 'Stato di diritto'. Già in anni non sospetti Caristia insisteva sulla difficoltà di fondare i diritti individuali all'interno di una dogmatica 'statocentrica': i diritti pubblici soggettivi non possono essere fondati su meccanismi puramente interni alla compagine giuridico-statuale, ma poggiano su « motivi di ordine ideale, etico, non giuridici certo » (51), che coincidono con l'attribuzione alla soggettività di una rilevanza metapositiva, di un valore 'assoluto'.

Per Caristia « le sorti dello Stato di diritto sono intimamente e inestricabilmente legate a quelle dell'ideologia liberale e a necessari presupposti d'indole giusnaturalistica » (52). Egli è convinto, come Orlando, dello storico e strutturale rapporto esistente fra lo 'Stato di diritto' e il regime liberal-parlamentare: ancora nel '28 Vittorio Emanuele Orlando, in una breve recensione, non si trattiene dal

(48) G. MAGGIORE, *Il diritto e il suo processo ideale*, Fiorenza, Palermo 1916, pp. 107-110.

(49) *Ivi*, pp. 101-102.

(50) *Ivi*, p. 113.

(51) C. CARISTIA, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Bocca, Torino 1915, pp. 61-62.

(52) C. CARISTIA, *Lo 'Stato giuridico'* (1937), in C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici*, *vol. II*, *Scritti storici e politici*, Giuffrè, Milano 1955, p. 425.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rivendicare alla 'Scuola italiana di diritto pubblico' il merito di aver fondato ed orchestrato giuridicamente il nesso costitutivo fra Stato rappresentativo, libertà, diritti pubblici soggettivi (53). Se dunque 'Stato di diritto' e Stato liberale sono inseparabili e il primo non fa che alludere ai tratti giuridicamente significativi del secondo, il nuovo Stato del fascismo, comunque lo si voglia denominare, non può fregiarsi di una formula incompatibile con la sua ideologia, come se l'espressione 'Stato di diritto' « non fosse stata assunta, per oltre un secolo, a indicare il succo più genuino di quell'ideologia demoliberale contro cui le nuove forze si sono drizzate gagliarde e denegatrici » (54).

Far leva sulla vocazione ideologico-politica dello 'Stato di diritto' serve a sottolineare l'incompatibilità di questa espressione con il nuovo clima culturale, quale che sia il giudizio di valore che si vuole (esplicitamente o implicitamente) trarre dalla tesi della 'discontinuità'. Non si può dire però che sia questa la strategia più diffusa negli anni del regime: si moltiplicano al contrario i tentativi di rendere in qualche modo compatibile lo 'Stato di diritto' con le immagini dello Stato nuovo offrendo nel contempo un'interpretazione *ad hoc* delle teorie dell'autolimitazione dello Stato e dei diritti pubblici soggettivi.

Un segno dell'importanza della posta in gioco può essere ravvisato nel fatto che Arnaldo Volpicelli inaugura la rivista da lui diretta (« Nuovi studi di diritto, economia e politica ») proprio con un suo amplissimo e impegnativo saggio dedicato ad Orlando e al problema dell'autolimitazione dello Stato.

L'argomentazione di Volpicelli muove da un assunto — l'identità di individuo e Stato — che riveste un ruolo centrale nella sua visione del diritto e dello Stato (di ispirazione gentiliana): a suo avviso, il vizio di fondo che affligge la teoria dell'autolimitazione dello Stato (e in particolare l'interpretazione che Orlando ne ha offerto) è appunto il suo attardarsi sulla tesi filosoficamente infondata di un'insuperabile dualità, di un empirico sdoppiamento fra

(53) V.E. Orlando, *Recensione* a E. Orrei, *Il Diritto costituzionale e lo Stato giuridico* (Roma 1928), in *Rivista di diritto pubblico*, XX, 1928, pp. 390-92.

(54) C. Caristia, *Ventura e avventura di una formula: 'Rechtsstaat'* (1934), in C. Caristia, *Scritti giuridici, storici e politici*, cit., p. 362.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Stato' e 'soggetti'. Le aporie nelle quali la teoria dell'autolimitazione si incaglia, la difficoltà di tenere insieme l'assolutezza della sovranità e il sistema delle libertà, nascono da un'erronea impostazione del problema, dalla dualistica separazione fra Stato e sudditi e dal fraintendimento del rapporto fra Stato e diritto, fra Stato e legge. La legge non è « un unilaterale comando al suddito », ma è un ordine che lo Stato rivolge a se stesso, nel suo « continuo e inderogabile organizzarsi e procedere giuridicamente ». Lo Stato esiste in quanto si organizza giuridicamente ponendo la legge: « in virtù dell'*atto legislativo* in cui lo Stato *realmente* consiste, esso... si organizza e costituisce come *ente giuridico* » (55).

Il rapporto fra individuo e Stato non è quindi un rapporto fra grandezze separate, che lottano l'una contro l'altra per il loro spazio vitale. La relazione fra il sovrano e i sudditi è immanente all'esistenza stessa dello Stato così come lo « Stato giuridico » coincide con il porsi dello Stato come legge (56). Non essendovi dunque realtà che dall'esterno si contrappongano al costituirsi dello Stato come Stato giuridico, non può esistere un diritto prestatuale, una garanzia extralegislativa: ammetterlo significherebbe identificare lo Stato con una transeunte situazione storico-politica, continuando a credere nell'assoluta, sovrastorica verità degli « immortali princìpi ». Non si danno diritti del popolo e conflitti fra popolo e Stato: la stessa lotta politica esprime soltanto il « dinamismo interno allo Stato stesso » (57). Non è quindi immaginabile una « esterna limitazione giuridica della sovranità » (58), che trova come proprio unico vincolo (e come proprio fondamento giuridicamente non indagabile) la storia e la sua dinamica, creativa, ininterrotta processualità.

Pur distillata attraverso il filtro della gentiliana identità di individuo e Stato, la strategia adottata da Volpicelli è piuttosto chiara e, al di là della sua apparente radicalità, tutt'altro che refrattaria a gettare un ponte verso il passato. I suoi obiettivi sono sostanzialmente i seguenti: superare la contrapposizione fra soggetti

(55) A. VOLPICELLI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, I, 1927-28, p. 194.

(56) *Ivi*, p. 195.

(57) *Ivi*, p. 197.

(58) *Ivi*, p. 202.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e Stato; rifiutare l'ipotesi di un vincolo giuridicamente inderogabile all'attività dello Stato; ricondurre la giuridicità dello Stato al processo della sua storica esistenza. Di questi obiettivi, il primo è in qualche modo il più ambizioso: risolvere la molteplicità e la varietà dei soggetti nel nesso identitario con lo Stato recide la possibilità stessa di una dialettica politica, cancella le differenze, rende assoluto il primato dell'omogeneità. Il secondo e il terzo obiettivo invece non si discostano troppo da immagini consolidate nella cultura politico-giuridica ottocentesca: che non esistano diritti opponibili allo Stato è un dogma largamente condiviso dalla giuspubblicistica 'statocentrica' non meno dell'idea di uno 'Stato di diritto' che è tale in quanto fa del diritto la forma necessaria delle sue manifestazioni di volontà; e altrettanto 'tradizionale' suona il rinvio alla storia come fondamento e limite 'sostanziale' della forma giuridica in cui volta a volta lo Stato si esprime: Jhering o Jellinek (come Orlando) non la pensavano troppo diversamente al proposito.

Nonostante la sua fama di *enfant terrible* Volpicelli sta gettando un ponte fra il passato e il presente e nello stesso tempo sta liberando lo 'Stato di diritto' da quelle scomode associazioni che per Ruffini o per Caristia (ma anche per Maggiore) lo consegnavano inevitabilmente nelle mani degli ideologi del liberalismo: l'atteggiamento 'difensivo' dei soggetti nei confronti dello Stato, il nesso fra libertà civili e politiche, il valore essenziale della forma liberal-parlamentare della rappresentanza, il rilievo dei diritti individuali.

Sono numerosi i giuristi che si muovono secondo queste coordinate. L'assioma condiviso è il primato assoluto dello Stato, che non manca di essere presentato come un dato acquisito e ormai indiscutibile, quale che sia l'orientamento ideologico prescelto: la funzione dello Stato come tale (non dello Stato fascista o dello Stato liberale) è limitare la libertà individuale in funzione dell'ordine, dando ad essa contenuti storicamente variabili. Peculiare del fascismo è semmai esprimere con perfetta chiarezza il carattere meramente funzionale dei diritti, contenerne i contraccolpi anarchici, disorganici, subordinarli all'interesse superiore della potenza nazionale (59).

(59) E. Bonaudi, *Dei limiti della libertà individuale*, La Nuova Italia, Perugia-Venezia 1930, pp. 156-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Stato di diritto' significa quindi Stato che esiste e si realizza attraverso il diritto, secondo una linea che movendo dall'ormai lontana filosofia giuridica di Stahl, trova numerose riformulazioni anche nella cultura giuridica italiana prefascista (60) e viene sempre di nuovo evocata da numerosi giuristi del fascismo. Si insiste quindi sulla necessaria valenza giuridica dello Stato, si menzionano insieme Volpicelli e Kelsen, uniti nella tesi della coincidenza fra Stato e diritto (nella tesi cioè che lo Stato « come organismo istituzionale, non è altro che la personificazione dell'ordinamento giuridico » (61)), si solleva il problema della distinzione fra legge ordinaria e legge costituzionale (non senza riferirsi a Bryce e, ancora, a Kelsen), si riflette sulle novità introdotte in questa materia dalla legge di costituzionalizzazione del Gran Consiglio, per concludere comunque che il « nuovo costituzionalismo » deve respingere ogni « concezione atomistica dell'individuo » e ogni assolutizzazione dei suoi diritti, ma non può esimersi dal ricostruire la posizione giuridicamente determinata dell'individuo nello Stato (62).

Il recupero della tradizione dello 'Stato di diritto' viene ampiamente praticato, mettendo volta a volta in evidenza quelli che sembrano gli elementi facilmente componibili con il nuovo regime: si tratta in particolare di 'de-ideologizzare' lo Stato di diritto ottocentesco, di spezzare l'endiadi orlandiana fra 'Stato di diritto' e 'Stato liberal-parlamentare', di separare la difesa degli interessi privati del soggetto dalla tutela delle sue libertà politiche, riconducendo comunque i vincoli posti all'attività degli organi dello Stato all'oggettiva logica dell'ordinamento e non al valore autonomo delle posizioni individuali. Rettamente inteso, lo 'Stato di diritto', lo Stato la cui volontà si esprime necessariamente nella forma del diritto, lungi dall'essere espressione dell'individualismo liberale, è semmai da ricondursi a quella Destra storica che già vedeva nello Stato il momento di realizzazione dell'individuo (63): tramite del compi-

(60) Cfr. ad esempio A. FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere* (1914), in A. FALCHI, *Lo Stato collettività. Saggi*, Giuffrè, Milano 1963, p. 97.

(61) C.A. BIGGINI, *La legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano*, Arti Grafiche, Ravenna 1931, p.32.

(62) *Ivi*, pp. 156-57.

(63) C.A. BIGGINI, *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato*, Il Solco, Città di Castello 1929, pp. 73-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento etico-spirituale del soggetto, lo Stato non ha limiti che non derivino dal processo storico nel quale si realizza. Lo Stato può sbarazzarsi di qualsiasi norma, ma non può fare a meno di un ordinamento giuridico, di un sistema normativo che renda 'regolare' e ordinata la sua volontà; lo Stato non incontra limiti giuridici alla sua volontà di mutare liberamente l'ordinamento, ma deve fare i conti con la storia, con « le esigenze della coscienza popolare » (64).

Coincidente con l'ordinamento giuridico, culmine del processo storico in atto, lo Stato fascista può dirsi ancora 'Stato di diritto' per sottolineare il carattere non arbitrario, regolato, prevedibile della sua azione di governo: in esso la libertà può essere soggetta a restrizioni dato il carattere dominante dell'interesse pubblico, « ma mai ad arbitrio dei governanti », bensì « mediante un comando generale che è quello della legge » (65). Il sacrificio dell'individuo, se pur necessario, passa comunque attraverso il rispetto delle leggi vigenti ed esclude l'arbitrio delle autorità, essendo rimasto in piedi quell'apparato di giurisdizione amministrativa nel quale si è storicamente tradotta una delle originarie valenze dello 'Stato di diritto' (66). Ancora nel '43 lo Stato fascista viene considerato 'Stato di diritto' in quanto la volontà che esso esprime — una volontà che determina la libertà individuale, dal momento che i suoi contenuti devono coincidere con i fini dell'ordinamento — non è il dettato arbitrario di una élite politica, ma coincide con l'ordine giuridico, è incorporata in esso (67); nello stesso tempo, però, esso è pure 'Stato totalitario', uno Stato che persegue i fini della grandezza nazionale e piega ogni volontà a questo scopo dichiarando antigiuridico ogni comportamento che ad esso non si conformi (68).

Viene sottolineato come un tratto distintivo e un titolo di merito del regime fascista il fatto che esso si sia sviluppato moltiplicando le

(64) O. Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Cedam, Padova 1929, p. 30. Cfr. anche B. Brugi, *I così detti limiti dei diritti subiettivi e lo Stato*, in *Lo Stato*, II, 1931, pp. 699-707.

(65) F. Ercole, *Lo Stato fascista corporativo*, Ed. del G.U.F., Palermo 1930, p. 17.

(66) B. Cicala, *Corso di dottrina dello Stato*, Poligrafica Univ., Firenze 1938, pp. 356-59.

(67) A. Sermonti, *Principii generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Giuffrè, Milano 1943, pp. 68-69.

(68) *Ivi*, p. 74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzioni e determinando accuratamente la loro orchestrazione giuridica. Lo Stato fascista è quindi, ancora una volta, 'Stato di diritto', Stato che si esprime e si realizza nella forma del diritto, e proprio per questo non può essere confuso con una semplice dittatura: è l'errore in cui incorre Heller, che identificando lo 'Stato di diritto' con lo Stato liberal-costituzionale fondato sulla divisione dei poteri non tiene conto che la forte unità potestativa caratteristica dello Stato fascista non ha niente a che fare con l'arbitrarietà di un governo dittatoriale proprio in ragione del carattere 'normato', regolare, giuridicamente strutturato della sua azione di governo (69).

Lo Stato fascista viene dunque ad essere spesso valorizzato come 'Stato di diritto', come uno Stato che, esprimendosi nella forma del diritto, proprio per questo si tiene lontano da interventi irrazionali e dispotici. Non manca chi a questo proposito distingue fra 'Stato di diritto' e 'Stato giuridico', riferendo il primo termine allo Stato garantista, liberal-parlamentare, teso alla tutela dei soggetti e delle libertà, e alludendo con il secondo termine allo Stato che si esprime attraverso il diritto, che non può esistere se non come ordinamento giuridico (70).

È lo Stato fascista in quanto 'Stato giuridico' che appare equidistante dall'ormai anacronistico Stato liberale (lo Stato degli astratti diritti individuali) come dal nuovo e minaccioso Stato sovietico, che peraltro mostra qualche analogia con il fascismo (soprattutto nel ruolo centrale attribuito al partito unico): entrambi (« Roma e Mosca ») sono i soli punti di riferimento della moderna Dottrina dello Stato » (71), ma la superiorità del fascismo nasce dall'assumere come referente non una classe ma la nazione e dalla forte sensibilità giuridica che lo caratterizza. Se il bolscevismo agisce quindi come una dittatura di classe e un governo arbitrario, lo Stato fascista

(69) G. CHIARELLI, *Il concetto di 'regime' nel diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, CVIII, 1932, pp. 217-18.

(70) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato,* Libreria del Littorio, Roma 1929, p.211. Cfr. anche S. PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, Taddei, Ferrara, s.d. Su Panunzio cfr. l'importante *Introduzione* di F. PERFETTI a S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Bonacci, Roma 1987 e S. NISTRI DE ANGELIS, *Sergio Panunzio. Quarant'anni di sindacalismo*, Centro Editoriale Toscano, Firenze 1990.

(71) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., p. 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incarna la comunità nazionale e si esprime nella forma 'regolare' dell'ordinamento giuridico (72).

È il caso di trarre qualche prima conclusione provvisoria da questa rapida indagine per 'campione'. Nei confronti dell'espressione 'Stato di diritto' la cultura giuridica del (e nel) fascismo ha scelto strategie diverse: non mancano prese di posizione nettamente avverse a qualsiasi tentativo di adozione di quella risalente e suggestiva formula, convinte dell'impossibilità di sottrarre lo 'Stato di diritto' alle ipoteche ideologiche dello Stato liberal-parlamentare. È però nutrita (anche se variegata al suo interno) la schiera dei giuristi impegnati nel depurare lo 'Stato di diritto' dalle sue impresentabili scorie 'individualistiche' accreditandolo come utile connotazione dello Stato fascista. Nel proporre una ridefinizione di 'Stato di diritto' si fanno avanti non soltanto giuristi 'prestati' al fascismo, giuristi che, senza troppo esporsi sul fronte delle dichiarazioni ideologiche, applicano il loro sapere specialistico alla comprensione delle novità istituzionali del regime, ma anche giuristi 'militanti', convinti di dover fare un uso incrociato di vecchie e nuove 'connotazioni' dello Stato per valorizzare, insieme, le audaci novità e l'equilibrata completezza del nuovo regime.

Questa strategia ampiamente diffusa nella giuspubblicistica fascista (pur con una grande varietà di accenti e argomentazioni) entra in sintonia con una visione storico-politica che tende a presentare il fascismo non tanto come un episodio di drastica rottura nei confronti della precedente storia d'Italia, quanto come un suo coronamento, come il superamento dialettico di precedenti e parziali posizioni contrastanti. Certo, il fascismo è spesso presentato enfaticamente come una 'rivoluzione' e la lotta politico-ideologica all'interno del regime passa anche attraverso la contrapposizione retorica fra fascismo-rivoluzione e fascismo-continuità: niente impedisce però di esaltare, sì, la novità decisiva del fascismo, ma di farlo movendosi all'interno di una visione storicistica

(72) Cfr. S. Panunzio, *Il metodo rivoluzionario del fascismo* (1929) in S. Panunzio, *Rivoluzione e costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Treves, Milano 1933, p. 86; G. M. De Francesco, *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, Cedam, Padova 1932; S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, Cedam, Padova 1939, pp. 565 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che risolve le differenze e i contrasti in momenti di un unitario processo ascendente.

Non è solo Gentile a presentare il fascismo come un regime la cui legittimità storica coincide con la sua capacità di raccogliere le diverse e contrastanti esigenze disperse nel recente passato sollevandole ad una nuova e compiuta sintesi (73). Rocco ad esempio sottolinea certo l'incompatibilità del fascismo con l'individualismo che inquina il liberalismo non meno del socialismo (74), ma anche attribuisce al fascismo il merito di aver creato un regime che, pur inaugurando un nuovo e decisivo rapporto con le masse, raccoglie pur sempre l'eredità 'statocentrica' che aveva caratterizzato la teoria e la prassi dell'Italia liberale (75). E Santi Romano non mancherà di riferirsi adesivamente alla diagnosi di Rocco: è vero che il fascismo rompe con l'agnosticismo liberale che rendeva lo Stato ostaggio dei partiti e del loro eterno conflitto per restituire allo Stato la sua maestà e la sua autosufficienza; ma è altrettanto « giusta ed opportuna » l'osservazione di Rocco, secondo cui « da tempo la moderna scuola del diritto pubblico, insegnando che la sovranità è non del

(73) V. ad es. G. GENTILE, *Fascismo e cultura*, Treves, Milano 1929, pp. 50 sgg. Sul pensiero politico-giuridico di Gentile cfr. A. LO SCHIAVO, *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roma 1971; S. ZEPPI, *Il pensiero politico dell'idealismo italiano e il nazionalfascismo*, La Nuova Italia, Firenze 1974; D. FAUCCI, *La filosofia politica di Croce e di Gentile*, La Nuova Italia, Firenze 1974; D. VENERUSO, *Gentile e il primato della tradizione culturale italiana: il dibattito politico all'interno del fascismo*, Studium, Roma 1984; G. CALANDRA, *Gentile e il fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1987; L. APPARUTI, *La filosofia politica di Gentile nella critica contemporanea*, in *Filosofia politica*, VIII, 3, 1994, pp. 449-67. Cfr. anche le convincenti osservazioni di F. SBARBERI, *Gentile politico: un mistico dell'onnipotenza dello Stato*, in S. ROTA GHIBAUDI, F. BARCIA (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, Angeli, Milano 1990, pp. 826-50. Un'approfondita ricostruzione della personalità gentiliana in G. TURI, *Giovanni Gentile: una biografia*, Giunti, Firenze 1995.

(74) A. ROCCO, *La dottrina politica del fascismo* (1925), in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici, vol. III, La formazione dello Stato fascista (1925-34)*, Giuffrè, Milano 1938, pp. 1095-99. Su Rocco cfr. P. UNGARI, *Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia 1963; E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1982, pp. 167 sgg.; L. FARULLI, *Alfredo Rocco: politica e diritto fra guerra e fascismo*, in O. POMPEO FARACOVI (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana nell'età del fascismo*, Belforte, Livorno 1985, pp. 241-61.

(75) A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato* (1927), in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici, vol. III*, cit., p. 780.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

popolo, ma dello Stato ... ha proclamato un principio che adesso si cerca di svolgere ed attuare sino alle sue ultime conseguenze » (76).

Le strategie argomentative caratteristiche della giuspubblicistica del fascismo sono dunque molto varie e il loro gioco è ulteriormente complicato dai conflitti interni al regime che attraverso di esse si esprimono in modo ora velato ora trasparente. In questo vario atteggiarsi di fronte all'eredità della tradizione liberale lo 'Stato di diritto' può uscirne certo piuttosto malconcio ed essere rinviato al mittente come un retaggio inaccettabile dei vecchi tempi. È però più diffuso il tentativo di raccogliere quella formula dalla tradizione per adattarla al mutato quadro ideologico-politico.

Ridefinire lo 'Stato di diritto' nel nuovo contesto significa in sostanza tener fermi i seguenti punti: a) lo 'Stato di diritto' non è uno Stato fondato sui diritti o funzionale alla loro tutela; è uno Stato la cui volontà si esprime nella forma del diritto, rimanendo impregiudicati i contenuti della decisioni e l'estensione del suo intervento; b) lo 'Stato di diritto' è una formula che ha a che fare non con la costituzione ma con l'amministrazione e suggerisce quell'idea di 'giustizia nell'amministrazione' nei confronti della quale il regime non nutre insuperabili riserve; c) lo 'Stato di diritto' presuppone una netta distinzione fra libertà private e politiche: inaccettabile è ovviamente la pretesa (dei Ruffini o degli Orlando) di identificare lo 'Stato di diritto' con la formula costituzionale dello Stato liberal-parlamentare.

Sottoposta ad un accurato lavoro di cosmesi, l'espressione 'Stato di diritto' può essere adottata per connotare lo Stato fascista, ma perde necessariamente la posizione centrale di cui godeva nella prospettiva caratteristica della tradizione giuridica liberale: se per il giurista liberale lo 'Stato di diritto' poteva porsi al centro della 'semantica della statualità', per il giurista del fascismo lo 'Stato di diritto' ha, sì, diritto di cittadinanza nel lessico politico-giuridico del regime, ma occupa in esso una posizione in qualche modo 'decen-

(76) S. Romano, *Recensione* a A. Rocco, *La trasformazione dello Stato* (Roma, 1927), in *Archivio giuridico*, Serie IV, VIII, 1928, p. 226. Fra le tante testimonianze orientate in questa direzione cfr. P. Chimienti, *L'organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Torino 1928, pp. 70 sgg.; B. Cicala, *Corso di diritto costituzionale*, Poligrafica Univ., Firenze 1932, p. 159; F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, in *Archivio di studi corporativi*, V, 1934, pp. 154-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trata', è parte di un campo semantico il cui centro è occupato ora da altre espressioni; fra queste compare con crescente frequenza lo 'Stato totalitario' ed è con esso che lo 'Stato di diritto' deve in qualche modo dimostrare di essere compatibile.

4. *'Stato totalitario' e 'rappresentanza'.*

Accingendosi al trapianto dello 'Stato di diritto' nel nuovo clima ideologico del fascismo la giuspubblicistica sottolinea la necessità di liberare quella formula dalle ipoteche 'individualistiche' che su di essa gravano: lo 'Stato di diritto' in tanto può connotare lo Stato fascista in quanto abbandona l'idea di un legame genetico o funzionale fra Stato e individui. Questa insistenza non è casuale, ma è suggerita da uno dei principali luoghi retorici della giuspubblicistica fascista: la qualitativa, essenziale distanza fra lo Stato e i singoli.

Questo assunto, come d'altronde avviene per numerosi altri, non è, di per sé, un prodotto originale della giuspubblicistica fascista, ma circola disperso in mille rivoli nella cultura politico-giuridica ottocentesca. Un tramite sicuramente importante con il fascismo è da questo punto di vista il nazionalismo di Corradini e di Rocco. Attraverso l'esaltazione della nazione potente ed espansionistica passa e si rafforza l'idea della qualitativa superiorità della nazione sui singoli componenti, della superiorità del dovere sul diritto, dell'irrilevanza etico-storica della felicità individuale (77). Per Antonio Cicu la radice delle aberrazioni liberal-democratiche è l'idea di una libertà individuale irriducibile ai superiori interessi dello Stato. Al contrario, lo Stato non si fonda sull'interesse del singolo, ma sul suo sacrificio: la libertà è (hobbesianamente) uno spazio residuale, mentre lo Stato vive di una forza coesiva che trae alimento dall'amor di patria dei cittadini (78).

Superiore ai singoli individui, irriducibile alla somma dei suoi

---

(77) Cfr. ad es. A. Rocco, *Economia liberale, economia socialista ed economia nazionale* (1914), in A. Rocco, *Scritti e discorsi politici, vol. I, La lotta nazionale della vigilia e durante la guerra (1913-1918)*, Giuffrè, Milano 1938, pp. 40-43.

(78) A. Cicu, *Libertà e diritto* (1916), in A. Cicu, *Scritti minori*, vol. I, Tomo I, Giuffrè, Milano 1965, pp. 22 sgg. Su Cicu cfr. M. Sesta, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, pp. 419-509.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

componenti, espressione diretta della nazione e ponte fra il presente e il passato, lo Stato intorno al quale la cultura giuridica fascista viene gradualmente mettendo a punto il lessico 'totalitario' è uno Stato iscritto nel cuore della 'realtà': non ente astratto, schema normativo, tipo ideale, ma *ens realissimum*, realtà storicamente decisiva. Siamo di nuovo a contatto con un assunto variamente ricorrente nell'immaginario politico-giuridico ottocentesco: il fascismo lo raccoglie da molteplici tradizioni dottrinali, se ne appropria e lo riformula senza peraltro compiere una decisa opzione a favore di un obbligante credo filosofico.

Per diversi che siano i gerghi impiegati all'interno della cultura fascista, la tesi unanimemente ribadita è la 'reale' e determinante esistenza dello Stato; ed è una tesi così rilevante per la tenuta dell'ideologia fascista da indurre a far ricorso anche a schemi concettualmente eterogenei pur di poter impiegare immagini retoricamente collaudate. Alla domanda se sia possibile dimostrare l'esistenza reale dello Stato Cicu risponde affermativamente: prima appellandosi allo Stato 'in interiore homine', allo Stato come momento di 'verità' ed esperienza 'profonda' del soggetto; poi menzionando, *ad abundantiam*, le necessità vitali, il « vincolo organico in cui gli individui sono presi volenti o nolenti », con la conseguente dipendenza « delle singole parti » « dalla vita del tutto » (79). Assonanze (paleo- o neo-) idealistiche interagiscono con stilemi organicistici e biologistici per rafforzare il tema retoricamente decisivo: la dimostrazione della realtà dello Stato, l'esaltazione della sua missione storica, la rivendicazione della sua qualitativa distanza dagli interessi individuali.

Nessuna connotazione fascisticamente plausibile è applicabile allo Stato (a partire dall'idea della sua valenza 'totalitaria') se non riconoscendo ad esso l'essenziale predicato della 'realtà'. Proprio per questo diviene una comoda testa di turco per la giuspubblicistica fascista il 'normativismo' kelseniano: è Kelsen che attacca uno dei grandi *idòla* della tradizione giuspubblicistica — appunto la distinzione fra Stato e diritto, l'idea di uno Stato che, quale irresistibile

(79) A. Cicu, *L'idea di dovere e l'idea del diritto* (1921), in A. Cicu, *Scritti minori*, cit., pp. 50-51. Cfr. anche A. Cicu, *Concezione organica dello Stato* (1919), in *op. ult. cit.*, pp. 57-70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concrezione potestativa, produce il diritto come Dio crea il mondo — e proprio per questo si offre come l'ideale bersaglio di chi tiene ad esaltare, insieme, il potere illimitato e la storica 'realtà' dello Stato.

È un riflesso quasi automatico della 'sana' tradizione giuridica la reazione di chi ravvisa nella sovranità « una potestà di fatto, una forza materiale astringente » riferibile soltanto ad uno Stato « concepito come persona reale prima che come concetto del diritto » (80). Certo, non mancano discussioni anche sofisticate sui problemi teorici e metodologici che la teoria kelseniana solleva intorno al problema della 'realtà' dello Stato (81). L'opinione 'media' della giuspubblicistica, e in particolar modo una posizione 'fascisticamente' ortodossa, fa comunque quadrato intorno alla tesi della 'realtà' dello Stato: « lo Stato è un'unità; più precisamente esso è un'entità, che sta a sé, perfettamente distinta dai singoli…; l'ente collettivo ha un interesse suo…., concepito come potenza unitaria, sovrastante all'interesse invididuale » (82).

La 'realtà' dello Stato è il dogma che, per un verso, può essere valorizzato come un momento di continuità con la tradizione giuspubblicistica (soprattutto da parte di chi voglia battere sul tasto del fascismo come 'inveramento' del passato), mentre, per un altro verso, può essere brandito come un'arma nei confronti di recenti ed iconoclastiche 'negazioni': imputabili al 'formalista' Kelsen, certamente, con la sua teoria dell'identità fra Stato e ordinamento giuridico, ma anche al 'realista' Duguit con la sua 'riduzionistica' riconduzione dello Stato al rapporto governanti-governati. Kelsen e Duguit sono gli opposti che si incontrano nel rifiuto di vedere nello Stato il supporto 'reale' di ogni fenomeno politico e giuridico. Il risultato è che « la realtà dello Stato, come ente distinto dai singoli,

(80) A. CAVAGLIERI, *recensione* a H. KELSEN, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen 1920), in *Archivio giuridico*, LXXXVII, 1922, p. 256.

(81) Cfr. ad esempio D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, XIII, 1921, pp. 1-22; O. CONDORELLI, *Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, pp. 307-15; V. MICELI, *La realtà della persona dello Stato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, II, 1922, pp. 220-33; G. PERTICONE, *Il diritto e lo Stato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX, 1929, pp. 451 sgg.

(82) B. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto*, Cedam, Padova 1929, p. 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfuma… » (83), gli individui tornano ad essere i protagonisti, domina il contrattualismo, « la volontà liberamente manifestata dai singoli, favoleggiata dagli apologisti del suffragio universale » (84).

« Più di ogni altro movimento politico, il fascismo ha bisogno di una determinazione della realtà dello Stato » (85): lo Stato fascista non può non essere uno Stato 'reale' perché in esso si sostanzia, con esso in qualche modo si identifica, la nazione. 'De-realizzare' lo Stato è rendere evanescente una delle grandi parole d'ordine del regime, la nazione e la sua missione storica. Stato e nazione si implicano a vicenda: come incarnazione della nazione, esso è reale, inesauribile volontà di potenza (86), « unità trascendente per sua natura gli individui, che vivono in essa necessariamente compresi e subordinati » (87). La negazione della realtà dello Stato, la sua riduzione kelseniana ad un mero sistema normativo, è la negazione dello « Stato vivente », di « quello Stato che noi sentiamo come una realtà nostra, come la nostra forza esteriore e interiore ». « Il Kelsen è un ateo dello Stato. Non crede allo Stato come realtà », verosimilmente condizionato dalla sua appartenenza alla « razza giudaica predominata dalla vocazione all'anarchia e dall'odio contro lo Stato… » (88).

Nessun attributo è riferibile allo Stato se non presupponendo la sua 'realtà' e questa a sua volta trae senso dal nesso costitutivo con la nazione: occorre tener presente questo nesso per intendere la logica del campo semantico 'totalitario', anche se è impossibile in questa sede analizzare i molteplici aspetti che la 'nazione' assume nel dibattito degli anni Venti-Trenta, data la sua ubiquitaria presenza nella pubblicistica fascista. Basterà richiamare l'attenzione solo su alcuni aspetti più generali, di qualche rilievo per la comprensione del lessico 'totalitario'.

In primo luogo, lo Stato come ente reale, come forza irresistibile, irriducibile alla somma delle volontà e degli interessi indivi-

(83) A. Falchi, *La realtà dello Stato* (1932), in A. Falchi, *Lo Stato collettività*, cit., p. 161.

(84) *Ivi*, p. 169.

(85) *Ivi*, p. 167.

(86) *Ivi*, pp. 172-73.

(87) *Ivi*, p. 180

(88) G. Maggiore, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I*, cit., p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duali, trova nella nazione il suo necessario supporto simbolico. Ancora una volta, il fascismo eredita dal secolo precedente un intricatissimo nesso ideologico-politico, ma lo recepisce filtrato dal mito della guerra e dell'espansione armata, che a cavallo dei due secoli aveva svolto un notevole ruolo nell'immaginario europeo. Lo Stato fascista trae dal nesso con la nazione una valenza 'aggressiva' ed espansiva che diviene parte essenziale di quel lessico 'totalitario' che intorno ad esso si viene progressivamente costituendo.

In secondo luogo, 'nazione', in corrispondenza con la molteplicità degli idiomi filosofici adottati dal fascismo, viene declinata promiscuamente secondo paradigmi 'storicistici' e 'naturalistici': la sua valenza aggressiva ed espansionistica, insieme al carattere eterogeneo dei propri fondamenti culturali, facilitano un suo interessante slittamento semantico. È uno slittamento che si accentua proprio negli ultimi anni del regime (ovviamente non senza l'influenza della vicina Germania), proprio quando il campo semantico 'totalitario' si sta compiutamente assestando: lo slittamento da 'nazione' a 'razza', con la conseguente attribuzione allo Stato di nuovi e impegnativi compiti.

Fra i giuristi è ancora Maggiore che, con il suo radicalismo, non esita a gettare un ponte fra i due concetti nel momento in cui mette a punto una compiuta definizione di 'Stato totalitario'. « Totalitario » (e non genericamente « autoritario ») è lo Stato fascista in quanto Stato reale, « sistema di forze storiche concrete, che s'incontrano in un soggetto o persona », non ordinamento formale ma persona reale incarnata « nella personalità stessa del suo Capo »; totalitario è lo Stato fascista altresì perché interamente compenetrato con la vita di una nazione che deve ormai essere concepita come razza (89).

Assai più analitica è l'illustrazione del nesso fra nazione e razza che uno dei più brillanti teorici dello Stato corporativo, Sergio Panunzio, svolge nella seconda edizione della sua ampia *Teoria generale dello Stato fascista*. Panunzio aveva riflettuto in passato sul concetto di nazione (90) e il suo problema è ora determinare i rapporti fra nazione e razza. Entrambe concepibili come miti e

(89) G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit., pp. 7-8.

(90) S. PANUNZIO, *Popolo, nazione e Stato*, La Nuova Italia, Perugia 1933.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

credenze destinati a sfuggire ad un'analisi meramente 'razionale', nazione e razza stanno in relazione fra loro come genere e specie: la nazione è certo anche unità spirituale e culturale, ma non deve essere privata del suo preciso « sostrato bio-antropologico »; non si può concepire la nazione, e quindi anche il nesso nazione-Stato, mettendo in parentesi la razza: non si ha nazione senza « l'unità », senza la « purezza » razziale dei suoi membri ed è un preciso dovere dello Stato provvedere « al mantenimento, alla preservazione ed all'incremento della unità, della purezza e della distinzione della razza » (91).

Che si esalti semplicemente la missione espansionistica e le potenzialità aggressive di una nazione consapevole del suo destino storico o si insista sull'importanza delle sue componenti 'biologiche', razziali, si può attribuire allo Stato fascista la connotazione di 'Stato totalitario' solo a patto di mettere in evidenza il nesso peculiare che lo collega con il suo substrato nazionale e/o razziale. Più in generale, il lessico 'totalitario' non si esaurisce nella contemplazione dello Stato (della sua realtà, dei suoi attributi, dei suoi apparati), ma implica una 'messa in rapporto' dello Stato con un 'altro da sé': con uno spazio sociale che, variamente tematizzato e denominato, non può venire rappresentato come 'esterno' e indifferente allo Stato, ma deve essere descritto nei mille legami istituzionali e simbolici che lo stringono ad esso.

In questa prospettiva, ogni istituto, ogni momento della vita individuale e collettiva può essere assunto come snodo di un'azione che riconduce continuamente i molti all'uno, le singole parti alla totalità statuale. Se è vero dunque che a rigore ogni momento della vita politico-giuridica può offrire il destro per variazioni retoriche sul tema 'totalitario', è anche vero che la pubblicistica fascista agisce preferibilmente in modo selettivo, facendo leva su formule o istituti che più di altri possono essere utilizzati come emblematica testimonianza o reale snodo del 'movimento della totalità'.

Se dunque ogni ganglio o carattere dell'ordine collettivo può essere attratto dal campo semantico 'totalitario', assumono un ruolo prioritario concetti di carattere più generale cui si attribuisce la capacità di cogliere l'essenza del fenomeno. Un termine-chiave in questo senso può essere considerato 'rappresentanza'.

(91) S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., pp. 32-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Rappresentanza' svolge per definizione il compito di gettare un ponte fra dominanti e dominati, fra sovrano e popolo, fra Stato e società. La durevole capacità di suggestione che questo termine ha mantenuto nel corso della sua lunga e complicata storia (92) nasce appunto dal suo proporsi come momento di collegamento fra realtà eterogenee ma necessariamente complementari. La giuspubblicistica del fascismo non rinuncia affatto a questo termine, senza spaventarsi per il fatto che la rappresentanza è stata pur sempre il fiore all'occhiello del costituzionalismo liberale. Per evitare spiacevoli ed equivoche contaminazioni basta ridefinire la rappresentanza strappandola dall'indebita identificazione con una determinata forma di Stato e separandola dalle ipoteche individualistiche della tradizione liberale.

Già la giuspubblicistica prefascista degli Jellinek e degli Orlando aveva d'altronde brillantemente dimostrato la compatibilità del meccanismo rappresentativo con un'opzione rigorosamente statocentrica: la rappresentanza non presuppone necessariamente gli individui che (*uti singuli* o come 'popolo') occupano, in nome dei loro insopprimibili diritti politici, la cittadella statuale. La rappresentanza deve essere (tecnicamente, giuridicamente) concepita come la libera scelta di uno Stato che in essa vede un utile strumento organizzativo e un efficace canale di selezione della classe politica (93).

Andare 'oltre' l'immagine 'statocentrica' della rappresentanza delineata dalla tradizione giuspubblicistica prefascista significa, per un verso, ribadire la posizione derivata, secondaria del soggetto entro l'ordine politico-sociale, l'assoluta autonomia e distanza dello Stato rispetto alle manifestazioni di volontà dei singoli, e, per un altro verso (e di conseguenza) sganciare la rappresentanza dal meccanismo elettorale. La conseguenza è che la rappresentanza non ha più a che fare con i *soggetti* e le loro manifestazioni di opinione o di volontà: la rappresentanza esprime un movimento *oggettivo*,

(92) Cfr. H. HOFMANN, *Repräsentation*, Duncker & Humblot, 1974; G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Angeli, Milano 1988; B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Il Mulino, Bologna 1999.

(93) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 320 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sigilla un processo storico-spirituale (o storico-naturalistico) che si sviluppa autonomamente.

Impostare fascisticamente il problema della rappresentanza, per Costamagna, significa sostituire al carattere della « elettività » il carattere della « organicità »: organica è una rappresentanza che non guardi all'individuo come tale, ma ai contesti sociali in cui esso è concretamente inserito per organizzarli « in un sistema di gerarchie funzionali ». I meccanismi meramente elettorali devono cedere gradualmente il posto al riconoscimento delle funzioni svolte nelle diverse istituzioni in cui si struttura la società: lo stesso concetto di « governo rappresentativo » muta rispetto alle consuete « interpretazioni individualistiche » esprimendo non più il nesso 'atomistico' fra lo Stato e gli individui, ma il legame oggettivo ed 'organico' fra lo Stato e le istituzioni (94).

Introdotti il principio e la realtà del partito unico, avviata la costruzione dell'organizzazione corporativa, la giuspubblicistica fascista può dare per consumato il divorzio dall'imbarazzante versione liberale ed elettoralistica della rappresentanza per valorizzare quest'ultima come un 'oggettivo' collegamento fra Stato e società, come una formula generale impiegabile per esprimere (a seconda dei casi e degli orientamenti) la forza inglobante dello Stato oppure l'ordinato ed organico movimento ascendente di una società 'corporativizzata'. In ogni caso la rappresentanza, sottratta al volontarismo dei soggetti ed al calcolo della fredda aritmetica elettoralistica, diviene il contrassegno generale dell'oggettiva, istituzionale connessione fra Stato e società.

La rappresentanza cessa di essere un preciso meccanismo costituzionale e diviene un tratto generale del nesso Stato-società: la rappresentanza evolve nella celebrazione del carattere rappresentativo dello Stato, della nuova, crescente connessione fra Stato e società. 'Rappresentanza' indica semplicemente il rapporto di aderenza dello Stato alla società: essa anzi si riscontra in ogni gruppo sociale organizzato ed agisce come fattore di omogeneità, come forza che rende « univoche la vita dei membri del gruppo e quella del

(94) C. COSTAMAGNA, *Ancora sull'argomento: Organi, istituzioni, persone giuridiche di diritto pubblico*, in *Lo Stato*, II, 1931, pp. 576-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gruppo nella sua intierezza corporativa » (95). Rappresentativi in questo senso lo sono non solo lo Stato come tale, ma anche alcune sue concrezioni istituzionali: altamente rappresentativa è stata in passato la monarchia e lo è ora il partito fascista, in quanto connesso all'intera società (96).

Lungi dall'identificarsi con la tradizione liberal-parlamentare, la rappresentanza svolge un preciso ruolo anche nel regime fascista: dove il pluralistico 'Stato dei partiti' viene sostituito dallo Stato a partito unico e « l'indifferenziato e amorfo corpo elettorale » cede il passo ad una rete « di istituzioni concretamente rappresentative », ad un'unità politica imperniata sull'asse partito-Stato (97). In Germania come in Italia lo « Stato totalitario a partito unico » assume « la rappresentanza della volontà del popolo in quanto è appunto la autoorganizzazione generale del popolo » (98): si attua così una rappresentanza di tipo nuovo che può dirsi « rappresentanza istituzionale » (99).

È il rapporto Stato-nazione che si presta ad essere descritto, nella cornice del nuovo ordinamento fascista, come rapporto di rappresentanza istituzionale: lo Stato rappresenta la nazione come il sindacato rappresenta l'intera categoria, senza che il nesso rappresentativo dipenda da un'esplicita e volontaristica adesione (100). Non è vero dunque che il carattere rappresentativo dello Stato derivi dall'esistenza di una Camera dei deputati, come se essa fosse l'unico tramite della rappresentanza e proiettasse sull'intero Stato l'alone della 'rappresentatività': è lo Stato come tale ad essere rappresentativo, rappresentativo è il governo nel suo insieme così come rappresentativi sono i singoli organi che, posti al vertice dell'organizzazione statuale, « esercitano in maniera piena ed immediata la potestà di imperio della nazione e perciò la rappresentano in maniera piena ed

(95) Cfr. ad es. G. FERRI, *Rappresentanza politica (Contributo ad una ricostruzione del concetto)*, Athenaeum, Roma 1936, p. 59.

(96) *Ivi*, p. 61.

(97) V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXX, 1938, p. 105.

(98) *Ivi*, p. 106.

(99) *Ivi*, 109.

(100) C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, cit., p. 326.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

immediata » (101). Accanto alla rappresentanza giuridica e alla rappresentanza politica esiste dunque un terzo tipo di rappresentanza, la rappresentanza istituzionale (102): una formula che intende dar veste giuridica al processo di oggettiva 'sussunzione' della società e del suo tessuto istituzionale entro uno Stato 'totalitariamente' concepito.

Certo, non mancano resistenze a ridefinire il concetto di rappresentanza in modo da poterla presentare come la cifra dell'oggettivo rispecchiarsi della società nello Stato. Le resistenze provengono da due sponde, in qualche modo opposte.

A 'resistere' sono in primo luogo i sostenitori della possibilità di applicare al nuovo ambiente politico-istituzionale il metodo e i principali strumenti 'diagnostici' messi a punto dalla tradizione giuspubblicistica fra Otto e Novecento: per Ranelletti, una volta appurato che il meccanismo rappresentativo non riposa sui diritti del popolo sovrano ma deriva dalla sovrana autodeterminazione dello Stato — e questa operazione era già stata condotta in porto dalla giuspubblicistica tedesca e italiana prima dell'avvento dei nuovi regimi — il passaggio all'ordinamento politico fascista è indolore o almeno non richiede un sovvertimento dei princìpi, mentre parlare di rappresentanza per il semplice fatto della « aderenza » di un organo o dello Stato nel suo complesso « ai bisogni, interessi, sentimenti correnti di pensiero di quella comunità o della nazione in generale » diluisce il senso della rappresentanza al punto da renderla sostanzialmente inutile (103).

---

(101) C. Esposito, *Lo Stato e la nazione italiana*, in *Archivio di diritto pubblico*, II, 1937, p. 475. Cfr. anche V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Zanichelli, Bologna 1939. Cfr. in generale L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Cedam, Padova 1972, vol. II, pp. 851 sgg.

(102) Cfr. C. Caristia, *Aspetti recenti del concetto di rappresentanza* (1940), in C. Caristia, *Scritti giuridici*, cit., pp. 443 sgg.

(103) O. Ranelletti, *Teoria sulla rappresentanza*, in *Archivio di studi corporativi*, VI, 1935, pp. 278-79. Cfr. anche O. Ranelletti, *La rappresentanza nel nuovo ordinamento politico e amministrativo italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXI, 1929, pp. 204 sgg. Lo stesso Cesarini Sforza, che aggiunge una postilla di commento alle osservazioni di Ranelletti, pur essendo in generale disposto a valorizzare le novità 'sperimentali' del regime, ritiene a sua volta che far coincidere la rappresentanza con il nesso oggettivo Stato-società cancella il senso di una nozione che, per quanto svincolata dai meccanismi elettorali, deve comunque « emergere come elaborazione spontanea di forze sociali e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una critica eguale e contraria all'applicazione dello schema rappresentativo alla realtà fascista proviene dalle fila di quegli intellettuali che, come Spirito e Volpicelli, stanno conquistando il loro posto al sole nel dibattito corporativistico (e nel conflitto politico che attraverso di esso in qualche modo si esprime) in quanto adottano e sviluppano l'impostazione gentiliana del rapporto fra individuo e Stato. Se Stato ed individuo si identificano, non ha senso limitarsi a correggere la rappresentanza liberale, ma nemmeno è possibile ripensarne a fondo i contenuti come se la rappresentanza fosse uno schema 'neutrale', uno strumento buono per tutti gli usi. La rappresentanza è un ponte fra Stato e società e presuppone quindi la loro radicale distinzione. È la rappresentanza come tale che resta prigioniera dell'impostazione liberale, per la quale « lo Stato *comprende*, ma non *è* la società » (104): gli schemi teorici del passato vivono di questo equivoco di fondo. Nella democrazia come nell'autocrazia la rappresentanza è il cattivo surrogato di un'impossibile unità: impossibile nella democrazia, per l'atomistica frammentazione del 'popolo', impossibile nell'autocrazia, che si limita a moltiplicare gli apparati burocratici per controllare una società destinata comunque a sfuggire alle maglie del controllo (105). Nel corporativismo invece lo Stato è « reale, coestensivo e coincidente col popolo » e cessa il bisogno dell'illusionistico trucco del rappresentante e del rappresentato: è la società stessa che si organizza gerarchicamente e si realizza come Stato, mentre quest'ultimo a sua volta non è che il gerarchico strutturarsi della società; per questo il futuro organo legislativo dovrà essere espresso dai « sommi gradi gerarchici di tutte le corporazioni ».

In un regime consapevole dell'identità profonda fra Stato e società non c'è più spazio per la rappresentanza: è ora il principio di gerarchia il minimo comune denominatore di ogni manifestazione politico-sociale. Mentre la rappresentanza presuppone lo sdoppia-

---

politiche », deve garantire che « i fattori responsabili dei compiti politici e sociali, che lo Stato fascista ha fatto proprio rispetto alle masse, debbono poter da queste emergere quali interpreti dei loro bisogni e dei loro sentimenti » (W. CESARINI Sforza, *Postilla*, in *op. ult. cit.*, pp. 282-83).

(104) A. VOLPICELLI, F. BARBIERI, *Il problema della rappresentanza nello Stato corporativo*, Sansoni, Firenze 1935, p. 12.

(105) *Ivi*, pp. 15-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento (autocratico o democratico) fra potere e società, la gerarchia è l'articolazione dell'unità e proprio per questo è la spina dorsale dell'ordine nuovo: le 'vecchie' alternative (elezione o nomina dei dirigenti, movimento dal basso oppure decisione dall'alto) dovranno essere interamente ripensate ed impostate di nuovo entro « il generale problema della formazione delle gerarchie » (106).

Che si opponga 'gerarchia' a 'rappresentanza' o che si mantenga in vita quest'ultima a patto di ridefinirla come 'istituzionale', resta comunque, al fondo delle logomachie (certo retoricamente e teoricamente significative) sulla rappresentazione 'identitaria' o 'dualistica' dell'ordine politico-sociale, un profilo comune: l'immagine di un ordine dominato dalla categoria dell'omogeneità. Il gioco delle diversità, del confronto, del conflitto (ovviamente ineliminabile nella quotidiana dialettica politica del regime) resta ai margini della teoria: l'aspirazione a liberare la rappresentanza dalle scorie 'elettoralistiche' 'demo-liberali' non è che l'aspetto tecnico-costituzionale di un atteggiamento più generale, che elimina la pluralità e le tensioni delle decisioni politiche e assume come immagine-guida l'unità, l'omogeneità, la totalità. Nella misura in cui l'ordine è l'oggettiva articolazione della totalità politico-sociale (o l'oggettiva sussunzione delle istituzioni nella totalità) la rappresentanza è non tanto (come teme Volpicelli) un elemento di disturbo del nuovo ordine 'totale' quanto un suo simbolo di legittimazione.

5. *'Stato totalitario' e 'Stato etico'.*

Lo Stato 'totalitario' è uno Stato 'rappresentativo': la rappresentanza, depurata dalle incrostazioni ideologiche liberal-democratiche, non mette in evidenza elementi di dualistica tensione ma serve a ribadire l'organica inerenza della società nell'ordine statuale, non evoca immagini di scelta e di discrezionalità individualistiche, ma costituisce il binario lungo il quale si svolge l'azione pervasiva ed ordinante della totalità.

Come cerniera dell'ordine 'totale' la 'rappresentanza' pone in relazione grandezze 'oggettive': non ha a che fare con il mondo della soggettività, che è comunque presente nel campo semantico 'totali-

(106) *Ivi*, pp. 21-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tario' grazie ad altre associazioni simboliche, che svolgono un ruolo altrettanto essenziale nella sua complessiva strutturazione. Lo Stato, come movimento della totalità, non è affatto soltanto una forza oggettiva: è il riferimento esteriorizzato e visibile di una coscienza individuale e collettiva che lo fonda, lo crea, lo riconosce.

L'idea dello Stato come vera e profonda realtà del soggetto proviene (anch'essa) da lontano e approda al fascismo principalmente attraverso la fondamentale mediazione gentiliana. Non si creda però che gli innumerevoli enunciati che nella cultura giuridica ruotano intorno alla dimensione 'etica' dello Stato, al 'riconoscimento' dello Stato, al nesso fra Stato e soggetto siano la testimonianza di un'incontrastata egemonia gentiliana. Gentile (e i teorici del diritto gentiliani) offrono semplicemente l'elaborazione più ampia, articolata, filosoficamente consapevole e sorvegliata di un'immagine del rapporto fra coscienza individuale e Stato, fra consenso e forza, fra riconoscimento e obbedienza che circola in forme variamente spurie, eclettiche, 'contaminate' in tutta la cultura giuridica degli anni Venti e Trenta e costituisce uno degli assi che intersecano il campo semantico 'totalitario'.

L'impostazione gentiliana è sicuramente la più nitida e significativa e viene messa a punto, nei suoi tratti essenziali, ben prima dell'avvento del fascismo. Essenziale (e continuamente evocato e variamente banalizzato) è lo spostamento d'accento dall'interno all'esterno, il passaggio dalla società *inter homines* alla società *in interiore homine*. La società non è primariamente un rapporto estrinseco fra soggetti: non nasce nel momento in cui Robinson incontra Venerdì, ma quando egli nega il proprio nemico interno, « la bassa cupidigia, l'inclinazione egoistica e irrazionale che ogni vigile coscienza sorprende ad ora ad ora nel suo proprio fondo, e che si sforza quivi stesso di reprimere e sottomettere alle finalità superiori » (107).

Certo, la società implica « una volontà superiore che disciplini le volontà associate unificandole in una legge comune », il diritto non può prescindere dalla coazione, dalla forza che impone l'osservanza delle regole. Ha luogo però anche nel processo politico-sociale un

(107) G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916), [Opere complete, IX] Sansoni, Firenze 1955, p. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fenomeno riscontrabile nel microcosmo dell'educazione: la forza, che sembra comprimere l'uomo dall'esterno, assume un valore liberatorio non appena egli la scopre come la regola profonda del suo stesso esistere. Educazione significa appunto, in senso speculativo, passaggio dall'esteriorità all'interiorità e come tale essa non riguarda solo il fanciullo ma coinvolge ogni essere umano: l'educazione, come apprendimento del passaggio dall'esterno all'interno, come scoperta della propria volontà profonda, coincide con la vita spirituale, che è lotta contro i particolarismi e gli egoismi, è « appropriazione e interiorizzazione delle forze esterne », capaci di agire solo in quanto divenute forze proprie del soggetto (108). La dialettica del volere e del voluto è un inesauribile processo nel quale l'individuo si sottomette ad una volontà 'esterna', oggettivata, proprio perché la riconduce ad un volere in atto, la scopre come il suo stesso « essere realizzato » (109).

Se dunque il problema etico-politico di fondo è, per il soggetto, superare le egoistiche, 'individualistiche', inclinazioni (il 'nemico interno') e scoprire la sua profonda vocazione alla totalità, si comprende come la guerra — la Grande Guerra — appaia anche a Gentile (come a tanti suoi contemporanei (110)) la grande occasione per una rigenerazione morale e politica dell'Italia. La guerra è « un atto assoluto », « il vero atto assoluto di ognuno di noi: è la sola cosa che si possa fare, perché la sola che realmente si faccia nel mondo » (111). Per quanto terribile e in se stessa sperpero di ricchezze spirituali e materiali, la guerra si impone come un destino che richiede l'*unum sentire* di ogni cittadino: la nazione si trova al fondo della coscienza di ogni cittadino e vive della concorde volontà di tutti. Superare il particolaristico 'nemico interno', fare il proprio dovere, significa quindi lasciare che « *provideant consules*... cementando con disciplina ferrea [la] compattezza spirituale della nazione… » (112).

---

(108) *Ivi*, pp. 83-85.

(109) *Ivi*, p. 92.

(110) Resta un fondamentale punto di riferimento M. Isnenghi, *Il mito della grande guerra*, Laterza, Roma-Bari 1973.

(111) G. Gentile, *Filosofia della guerra* (1914), in G. Gentile, *Frammenti politici*, Ricciardi, Napoli 1919, p. 14.

(112) G. Gentile, *Disciplina nazionale* (1919), in *op. ult. cit.* pp. 26-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La nazione non è, come vogliono i Rocco e i Corradini, una realtà naturale, ma « una coscienza, un bisogno interiore, un processo morale, un atto insomma di vita »: « la nazione non c'è, se non in quanto si fa » (113). La nazione è il frutto della tensione morale, della disponibilità al sacrificio, della lotta contro il 'male' (l'affermazione dell'individualità come tale, del suo 'particolarismo') di tutti i soggetti; è una realtà che emerge con le sue perentorie e indilazionabili esigenze nel momento della crisi 'suprema', nella guerra, ma continua ad esigere, anche nella ordinaria quotidianità, la continua dedizione di ciascuno: la nuova Italia, per Gentile, presuppone appunto l'impegno etico-politico dei cittadini, la conferma di quella disponibilità al sacrificio dimostrata negli anni della guerra, la vittoria della concordia sulle divisioni.

L'Italia della guerra non è una parentesi che si può chiudere al più presto per tornare allo sfrenarsi dei bisogni e al primato dei diritti individuali (114). La guerra è al contrario il momento inaugurale di un'Italia nuova, il concorde ed omogeneo riconoscersi di un popolo in uno Stato che ne esprime la profonda ed unitaria volontà: la cifra dell'ordine sociale « consiste appunto nel superare il dualismo della volontà individuale e della volontà collettiva » ritrovandosi uniti nella « volontà comune che è lo Stato » (115). Lo Stato storicamente esistente, lo Stato italiano così come si è venuto costituendo a partire dal Risorgimento, è una realtà solo apparentemente 'esterna': per essere capito nella sua vera essenza esso deve essere continuamente ricondotto al soggetto, riconosciuto da questi come sua forza propria, così come i soggetti, per realizzare se stessi, devono trascendere le divisioni particolaristiche e il conflitto degli interessi riconoscendosi e ritrovandosi nella superiore unità dello Stato.

La nazione gentiliana non è la 'naturalistica' nazione dei nazionalisti e profondamente diversi sono i rispettivi presupposti e stili discorsivi. Ciò non toglie però che siano presenti, anche entro quel movimento 'nazionalista' che costituisce uno dei principali affluenti del bacino fascista, non soltanto la polemica antiedonistica, antiuti-

(113) G. GENTILE, *Nazione e nazionalismo* (1917), in *op. ult. cit.*, pp. 50-52.

(114) G. GENTILE, *La crisi morale* (1919), G. GENTILE, *Dopo la vittoria. Nuovi frammenti politici*, La Voce, Roma 1920, pp. 74-75.

(115) G. GENTILE, *Le due democrazie* (1915), in *op. ult. cit.*, p. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

litaristica, anti-individualistica, la celebrazione del necessario sacrificio del soggetto a vantaggio di una nazione irriducibile alla somma dei suoi componenti, ma anche l'immagine dello Stato come realizzazione della 'vera', profonda realtà del soggetto, il senso di un nesso forte e diretto fra 'coscienza' individuale e Stato (116).

La dimensione etica dello Stato va di pari passo con la disposizione oblativa e sacrificale del soggetto ed entrambi sono il necessario supporto della potenza sovrana. Per il gentiliano Maggiore, la crisi di legittimità della classe politica liberale coincide proprio con la decisione di « dispensare la felicità ai sudditi, invece che affermare su di loro la sua autorità. Lo Stato non è un'azienda cooperativa, che debba rendere il massimo degli utili agli associati, ma è una legge morale che deve adempiersi, occorrendo, col sacrificio della felicità dei soggetti » (117). Eticità e potenza dello Stato si sorreggono a vicenda perché la forza coattiva è gentilianamente uno strumento di quell'ininterrotto processo educativo che induce il soggetto a scoprire, *in interiore homine*, il superamento del particolarismo e il riconoscimento dell'autorità. Interiorizzazione dello Stato, sacrificio dell'individuo particolaristico — l'affermazione irrelata ed 'anarchica' del soggetto e dei suoi diritti — e sviluppo di una potenza sovrana che non scende a patti con i sudditi ma li governa in vista delle proprie finalità etico-storiche sono aspetti complementari della medesima realtà.

L'eticità e la potenza dello Stato trascendono la sua valenza strettamente giuridica anche se non la azzerano necessariamente. Quando nel '21 Panunzio riflette sullo 'Stato di diritto' è ancora una sua preoccupazione quella di comporre in qualche modo Kant con Hegel, lo 'Stato di diritto' con lo 'Stato etico'. È possibile comunque per Panunzio parlare di 'Stato di diritto', purché sia chiaro che la dimensione giuridico-garantistica copre soltanto un momento e un aspetto della vita dello Stato: si riferisce alla sfera della semplice coesistenza 'contrattuale' degli individui e non va al di là di una visione statica della statualità. Il diritto (lo 'Stato di diritto') ha due fondamentali limitazioni: concerne solo il presente, non ha la capa-

(116) A. PAGANO, *Idealismo e nazionalismo* (1913), in A. PAGANO, *Idealismo e nazionalismo*, Treves, Milano 1928, pp. 36-37.

(117) G. MAGGIORE, *Che è la borghesia?*, Il Solco, Città di Castello 1921, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cità di reggere il movimento storico, di guidarlo, di indirizzarlo e non vale per tutti i casi della vita, ma solo per l'ordinaria e tranquilla quotidianità. La vita non è però solo pacifica coesistenza e si spinge spesso a chiedere la « dedizione totale » « degli individui al tutto etico ». Scoppia il caso di eccezione, di cui l'esempio emblematico è la guerra: non serve allora « la logica 'ordinaria' » dello Stato, « ogni criterio giuridico è superato » e chi si assume la responsabilità del momento supremo è l'Eroe, la personalità eccezionale che interpreta le esigenze 'profonde' della nazione « al di sopra di ogni limite e criterio giuridico ». Cessa lo 'Stato di diritto' e subentra lo 'Stato etico', « come ente storico e come persona a sé e per sé, che è lo Spirito stesso » (118). Ancora una volta, il momento di eccezione — la guerra — mette in luce la profonda dimensione sacrificale dell'individuo e la necessità di un collegamento (non più giuridicamente mediato) dei soggetti con lo Stato, la cui potenza storicamente preveggente fa tutt'uno con il suo afflato etico.

Lo 'Stato di diritto' è quindi il momento statico e formale che, lungi dall'esaurire la realtà dello Stato, ne costituisce solo una prima e parziale manifestazione: nella sua essenza lo Stato viene còlto soltanto da chi vada oltre lo Stato-persona giuridica e scopra lo Stato come « individuo storico vivente », come « persona morale ». Nella sua dimensione etica lo Stato è azione, dinamismo, proiezione verso il futuro: in quanto compimento della volontà 'profonda' dei soggetti, espressione della coscienza nazionale, lo Stato non può limitarsi ad assicurare il kantiano contemperamento delle libertà (private), ma decide del destino della comunità nazionale (119).

Per intendere lo Stato occorre quindi superare due impostazioni parziali e insufficienti, l' « individualismo » e l' « universalismo »: l'individualismo, profondamente impresso nella tradizione giuridica liberale e nella coscienza comune, che crede di esaltare l'assoluta libertà del soggetto mentre poi inciampa nel limite, entro la sua prospettiva insuperabile, dell'alterità (e dello Stato come 'altro'

(118) S. PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 156-159.

(119) Cfr. U. REDANÒ, *Lo Stato etico*, Vallecchi, Firenze 1927. Cfr. anche la recensione di C. CURCIO, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VII, 1928, pp. 102-104. Cfr. anche U. REDANÒ, *Lezioni di dottrina generale dello Stato. Parte generale*, Signorelli, Roma 1929.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ostile ed avverso); l'universalismo, che concepisce l'autorità (quale che sia il fondamento, umano o divino, ad essa attribuito) come una « forza che disciplina l'attività umana senza che incontri e susciti l'adesione » dei soggetti e la riduce quindi ad un insieme di « mere forze fisiche » che premono ciecamente su di noi (120). Protagonisti del processo storico-politico non sono l'individuo empirico della tradizione individualistica, la persona dei giuristi, l'astratto centro di imputazione di immutabili diritti e di doveri, e nemmeno lo Stato « Leviatano », oggettiva e astratta universalità, ma il soggetto che abbraccia ogni individualità, scopre se stesso come « autocoscienza », « supera la sua immediatezza » e « conosce la sua essenza » (121). È allora che l'individuo si eleva « allo Stato per celebrare la sua umanità » (122) e vede nello Stato non il mostro biblico, ma « lo Stato dell'individuo, perché è esso stesso soggettività assoluta » (123). In quanto « organizzazione totale della vita umana nella concreta forma dell'*ethos*, lo Stato non si presta quindi, come vorrebbe Panunzio, ad essere distinto in 'Stato di diritto' e in 'Stato etico': lo Stato è interamente etico, nel senso che l'intero processo di costituzione della sovranità « si fonda nel soggetto in quanto divenga cittadino », in quanto coglie in se stesso, *in interiore homine*, la radice dello Stato (124).

Superiore al diritto, proteso verso il futuro, fondato sulla realtà 'profonda' del soggetto, lo 'Stato etico' (quale che sia il rapporto che esso intrattiene con la sfera giuridica) appare comunque un momento essenziale nella rappresentazione di una totalità che, se per un verso viene descritta come il movimento 'oggettivo' di una società istituzionalmente ordinata, per un altro verso presuppone il ricono-

(120) F. Battaglia, *Dall'individuo allo Stato* (1932), in F. Battaglia, *Scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano 1939, p. 56. Su Battaglia cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, *passim*.

(121) F. Battaglia, *Dall'individuo allo Stato*, cit., pp. 48-51.

(122) *Ivi*, p.59.

(123) *Ivi*, p.63.

(124) F. Battaglia, *La concezione speculativa dello Stato* (1935), in F. Battaglia, *Scritti*, cit., pp. 164-65. Cfr. anche per analoghe considerazioni ad es. A. Volpicelli, *Lo Stato e l'etica. Nuove osservazioni polemiche*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, IV, 1931, pp. 163-75; G. Gentile, *Il concetto dello Stato in Hegel*, in *op. ult. cit.*, pp. 321-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scimento 'soggettivo' dell'autorità. L'avvento stesso dello Stato fascista, l'instaurazione della nuova autorità, implica per Gentile l'intervento di un potente fattore 'soggettivo', che agisce al fondo di tutta la storia d'Italia. Mazzini, Gioberti, la Destra storica, la Sinistra, Giolitti sono figure di un gioco dove Stato e individuo si implicano a vicenda ma spesso e volentieri si mostrano incapaci di riconoscersi reciprocamente nella loro effettiva e profonda realtà. Il forte senso dell'autorità caratteristico degli uomini della Destra è messo in scacco da un individuo che non riesce ad immedesimarsi nella vita dello Stato e sente la legge come un vincolo soffocante; da ciò una lunga china discendente, l'avvento della sinistra, la degenerazione democratico-parlamentare, il materialismo dei bisogni e il particolarismo dei diritti (125).

Il fascismo è appunto il rifiuto di rassegnarsi ad una dissoluzione che investe, necessariamente insieme, lo Stato e l'individuo. Le « squadre d'azione » con il loro comportamento illegale e violento « sono la forza di uno Stato virtuale che tende a realizzarsi e per realizzare un regime superiore trasgrediscono la legge regolatrice del regime che si vuol rovesciare perché impari all'essenza dello Stato nazionale a cui aspira » (126). L'instaurazione (o ricreazione) del 'vero' Stato procede attraverso l'azione di soggetti che, vittoriosi contro il 'nemico interno' — il particolarismo, l'individualismo —, esteriorizzano la lotta, la estendono al 'nemico esterno' — l'eterogeneità dei punti di vista e delle azioni irriducibilmente divergenti, l'ostinato rifiuto dell'*unum sentire* — introducono con l'uso 'pedagogico' della violenza l'omogeneità e la concordia, trovano infine nello Stato rinnovato il coronamento della loro azione (127).

Avverso ad ogni dualismo — fra pensiero e azione, fra Stato e individuo — il fascismo esprime un pensiero « totalitario » (128); ed asse portante del movimento 'totalitario' è appunto la reciproca immedesimazione di Stato e individuo, « termini inseparabili d'una sintesi necessaria ». L'essenza dello Stato fascista è il fatto che « la

(125) G. GENTILE, *Origini e dottrina del fascismo* (1928), Libreria del Littorio, Roma 1929, pp. 12 sgg.

(126) *Ivi*, p. 33.

(127) Sull'uso pedagogico della violenza cfr. anche S. PANUNZIO, *Diritto, forza e violenza. Lineamenti di una teoria della violenza*, Cappelli, Bologna 1921, p. 209.

(128) G. GENTILE, *Origini e dottrina*, cit., pp. 35 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua formazione è formazione della coscienza dei singoli, e cioè della massa, nella cui potenza la sua potenza consiste » (129).

Il rapporto con le masse, affidato a congegni istituzionali che 'oggettivamente' organizzano la popolazione e la subordinano alle direttive dell'autorità, si completa e si rafforza, sul versante della 'soggettività', insistendo sull'afflato etico dello Stato e sul tema del 'riconoscimento', sulla necessità di una convinta, profonda adesione dei soggetti allo Stato. La teoria dello Stato 'in interiore homine' non resta una formula 'soltanto' filosofica, ma investe anche il processo 'empirico' di formazione del consenso ed esige la predisposizione di un apposito apparato istituzionale. Proprio perché fondato sul 'riconoscimento' lo Stato fascista ha bisogno « del Partito e di tutte le istituzioni di propaganda e di educazione » che permettano di « ottenere che il pensiero e la volontà di uno che è Duce diventino il pensiero e la volontà della massa » (130).

Lo Stato etico — osserva il filosofo Rensi nel '26, avendo ormai superato, nel caleidoscopico avvicendarsi delle sue posizioni, una precedente fase di celebrazione della restaurazione autoritaria del fascismo — è lo Stato « che ha la missione di far penetrare nelle coscienze l'eticità ..., che vuol dare alle generazioni una 'forma mentis', quella che corrisponde alla ragione o spirito in sé »; la ragione o spirito 'in sé' è però singolarmente fatta coincidere con la ragione di « coloro che lo propugnano » — e Gentile presenterà infatti nel '28 la rivoluzione fascista, come abbiamo veduto, come il risultato dell'azione formalmente illegale ma profondamente 'statuale' di una minoranza che, vittoriosa nella lotta contro il nemico interno ed esterno, ritrova in sé e ricrea fuori di sé il 'vero' ordine statuale. È appunto la tesi della coincidenza della ragione dei 'pochi' con la ragione 'in sé' che per Rensi evoca lo spettro del giacobinismo: lo Stato etico, lo Stato che come tale si vuole contrapporre allo « Stato 'agnostico' » « *è nient'altro che lo Stato giacobino* ». La distanza del fascismo dalla rivoluzione francese è quindi più apparente che effettiva, dal momento che l'intervento decisivo e immediato delle 'minoranze' rivoluzionarie in nome della 'vera' autorità e la tesi della necessaria riconduzione dell'individuo alla totalità (della

(129) *Ivi*, p. 48.
(130) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazione, del popolo, dello Stato) sono tratti di un atteggiamento (per Rensi) originariamente rousseauviano-giacobino (131).

Non basta comunque l'acuta connessione 'genealogica' instaurata dall'eccentrico Rensi fra 'giacobinismo' e ' Stato etico' a contrastare il successo di uno schema teorico che offre la possibilità di ricondurre 'necessariamente' i soggetti (non gli individui 'empirici', ma la 'vera', 'profonda', autocosciente soggettività) al 'riconoscimento' dell'autorità: un riconoscimento che, se trova il suo fondamento speculativo nell'immagine di un soggetto profondamente vocato alla statualità, si traduce e si concretizza in un'inedita attenzione ai processi di formazione del consenso, in un'organizzazione capillare delle istituzioni a ciò deputate, insomma in un'imponente azione di rafforzamento di quel 'sentimento dello Stato' che deve essere la quotidiana e tangibile espressione della speculativa e autocosciente vocazione 'universalistica' dei soggetti.

Sul 'sentimento dello Stato' si diffonde Panunzio, assumendolo come una condizione imprescindibile dell'ordine fascista. La crisi del dopoguerra è per Panunzio una crisi del 'sentimento dello Stato': non tanto collassano le strutture e la forza materiale dello Stato, quanto viene meno il consenso nei suoi confronti; lo Stato liberale è separato dalle masse e le masse sono polverizzate in una molteplicità di individui 'atomizzati'; la guerra fa intravedere la possibilità di un'alternativa in una nuova, disciplinata concordia nazionale, che viene però frustrata dalla rinnovata conflittualità del dopoguerra: è in questo scenario di crisi che irrompe il fascismo ritrovando lo smarrito nesso fra Stato e masse, instaurando la concordia, inaugurando l'epoca dei doveri e della solidarietà, celebrando appunto « il sentimento dello Stato » (132).

Siamo di fronte allo schema narrativo abitualmente impiegato dalla pubblicistica fascista per dar conto della genesi e della legittimità storica del nuovo regime: ciò che emerge con forza nella

(131) G. RENSI, *Autorità e libertà*, Libreria Politica Moderna, Roma 1926, pp. 56-57. Su Rensi cfr. E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana 1900-1943*, Laterza, Roma-Bari 1975, vol. II, *passim*; A. SANTUCCI, *Un irregolare: Giuseppe Rensi*, in O. POMPEO FARACOVI (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana*, cit., pp. 201-239; R. CHIARENZA, N. EMERY, M. NOVARO, S. VERDINO (a cura di), *L'inquieto esistere*, EffeEmmeEnne, Genova 1993.

(132) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 27 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versione panunziana è però l'importanza attribuita al momento soggettivo, al ruolo del consenso e della fede comune, che si aggiunge, come indispensabile forza coesiva e propulsiva, alla rete di istituzioni che (ad esempio per Rocco, cui Panunzio si riferisce polemicamente) devono, *ex alto*, organizzare e controllare le masse (133). Non bastano i congegni istituzionali: le masse devono sentirsi legate allo Stato da un sentimento di appartenenza esclusiva analogo a quello che prova il fedele nei confronti della sua Chiesa, devono sentirsi strette ad esso da vincoli dotati della medesima forza emotiva e coinvolgente, della medesima assolutezza: il « sentimento dello Stato » è un senso di appartenenza ecclesiale e come tale è una componente essenziale della « totalitarietà ». « La *totalitarietà* è una conseguenza diretta ed immediata della ecclesiasticità. Chi ha una fede e crea con questa lo Stato, impone a tutto e a tutti questa fede… » (134). Fra le molte forme e forze cooperanti nel rendere infrangibile l'unione fra le masse e lo Stato (analizzate a più riprese da Panunzio nella sua copiosa produzione e presentate conclusivamente nella sua *Teoria generale*) il 'sentimento dello Stato', il senso di una forte omogeneità « spirituale ed ideale », appare una delle più significative. Lo Stato fascista è uno « Stato ecclesiastico » (135), fondato sull'*unum sentire* delle masse, sull'adesione 'profonda' del soggetto, su una fede che, come ogni fede, deve sostanziarsi in convincimenti fermi ed incrollabili, deve essere combattiva, militante, rafforzata da precise e solenni ritualità.

Il campo semantico totalitario si spartisce equamente fra 'soggetto' e 'oggetto', si compone di espressioni che richiamano la fitta trama delle istituzioni in cui si articola la società e lo Stato fascista e di lemmi che sottolineano il momento della legittimità, del convincimento collettivo, dell'adesione emotiva, della fede comune. In entrambi i casi la metafora di riferimento (una metafora che potremmo dire, mutuando abusivamente l'espressione da tutt'altro contesto, 'ossessiva') o, se si preferisce, il mito di fondazione è la condanna delle diversità ed il trionfo dell'omogeneità.

---

(133) *Ivi*, pp. 145 sgg.

(134) *Ivi*, pp. 239-40.

(135) S. PANUNZIO, *Teoria generale*, cit., pp. 59-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *'Stato totalitario' e 'partito'.*

Lo Stato totalitario è tale in quanto riconduce a se stesso la società attraverso una rete di istituzioni che assicurano il minuzioso controllo della sua dinamica, ma è tale anche in quanto presuppone una fede politica e un sistema di valori nei quali le masse possano compattamente riconoscersi. Vengono quindi attratti nel campo semantico 'totalitario' forme istituzionali e organizzative molto diverse fra loro, ma riconducibili a vario titolo all'immagine (continuamente reiterata nella pubblicistica del regime) della titanica *reductio ad unum* di cui il fascismo intende farsi carico.

Appare fondamentale in questa prospettiva il nesso che viene ad instaurarsi fra Stato e partito. Il problema è difficile e tormentato e pone, a partire dalla cosiddetta costituzionalizzazione del Gran Consiglio, delicati problemi di carattere giuridico sui quali si affaticano, sostenendo posizioni anche sensibilmente difformi, i giuristi del regime (136): sono in gioco, per un verso, il problema della natura giuridica del partito fascista (volta a volta definito come organo dello Stato, come persona giuridica pubblica, come persona giuridica privata, come ente parastatale ecc.), mentre, per un altro verso, emerge sullo sfondo la questione della caratterizzazione della forma di governo fascista e del rapporto fra re e capo del governo. Più che i precisi profili giuridico-costituzionali (sui quali è impossibile diffondersi in questa sede) incidono però sulla strutturazione del campo semantico 'totalitario' enunciati che valgono non tanto come segno di divisioni all'interno della pubblicistica fascista quanto come espressione di strategie retoriche abbastanza diffuse e condivise.

Si discute accanitamente sulla natura giuridica del partito e sulla forma di governo e tuttavia si tributa il dovuto omaggio all'insostituibile ruolo del partito nella genesi e nello sviluppo della rivoluzione fascista. Perché ciò sia possibile occorre comunque mantenere un qualche equilibrio fra Stato e partito, senza trasformare l'idea della centralità dello Stato (che costituisce d'altronde per tutti un 'dogma' indiscutibile) nella tesi della sua sostanziale autosufficienza. È a quest'ultima soluzione che inclina invece Ranelletti, che non

(136) Una precisa ed esauriente analisi in P. POMBENI, *Demagogia e tirannide*, cit., pp. 327 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manca coerentemente di svolgere anche su questo delicato terreno la parte del campione della 'continuità', il teorico dell'indolore applicabilità delle categorie giuridiche della giuspubblicistica prefascista al nuovo contesto politico-istituzionale.

Ranelletti riconosce la rottura indotta dall'avvento del partito unico nel sistema pluripartitico dell'Italia prefascista ed è persino disposto ad etichettare come 'totalitario' « il divieto di costituzione di ogni altro partito ». L'uso del lessico 'totalitario' si arresta peraltro a questa soglia, indubbiamente piuttosto bassa rispetto alle più altisonanti, e più diffuse, inclinazioni linguistiche e retoriche: 'totalitario' in questo caso indica semplicemente (come nelle prime testimonianze lessicali del termine, di parte antifascista) tutto ciò che interrompe il modello costituzionale tradizionalmente consolidato (137). Il prosieguo dell'argomentazione è tesa a dimostrare che il partito non è persona giuridica, non è organo dello Stato, non è in definitiva un elemento determinante per la caratterizzazione dello Stato fascista. Resta quindi confermata ancora una volta, ed esplicitamente enunciata, la tesi secondo la quale « la dottrina italiana può mantenere fermi i concetti e i princìpi, cui era pervenuta, sulla nozione dello Stato », sulla sua potestà d'impero, sul suo rapporto con il popolo: lo Stato è (secondo la 'classica' enunciazione della giuspubblicistica) l'incarnazione istituzionale del popolo e nessun elemento può proporsi come strumento indispensabile del suo dominio o come limite invalicabile della sua azione; è lo Stato come tale (insieme alle istituzioni che da esso direttamente dipendono) che realizza l'interesse generale e l'armonia sociale senza che debbano intervenire altre forze ad esso non riconducibili (138). Di fronte a questa 'estrema' rivendicazione di 'tradizionalismo' (139) è comprensibile la reazione di Costamagna, che in due riprese (140) accusa, nel

(137) O. Ranelletti, *Il partito nazionale fascista nello Stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXVIII, 1936, p. 16. Cfr. P. Pombeni, *Demagogia e tirannide*, cit., p. 388.

(138) O. Ranelletti, *Il partito nazionale fascista*, cit., pp. 27-28.

(139) Anche Liuzzi aveva d'altronde negato la plausibilità giuridica dello Stato-partito: cfr. P. Pombeni, *Demagogia e tirannide*, cit., pp. 338 sgg.

(140) C. Costamagna, *Il partito nazionale fascista fuori dello Stato*, in *Lo Stato*, VII, 1936, pp. 101-103 (cui risponde con una breve nota Ranelletti in *Rivista di diritto pubblico*, XXVIII, 1936, p. 202, mentre Costamagna ribadisce la sua critica in *Ancora sul tema 'Stato e partito' (per il prof. O. Ranelletti)*, in *Lo Stato*, VII, 1936, pp. 368-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

merito, il suo interlocutore di aver posto 'fuori' dallo Stato il partito, di avere cioè frainteso l'importanza del nesso Stato-partito, e, nel metodo, di ignorare la specificità dello Stato fascista riconducendolo ad un tipo 'eterno' di Stato, per l'appunto lo Stato teorizzato dalla giuspubblicistica prefascista (141).

Il rapporto fra Stato e partito, per quanto variamente interpretato, non può risolversi nell'esaltazione esclusiva ed unilaterale del primo termine. Per Panunzio occorre impostare il rapporto Stato-partito tenendo presenti i due diversi profili del fenomeno, l'aspetto tecnico-giuridico (statico) e l'aspetto storico-politico (dinamico). Da un punto di vista dinamico (e genetico) è il partito che come forza propulsiva e rivoluzionaria ha rifondato lo Stato, mentre, da un punto di vista rigorosamente giuridico, esso è soltanto una componente interna od organo della compagine istituzionale dello Stato. Occorre comunque guardarsi dal dedurre dalla posizione eminente dello Stato la conseguenza di uno svuotamento del ruolo del partito, come se quest'ultimo fosse ormai completamente assorbito dallo Stato, come se la funzione del partito si fosse esaurita nel processo di rifondazione dello Stato stesso. Restano diverse e tutte egualmente essenziali le caratteristiche e le funzioni del partito e dello Stato. Nel Gran Consiglio (e per esso nel regime) Stato e partito trovano un decisivo punto di confluenza; la loro interazione però è più ricca e complessa di quanto l'analisi giuridico-formale possa mostrare e si riassume per Panunzio in questa formula: « il Partito crea lo Stato, e lo Stato, creato dal Partito, si asside, a sua volta, sul Partito » (142).

Quale che sia la rappresentazione della natura giuridica del partito, il suo ruolo appare essenziale come volano del processo di sussunzione della società nello Stato o, se si preferisce, come strumento di unificazione e di organizzazione politico-statuale della società. Questo ruolo per Panunzio si estrinseca in due direzioni principali: in primo luogo il partito permette allo Stato fascista di assolvere fino in fondo la sua missione nazionale, ponendosi come cinghia di trasmissione fra lo Stato e l'intera società, impedendo che

(141) C. COSTAMAGNA, *Ancora sul tema*, cit., pp. 308-309.

(142) S. PANUNZIO, *Il Partito* (1930), in S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Treves, Milano 1933, pp. 178-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'una o l'altra classe si impadronisca delle istituzioni e le pieghi ai propri fini; in secondo luogo, il Partito « è il grande titolare dell'educazione nazionale », influente nello stimolare e nel coordinare quella rete capillare di istituzioni (dalla Milizia ai Fasci femminili, al Dopolavoro ecc.) che svolge già un'essenziale funzione unificante, ma ha bisogno di uno stimolo e di un controllo 'esterni' per muoversi ordinatamente incontro allo Stato; in terzo luogo, il partito svolge un'importante funzione di preparazione dei quadri, di selezione e di istruzione della classe dirigente, agendo come « la Grande Scuola formatrice e preparatrice degli uomini che devono dirigere lo Stato » (143).

È in sostanza in una continua variazione di questi temi che la pubblicistica fascista si esercita nel momento in cui lascia sullo sfondo il problema tecnico-giuridico della natura del partito per dedicarsi a distillare i succhi 'totalitari' che il nesso Stato-partito può sprigionare. Questo rapporto può essere valorizzato tanto insistendo sul carattere oggettivo ed istituzionale della mediazione partitica quanto declinando i temi della soggettività e della fondazione etica dell'ordine politico. Il partito può essere presentato come lo snodo di un processo che muove dal soggetto (lo Stato *in interiore homine*) e permette il superamento degli interessi particolaristici attingendo all'universalità dello Stato (144); oppure come uno Stato *in fieri*, uno Stato virtuale (145), una forza che si è dimostrata storicamente capace di rifondare lo Stato, di creare il 'vero' Stato liberando il suo nucleo vitale dalle degenerazioni democratico-parlamentari.

Ponte fra Stato e società, il partito, per un verso, è la spina dorsale di un assetto gerarchico che dal vertice raggiunge la base, mentre, per un altro verso, è veicolo di integrazione, tramite di un movimento 'ascendente' e centripeto (146). Lo Stato è la struttura formale che deve essere rivitalizzata da un partito che si propone

(143) *Ivi*, pp. 180-81.

(144) G. CHIARELLI, *Il Partito nello Stato fascista*, in O. FANTINI (a cura di), *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, Ed. Italiana di Attualità, Roma 1931, p. 55.

(145) A.C. JEMOLO, *Intorno alla nozione giuridica del P.N.F.*, in *op. ult. cit.*, p.107; G. GENTILE, *Il Partito e lo Stato*, in *op. ult. cit.*, p. 99.

(146) C. COSTAMAGNA, *I princìpi generali della dottrina fascista dello Stato*, in *op. ult. cit.*, pp. 68-69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come il vigile custode della rivoluzione (147). Enfatizzando il Gran Consiglio come punto di incontro fra partito e Stato e sorvolando sui più spinosi e controversi particolari tecnico-costituzionali, è possibile volta a volta celebrare l'apporto dinamico dello Stato o la solidità statica dell'apparato statuale e in ogni caso muoversi all'interno di una retorica 'totalitaria' che fa del nesso Stato-partito un asse fondamentale.

Per Perticone lo Stato-partito è una nozione che solo superficialmente si può contrapporre allo Stato di diritto. Il diritto infatti, inteso come « volontà legislatrice in atto », è sempre volontà tipica, volontà praticamente determinata, quindi « volontà di 'partito' ». « Il partito, che unifica e sintetizza la realtà storica di un paese e di un popolo…è dunque da questo punto di vista, come partito di governo, lo Stato stesso » (148). Il partito deve essere quindi concepito come un momento di quel vasto processo di unificazione del molteplice che coincide con la fondazione stessa dell'ordine. Il partito raccoglie e unifica le volontà individuali e opera non già come una setta, come un movimento circoscritto e particolaristico, ma come il portatore di un « programma di vita » che investe ogni aspetto della società; « la sua portata » è « totalitaria », la sua volontà sottomette e assorbe « ogni altra volontà » e si propone appunto come volontà di un movimento « che è, o tende a essere Stato » (149).

La centralità del partito (o del sistema dei partiti) e la vocazione totalitaria di ciascun partito in lotta con ciascun altro sono d'altronde aspetti di un fenomeno che in Germania tanto Schmitt quanto Leibholz avevano ampiamente tematizzato e indicato come un tratto tipico della moderna democrazia di massa (150). Ricollegandosi a questa linea interpretativa non è quindi difficile presentare

---

(147) E. GROPPALLO, *Il partito unico*, in *Il diritto del lavoro*, IX, 1935, pp. 265 sgg.

(148) G. PERTICONE, *La concezione speculativa dell'attività giuridica, II, Regime politico e ordine giuridico*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma 1936, pp. 37-38.

(149) *Ivi*, pp. 39-41.

(150) Sul problema dei partiti politici cfr. il fondamentale contributo di P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea (1830-1968)*, Il Mulino, Bologna 1985; F. GRASSI ORSINI, G. QUAGLIARIELLO (a cura di), *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo: crisi della rappresentanza e riforma dello Stato nell'età dei sistemi politici di massa, 1918-1925*, Il Mulino, Bologna 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la vocazione 'totalitaria' del partito fascista (o anche nazionalsocialista o sovietico) come un segno dei tempi: il nesso Stato-partito che costituisce un tratto tipico del regime fascista è la chiara esplicitazione e sistemazione di quella crescente rilevanza costituzionale che il partito non può non assumere nella società di massa, venendo a svolgere, in particolare entro l'originale cornice istituzionale del fascismo, un doppio ruolo, di raccordo fra società e Stato, per un verso, ma anche, per un altro verso, di cerniera del tessuto sindacal-corporativo (151).

Collocato sull'asse portante del campo semantico 'totalitario' — il movimento di sussunzione della società nello Stato — il partito svolge un ruolo-chiave prima spiegando e legittimando la genesi dello Stato fascista, poi mantenendo forte e vitale il rapporto fra Stato e società, infine agendo nella società in molteplici direzioni, organizzando il consenso, agendo come forza unificante, operando come scuola di educazione e formazione di élites. Il partito fascista nasce come partito rivoluzionario e proprio per questo necessariamente totalitario, Stato in formazione, Stato-partito *in nuce*: dello Stato esso mostra fin dalle sue origini una caratteristica essenziale, la propensione all'uso della forza, che si esplica nella formazione delle squadre di azione e poi della Milizia. Stato e guerra, partito e guerra sono intimamente uniti e convergono nella necessità di organizzare e rendere pubblica la violenza. L'affermazione del regime non cambia l'intima sostanza, ma solo la logica del rapporto fra Stato e partito: non è il partito che genera dal suo interno lo Stato ma è lo Stato che ormai rifondato include come propria parte vitale il partito (152).

Organo dello Stato, il partito per Costamagna è indispensabile per dare allo « Stato totalitario » « quel carattere della popolarità che gli è essenziale »: non più raggruppamento di interessi parziali e di ideologie particolari, come nell'età liberale, il partito è un « partito-istituzione » che « si presenta come un esercito, volontario sì, ma disciplinato, al servizio dello Stato », impegnato ad organizzare e a promuovere il consenso, a fascistizzare la nazione, a creare

(151) Cfr. V. ZANGARA, *Il Partito e lo Stato*, Studio Editoriale Moderno, Catania 1935; V. ZANGARA, *Il partito unico*, cit.

(152) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., pp. 417 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'uomo nuovo (153). Il « partito educatore » — scrive il sociologo Pellizzi — è il momento di uno Stato « dinamico e totalitario », lo strumento di « articolazione del molteplice nell'uno » e insieme un organo realmente rappresentativo: il « popolo-Stato » si realizza attraverso un partito che rappresenta il popolo nel momento in cui concorre ad educarlo e a controllarlo capillarmente; a questo scopo il partito dovrebbe « seguire individualmente la vita di ogni singola persona che compone quel popolo, tesserata o non tesserata ». Uno « schedario » che indicasse di ogni cittadino le condizioni sociali ed economiche e i « precedenti morali e politici » « sarebbe la condizione prima perché il Partito potesse veramente prendere e mantenere quel contatto totalitario col popolo, che è inerente alla sua più alta funzione » (154).

Momento di mediazione fra Stato e popolo, strumento di educazione e di consenso, *pars totalis*, Stato in gestazione, il partito non può non mantenere nell'immaginario 'totalitario' una centralità che non solo la prassi ma anche il 'formalismo giuridico' dei 'tradizionalisti' stentava (con buoni argomenti) a riconoscere ad esso.

7. *'Stato totalitario' e 'corporazione'.*

Il lessico 'totalitario' tende a moltiplicare le immagini che rafforzano l'idea di una *reductio ad unum* che non tollera scorie o deviazioni 'individualistiche'. Il tema dello Stato-partito non può quindi essere demolito con argomentazioni 'formalistiche' proprio perché verrebbe a cadere un tassello di quella strategia retorica giocata sull'immagine dell'irresistibile processo di sussunzione della società entro lo Stato.

Il partito non è però l'unico strumento di mediazione, l'unico tramite del nesso (oggettivamente 'rappresentativo') fra Stato e società. Ad un'operazione interessata a sottolineare le 'ordinate convergenze' fra società e Stato non può sfuggire l'importanza di quell'apparato corporativistico che tiene ad accreditarsi come la soluzione finalmente discoperta del conflitto economico-sociale.

---

(153) C. COSTAMAGNA, *Dottrina del fascismo*, Utet, Torino 1940, pp. 536 sgg.

(154) C. PELLIZZI, *Il partito educatore* [Studi di civiltà fascista, serie VI, n. 1], Roma 1941, p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'incontro fra la letteratura corporativistica e il lessico totalitario è tanto inevitabile quanto prevedibile, tenuto conto della posizione in nessun modo settoriale o 'specialistica' che il corporativismo viene assumendo nel 'discorso pubblico' del regime: che ne approfondisce i profili e ne amplifica la portata, ne dilata l'importanza rispetto alle sue effettive realizzazioni istituzionali, lo assume come chiave di volta del nuovo ordine-politico-sociale (155).

Consacrati nella Carta del lavoro, i princìpi dell'ordinamento corporativo predicano e realizzano il superamento del conflitto cui « le forze della produzione » fatalmente inclinano: alla conflittualità degli interessi si contrappone la solidarietà dei 'produttori', che dominerà non solo all'interno del singolo sindacato di categoria, come è ovvio, ma regolerà anche i rapporti fra i membri di opposte categorie. Solidarietà e rispetto della superiore finalità della produzione sono i valori che presiedono alla costruzione di un nuovo assetto istituzionale, di un ordinamento che regola su nuove basi il rapporto di lavoro sostituendo al conflitto la cooperazione.

Il nuovo ordinamento ha due caratteristiche, una 'oggettiva' e l'altra 'soggettiva': non esaurisce i suoi effetti nell'ambito dei rapporti 'privati', ma costituisce un tipico caso « di interferenza tra diritto pubblico e privato », fra società e Stato; non si risolve in congegni normativi e istituzionali, ma richiede l'impegno etico e politico dei soggetti in esso coinvolti. Il corporativismo, « come convergenza di volontà sotto l'ispirazione di un interesse superiore, che accomuna i contrapposti elementi del rapporto sociale, si proietta in ogni aspetto della organizzazione sociale » (156). Non si

(155) Sui sindacati fascisti e sul 'sindacalismo' cfr. F. CORDOVA, *Le origini dei sindacati fascisti 1918-1926*, Laterza, Roma-Bari 1974; F. PERFETTI, *Fiumanesimo, sindacalismo, fascismo*, Bonacci, Roma 1988; G. PARLATO, *Il sindacalismo fascista, II, Dalla grande crisi alla caduta del regime, 1930-1943*, Bonacci, Roma 1989. Sul corporativismo cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 1965; A. AQUARONE, M. VERNASSA, *Il regime fascista*, Il Mulino, Bologna 1974 (ivi in particolare il saggio di S. CASSESE); O. MANCINI, F. PERILLO, E. ZAGARI (a cura di), *La teoria economica del corporativismo*, Esi, Napoli 1982; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, Giuffrè, Milano 1984; M. PALLA, *Fascismo e Stato corporativo: un'inchiesta della diplomazia britannica*, Angeli, Milano 1991; R. FAUCCI, *La cultura economica*, in A. DEL BOCA, M. LEGNANI, M.G. ROSSI (a cura di), *Il regime fascista*, cit., pp. 506-28.

(156) B. DONATI, *Dal principio di nazionalità al principio corporativo*, in *Lo Stato*, I, 1930, p. 291.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dà corporativismo che non produca (e non dipenda a sua volta da) un nuovo ordinamento dello Stato. La stessa « esigenza corporativa » che anima la società investe lo Stato e in entrambi i casi realizza l'armonia fra interessi individuali e interesse generale, impone il primato della « totalità », richiede che lo Stato « sia fornito di autorità, efficiente per un sicuro dominio della collettività », esige insomma che lo Stato abbia « competenza in ogni aspetto della vita sociale » (157), sia « totalitario », rappresenti « la totalità delle forze sociali » (158)

L'interesse delle espressioni usate da Benvenuto Donati non deriva dalla loro originalità, ma al contrario dalla loro tipicità: esse formulano una tesi che con mille variazioni (più o meno esornative o sostanziali) percorre l'intera nebulosa corporativistica e viene a formare un altro importante asse del campo semantico 'totalitario': l'asse che chiameremo per intendersi 'corporativistico', che si aggiunge all'asse 'Stato-partito', con il quale deve in qualche modo spartirsi il compito della riconduzione della società allo Stato (o, se si preferisce, dell'espansione dello Stato sulla società). Gli accessi dibattiti che divampano intorno al corporativismo investono il campo semantico 'totalitario' nella misura in cui incidono sulla rappresentazione del processo di riconduzione della società allo Stato e sul ruolo volta a volta attribuito all'ordinamento corporativo come volano (accanto ad altri) di quel processo.

È ancora Panunzio uno dei più combattivi campioni di un corporativismo che ambisce a proporsi come una delle componenti originali ed essenziali dello Stato fascista, tramite obbligato del rapporto che lo Stato fascisticamente rifondato intrattiene con la società. Memore dei suoi giovanili trascorsi sindacalistici, Panunzio tende a presentare lo Stato fascista come l'erede del nucleo razionale e 'positivo' di un sindacalismo che se, per un verso, esprimeva un'autentica esigenza di valorizzazione del momento associativo e produttivo, per un altro verso si risolveva in una sterile, antistatale 'distruttività'. Lo Stato fascista raccoglie l'appello iscritto nella dinamica sociale ed economica anteguerra, organizza giuridicamente i gruppi professionali, controlla il conflitto e si propone come Stato

(157) *Ivi*, p. 292.

(158) B. DONATI, *Trilogia e unità del corporativismo*, Bassi, Modena 1933.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovo in quanto 'Stato sindacale'. La teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici sembra offrire preziosi suggerimenti per impostare in modo nuovo il rapporto fra Stato e gruppi sociali (159) permettendo a Panunzio di accentuare, rispetto alla robusta impalcatura 'autoritaria' del nazionalista Rocco, la vocazione 'sindacalistica' dello Stato fascista: che è Stato nuovo, per Panunzio, nella misura in cui è disposto ad immettere nella propria compagine istituzionale la pluralità dei gruppi organizzati nei quali la società si articola (160).

Non siamo di fronte, certo, ad immagini radicalmente divergenti dello Stato e delle aspettative che, entro il fascismo, si nutrono verso di esso. L''autoritario' Rocco non sogna affatto semplicemente il 'ritorno allo Statuto' e un generico rafforzamento dell'esecutivo, ma coltiva, fino dai suoi scritti di 'nazionalista' militante, l'idea di uno Stato capace di stringere nuovi legami con le masse, organizzandole e controllandole in nome della vocazione guerriera ed espansionistica della nazione e delle esigenze inderogabili della produzione. Il 'sindacalista' Panunzio, per parte sua, percorre tutte le canoniche tappe che lo conducono ad individuare nello Stato (e nel 'sentimento dello Stato') il tramite di un'unità e di una solidarietà nazionale capaci di superare lo sterile, anarchico, conflittuale pluralismo liberal-democratico; e lo stesso Panunzio non mancherà di accentuare, nel corso del tempo (assumendo anche una posizione critica nei confronti del presunto 'pluralismo' romaniano), la centralità statuale (161).

Ciò non toglie comunque che accenti e impostazioni diversi (spesso e volentieri drammatizzati in quanto riflesso e strumento di conflitti di potere in corso dietro le quinte della retorica ufficiale) intervengano a rendere complicato e variegato un universo di di-

(159) Cfr. S. Panunzio, *Stato e sindacati*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, pp. 1-20; S. Panunzio, *Lo Stato fascista*, Cappelli, Bologna 1925; S. Panunzio, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati (Il neosindacalismo di Stato)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1926, pp. 275 sgg.; S. Panunzio, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Tip. Modenese, Modena 1931.

(160) S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 145 sgg.

(161) S. Panunzio, *Il diritto sindacale e corporativo (Programma, concetto, metodo)*, La Nuova Italia, Perugia-Venezia 1939, pp. 21-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scorso che peraltro assume come proprio caratteristico strumento retorico la martellante iterazione delle medesime formule. Pur essendo dunque il corporativismo uno dei più fortunati *avatar* del fascismo, la valutazione del suo ruolo nella complessiva strutturazione del regime si presta a impostazioni diverse. Per quanto riguarda Panunzio, è costante in tutto l'arco della sua produzione la convinzione che il momento sindacale sia un tratto essenziale del nuovo Stato e che la riconduzione della società allo Stato debba necessariamente fare i conti con esso. Questa tesi non è però affatto pacifica ed unanimemente condivisa: intorno ad essa si sviluppa anzi una polemica piuttosto acre il cui interesse per la determinazione del campo semantico 'totalitario' è rilevante perché al centro del contendere è proprio il ruolo del sindacato come tramite obbligato fra Stato e società.

Ad aprire la discussione è Carlo Costamagna con una recensione al *Lo Stato fascista* di Panunzio. Il problema sollevato dal recensore è appunto la possibilità di concepire lo Stato fascista facendo leva su un presunto 'diritto sociale', su un autonomo 'diritto sindacale', immaginando un reciproco incontro e riconoscimento fra Stato e gruppi sociali come se potesse darsi una fenomenologia sociogiuridica separata dal decisivo intervento statuale. L'alternativa è quindi assumere come unico punto di riferimento lo Stato e parlare non già di sindacati e di Stato sindacale ma semplicemente di ordinamento corporativo, vedere nella corporazione un organo di Stato, un mezzo di riorganizzazione politica 'ex alto' della società (162).

Che Costamagna con le sue brevi osservazioni colpisse un punto nevralgico è indirettamente confermato dalla vibrata e analitica risposta panunziana (163). In primo luogo Panunzio mira a rigettare il sospetto di volere mantenere, con l'uso del termine 'sindacato', qualche continuità con il sindacalismo rivoluzionario d'anteguerra: un sindacalismo incapace di 'costruire', separato dal nuovo sindacalismo da quella guerra che ha imposto a tutti « la realtà dello Stato » e « ci ha fatto assistere alla genesi di un nuovo sentimento »

(162) C. COSTAMAGNA, *Recensione* a Panunzio (*Lo Stato fascista*, Bologna 1925), in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1926, pp. 166-68.

(163) S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., pp. 272-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sta alla base del fascismo, il « sentimento dello Stato » (164). In secondo luogo, il teorico dello 'Stato sindacale' tiene a ribadire il senso autentico della sua proposta: che per un verso insiste (romanianamente) sul carattere intrinsecamente giuridico, istituzionale, dei gruppi sociali, quindi anche dei sindacati, mentre, per un altro verso, vede sorgere lo Stato nuovo, lo Stato fascista, proprio dal processo che riconduce la trama delle istituzioni giuridico-sociali ad un'autorità capace di coordinarli, controllarli, dominarli (165).

Non è in questione, per Panunzio, il 'lealismo' nei confronti di uno Stato forte e accentrato, bensì la rappresentazione di un processo che a suo avviso non può far leva soltanto sulla potenza ordinante dello Stato; mentre Costamagna, anche nella sua replica, insiste proprio sull'immagine di un ordine che discende dall'alto della sovranità statuale: al nuovo fenomeno non si attaglia il vecchio nome, ancora troppo memore degli umori sovversivi e comunque decentrati o centrifughi, ma serve una nuova qualificazione, appunto quella di « Stato corporativo » o di « corporativismo integrale, cioè totalitario, comprensivo di tutti i fenomeni aggregativi e di tutti i cittadini corporativamente organizzati, coll'intesa che lo Stato medesimo sia la corporazione integrale e suprema » (166). Totalitario è lo Stato per Costamagna non perché si costituisce ('sindacalmente') in un processo di riconduzione al centro di quella pluralità di gruppi sociali e istituzioni in cui la società necessariamente si articola, bensì perché si dimostra capace di darsi un'organizzazione realmente efficace e funzionale al controllo capillare dei singoli e dei gruppi.

Certo, non siamo di fronte a prospettive tanto diverse da apparire realmente incompatibili: l'intero universo di discorso fascista è dominato dal senso ('ecclesiale', come scrive Panunzio) di una

(164) *Ivi*, p. 279.

(165) *Ivi*, pp. 278-83.

(166) C. COSTAMAGNA, *Stato corporativo (a proposito del neo-sindacalismo di Stato)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1926, p. 420. Alla replica di Costamagna fa seguito una *Postilla* di Panunzio (ivi, pp. 423-26). Cfr. anche C. COSTAMAGNA, *La statualità dei sindacati*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXIII, 1931, pp. 196-206. Su Costamagna cfr. M. TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo senza corporazioni: « Lo Stato » di Carlo Costamagna*, in *Quaderni fiorentini*, XVIII, 1989, pp. 267 sgg.; F. LANCHESTER, *'Dottrina' e politica nell'università italiana: Carlo Castamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, in *Lavoro e diritto*, VIII, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fede comune imperniata su alcuni 'dogmi' continuamente conclamati, fra i quali lo stesso Panunzio annovera il 'sentimento dello Stato', quindi la necessaria convergenza della società verso uno Stato rinnovato perché restituito alla sua vocazione di potenza ordinante. Panunzio non si limita d'altronde a parlare di 'Stato sindacale', ma solleva la dimensione corporativa al rango di quarta funzione dello Stato (167). Il nuovo assetto del settore economico-produttivo è intimamente collegato all'essere e all'operare dello Stato nuovo. La corporazione « come funzione tecnica dello Stato, è, accanto e oltre la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione… una immediata esplicazione dello Stato politico », della sua capacità di governo: la corporazione « è l'astratto… del corporare ossia del collegare le varie parti economiche e sociali » (168).

Funzione dello Stato e insieme trama di istituzioni nella quale la società produttiva si organizza e si ordina, il corporativismo, nella prospettiva panunziana, è chiamato ad esercitare un ruolo primario (o almeno comprimario) nella dinamica di quel nesso Stato-società intorno al quale ruota il campo semantico 'totalitario': non a caso la *Teoria generale dello Stato fascista* di Panunzio (in qualche modo una *summa* della sua precedente produzione) è equamente divisa fra una 'teoria del sindacato e della corporazione' e una 'teoria del partito'.

Di contro all'immagine della rifondazione sindacal-corporativa dello Stato Costamagna ricorrerà piuttosto ad un diverso concetto, al concetto di 'integrazione', dichiarando di mutuarlo da Smend ma riempiendolo di significati sostanzialmente diversi. Per Costamagna è l'integrazione la cifra del rapporto fra Stato e società: è l'integrazione « il profilo sotto il quale nella dottrina fascista si stabilisce il rapporto concreto tra lo Stato e l'individuo e si determina il differenziamento tra i governanti e i governati ». La personalità etico-politica del soggetto non è legata al riconoscimento di un « diritto individuale di libertà »; l'individuo è, come scrive Rocco cui Costamagna si richiama, uno strumento od organo dell'interesse collettivo e la posizione concreta dei singoli nell'ordinamento « dipende dalla loro attitudine individuale a comprendere e a realizzare i fini dello Stato e a praticare la corrispondente disciplina ». L'integrazione è

(167) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 99 sgg.
(168) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appunto il processo nel quale soggetti differenziati in ragione del loro rapporto di congruenza con i fini nazionali vengono disciplinatamente ricondotti al rispetto dell'assoluto *imperium* statuale; è a questo fine che tutte le istituzioni del fascismo, quale che sia l'ambito di realtà cui si applicano, tendono univocamente (169).

La sussunzione della società nello Stato, se per Panunzio trova nelle istituzioni sindacal-corporative un tramite preferenziale, per Costamagna passa attraverso il processo di 'integrazione disciplinante' che le istituzioni statuali esercitano su individui differenziati in ragione della loro diversa posizione nelle gerarchie politico-sociali. Il momento dualistico, ancora presente nel nesso Stato-società, tende a dissolversi nella monistica e 'discendente' azione integratrice esercitata dalla potenza statuale.

Costamagna approda dunque ad una rappresentazione rigidamente monistica del processo politico relativizzando la rilevanza 'statuale' del momento sindacale, mettendo cioè in dubbio la possibilità di trovare nel momento sindacale gli estremi per una caratterizzazione dell'essenza dello Stato fascista. Ad un 'monismo' di ispirazione molto diversa ma, se si vuole, ancora più rigoroso, si può giungere però battendo una strada diversa, non già relativizzando, ma 'assolutizzando' il corporativismo, assumendolo come la rivelazione dell'essenza stessa di quel rapporto Stato-individuo che le dottrine 'tradizionalistiche' si ostinano ad impostare in termini ingenuamente dualistici.

È questa l'impostazione che la *verve* speculativa di Spirito e Volpicelli rende celebre nel secondo convegno corporativistico di Ferrara, scosso dalla teoria della 'corporazione proprietaria' e dall'aura (più o meno giustificata) di scandalo che subito la circonda. La 'corporazione proprietaria' è però soltanto l'applicazione coerente di una profonda revisione cui i due giovani filosofi vogliono sottoporre la scienza giuridica (ed economica) alla luce della gentiliana fondazione dello Stato 'in interiore homine'. La conseguenza da trarre dall'intera filosofia idealistica ed immanentistica in cui culmina la consapevolezza critica della modernità, per Volpicelli, è la teoria dell'identità fra individuo e Stato: l'idea di un individuo che si

(169) C. COSTAMAGNA, *Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXIII, 1931, pp. 582-85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realizza come uomo in quanto trascende la sua empirica realtà immediata, si sottopone ad una disciplina comune, coglie nello Stato, insieme, la « forma piena e perfetta della società » e la « forma essenziale dell'umana persona » (170).

Non si tratta di un principio astratto e inoperante, ma di una forza storicamente decisiva, che sospinge gli ordinamenti verso la ricomposizione della scissione fra individuo e Stato, fra società e Stato: il problema irrisolto della democrazia rappresentativa, del liberalismo, del socialismo è appunto la costruzione di un ordine capace di superare il carattere 'separato' dello Stato, sempre auspicato e sempre disatteso, ora per il carattere autocratico e burocratico dell'organizzazione statuale, ora per il carattere meramente politico del nesso rappresentativo. Il risultato è comunque la conferma di quel dualismo fra Stato e individuo, fra « amministratore e amministrato », fra « governante e governato » che invano si tenta di superare (171).

Superare d'un balzo la scissione è invece il compito assunto dal corporativismo, pur nella consapevolezza che si tratta di un compito infinito, che non può essere assolto immediatamente e conclusivamente da un determinato assetto istituzionale. Nella sua essenza (quindi « per ora solo tendenzialmente ») il corporativismo è la prima formula capace di venire a capo di questo problema decisivo. Esso infatti è la « organizzazione statale dell'individuo » e insieme la « organizzazione individuale e gerarchica dello Stato »: la corporazione non è un organo intermedio fra due estremi che restano radicalmente distinti, ma è « insieme un ente sociale e un organo statuale », un microcosmo gerarchico e disciplinante che, come momento dell'intero processo socio-giuridico, realizza in se stesso la coincidenza della socialità e della statualità (172).

---

(170) A. VOLPICELLI, *La teoria dell'identità di individuo e Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, IV, 1933, p. 311.

(171) *Ivi*, pp. 313-21. Da ciò la polemica con Kelsen, di cui peraltro era uscita, pubblicata dalla rivista di Spirito e Volpicelli, la traduzione del saggio *Il problema del parlamentarismo* (in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II, 1929, pp. 182-204). Cfr. A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II, 1929, pp. 253-66; A. VOLPICELLI, *Dalla democrazia al corporativismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, III, 1930, pp. 1-20.

(172) *Ivi*, pp. 321-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La cifra del fascismo è un monismo destinato (nel tempo) a superare la scissione fra Stato e società purché non ci si ostini a perseverare nell'antico errore. È inaccettabile quindi l'enfasi statocentrica di Costamagna, il cui monismo è apparente, dal momento che quello Stato che pretende di occupare l'intero orizzonte in realtà agisce sempre su qualcosa di esterno e resistente, sulla società appunto, confermando nei fatti il mancato superamento della scissione (173). È altrettanto criticabile la versione carneluttiana del corporativismo, rappresentativa di un ceto di giuristi che si ostinano a 'tecnicizzare' il corporativismo, a concepirlo come una mera tecnica di composizione di conflitti, sullo sfondo di una società 'privatistica', intesa come una mera (kantiana) 'coesistenza esteriore' di individui (174); viene così fraintesa la vera natura del diritto: che è « organizzazione concreta della società, *vis coesiva* della molteplicità » e proprio per questo trova il suo specchio più fedele nel corporativismo, incarnazione della « più alta forma istituzionale del concetto del diritto » in quanto « coscienza della unità organica degli individui » (175).

---

(173) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*, Tipografia del Senato, Roma 1932, vol. I, pp. 128-29.

(174) Per la polemica con Carnelutti cfr. anche, oltre agli Atti del congresso ferrarese, A. VOLPICELLI, *Corporativismo e problemi fondamentali di Teoria generale del diritto. Nuova replica al prof. Carnelutti*, in *Archivio di studi corporativi*, III, 1932, pp. 609-636. Sul problema della distinzione fra Stato e società, e fra diritto pubblico e diritto privato, è significativa anche la polemica fra Volpicelli e Cesarini Sforza. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), in W. CESARINI SFORZA, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1932, pp. 151-163; A. VOLPICELLI, *Corporativismo e Scienza del diritto. Risposta al prof. Cesarini Sforza*, in *Archivio di studi corporativi*, III, 1932, pp. 423-51. Cesarini Sforza tende a ricondurre il corporativismo al terreno specifico della razionalizzazione della produzione, alla « disciplina dell'economia nazionale »: cfr. W. CESARINI SFORZA, *Individuo e Stato nelle corporazioni*, in *Archivio di studi corporativi*, IV, 1933, p. 491. Cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo*, cit., pp. 378 sgg. sul secondo convegno corporativistico di Ferrara e in generale su Spirito, Volpicelli e Cesarini Sforza. Cfr. anche P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in *Quaderni fiorentini*, V-VI, 1976-77, pp. 1031-1095. Su Spirito cfr. le brillanti considerazioni di S. LANARO, *Appunti sul fascismo 'di sinistra'. La dottrina corporativa di Ugo Spirito*, in *Belfagor*, 37, 1971, pp. 577 sgg.; e P. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in *Studi Storici*, XV, 1973, pp. 61 sgg.

(175) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 128-37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È il momento istituzionale l'elemento qualificante del diritto, intuito brillantemente da Romano, ma in qualche modo perduto per strada per quell'eccesso di pluralismo e di sociologismo che ha impedito all'autore dell'*Ordinamento giuridico* di cogliere il carattere istituzionale della società come tale e la necessaria identità di società e Stato. « Società od istituzione… è solo lo Stato, che, solo, infatti, è organizzazione unitaria…. La quale, infatti, cessa, e cioè si dissolve e si contraddice, allorché si moltiplichi ». Stato e società, diritto pubblico e diritto privato sono false opposizioni che si dissolvono quando si colga « l'interna forma organizzatrice » che li sorregge e che costituisce la realtà profonda di cui il corporativismo costituisce la migliore approssimazione (176).

Mentre le strategie retoriche più diffuse offrono innumerevoli variazioni intorno ad un assunto centrale — il continuo e vincente processo di sussunzione della società nello Stato — e illustrano l'assunto descrivendo le forme di connessione (il partito, il momento sindacale-corporativo) fra i due termini del rapporto, Volpicelli rovescia i termini dell'impostazione consueta: il corporativismo è il 'risolto enigma della storia' non perché getta un ponte più solido fra Stato e società, perché stringe con vincoli più forti l'individuo allo Stato, ma perché mostra l'inesistenza 'profonda' della scissione e si propone come un ordine capace di realizzare in se stesso la coincidenza della socialità e della statualità.

Lungo l'asse fondamentale del campo semantico 'totalitario' (il rapporto Stato-società) scorrono dunque immagini molto diverse, convogliate da un dibattito corporativistico piuttosto vivace. Si confrontano in esso rappresentazioni 'monistiche' o 'dualistiche' del rapporto Stato-società, senza che peraltro corrisponda alla differenza fra 'dualisti' e 'monisti', rispettivamente, l'attribuzione al momento sindacale-corporativo di una funzione decisiva nel ricondurre la società allo Stato oppure la minimizzazione del suo ruolo. Non mancano infatti 'dualisti' che deprimono l'importanza della corporazione a vantaggio del partito (177), così come, fra i 'monisti', Costamagna relativizza l'autonomo significato dell'esperienza sinda-

(176) *Ivi*, pp. 138-43.

(177) Cfr. ad es. S. M. CUTELLI, *Fascio e corporazione nel nuovo Stato italiano*, in *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., vol. II, pp. 181-220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cale-corporativa a vantaggio di una scelta rigorosamente statocentrica, mentre Volpicelli vede nella corporazione la migliore approssimazione all'unità 'profonda' fra Stato e società. Quale che sia l'impostazione e la soluzione adottate, il corporativismo non può non venire attratto comunque da un campo semantico organizzato intorno a quel rapporto Stato-società che costituisce (in ipotesi e spesso anche in tesi) la condizione di senso del corporativismo stesso.

8. *'Stato totalitario' e 'gerarchia'.*

Per Volpicelli è il corporativismo che permette al fascismo di superare le aporie di fronte alle quali i precedenti regimi (lo Stato liberale, la democrazia, il socialismo) si sono dimostrati impotenti appunto perché incapaci di attingere la totalità. Lo Stato fondato sul meccanismo rappresentativo (lo Stato del liberalismo e della democrazia) non può mai « adeguare la totalità, ma solo la maggioranza » delle volontà individuali: « totalitarietà » e « governo rappresentativo » sono contraddizioni in termini, non risolte peraltro nemmeno da un modello di democrazia immediata o diretta, che farebbe dipendere il governo da una « atomistica molteplicità naturale » e si risolverebbe quindi nella « negazione a priori dello Stato stesso » (178).

Il corporativismo è la soluzione del dilemma perché non concentra ed esaurisce lo Stato e il suo « potere d'impero » « in un organo sopraelevato specifico », ma lo realizza e diffonde nelle corporazioni stesse, nel corpo sociale organizzato: la partecipazione di ciascuno alla formazione della volontà dello Stato è immanente alla stessa posizione che ciascuno occupa nell'ordine complessivo. Perché l'immedesimazione di Stato e società, « la coestensione e coincidenza di ordinamento statale e organizzazione sociale » siano effettivamente possibili occorre però — avverte Volpicelli — introdurre un elemento in qualche modo decisivo, l'elemento della gerarchia: l'ordine può essere insieme, indissolubilmente, politico e sociale in quanto « struttura specificata e gerarchica » e non orga-

(178) A. VOLPICELLI, *Lo Stato corporativo e il problema dell'autorità*, in *Archivio di studi corporativi*, IV, 1933, pp. 552-53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nismo « paritario e livellatore ». È la differenza di ruoli e la rigida gerarchia che impediscono, per un verso, la dissoluzione anarchica dell'ordine e, per un altro verso, il ritorno alla scissione fra Stato e società, il presentarsi della (kelseniana) alternativa fra autocrazia e democrazia (179).

L'elemento della gerarchia, anche per Spirito, risolve un altro 'classico' dilemma, l'opposizione fra il governo dei migliori e il governo di tutti, fra l'aristocrazia e la democrazia. È nel regime gerarchico che l'antinomia si scioglie perché in esso « governano tutti, ma i migliori di più e i peggiori di meno, ciascuno a seconda della sua capacità e nella sua sfera ». L'eguaglianza cessa di tradursi nel dominio del numero e si combina con la valorizzazione della qualità, che però non assume più la portata esclusiva e discriminatoria caratteristica dei regimi aristocratici. In realtà, nemmeno i regimi liberal-democratici evitano il costituirsi di gerarchie sociali. Caratteristici del nuovo regime sono però due profili fondamentali: in primo luogo il principio di gerarchia investe tanto la sfera politica quanto la sfera economica; in secondo luogo, la distribuzione dei ruoli nell'assetto gerarchico obbedisce al criterio della competenza tecnica: il carattere pervasivo e 'totalitario' del principio di gerarchia si combina con l'universale primato della tecnica ed entrambi connotano l'organizzazione rispondente alle necessità dell'odierno sistema politico ed economico. Privato e pubblico si fondono, l'economia deve « organizzarsi gerarchicamente » e la politica deve risolversi nell'insieme « delle infinite tecniche » che la compongono. Il superamento della scissione fra Stato e società è possibile in quanto le sfere separate e 'ideologizzate' dell'economia e della politica si risolvono in un intreccio di competenze tecniche, quindi di ruoli gerarchicamente strutturati, si fondono insomma « nell'unica integrale gerarchia tecnica » (180).

È nella gerarchia che la coincidenza di Stato e società si rende concretamente possibile: « con la corporazione gerarchica ... ogni individuo è al suo posto » e il nesso di ciascuno con la totalità non dipende da astratti meccanismi di rappresentanza ma deriva diret-

(179) *Ivi*, pp. 554-55.

(180) U. SPIRITO, *Regime gerarchico*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, VII, 1934, pp. 20-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente dalla posizione che ciascuno occupa nell'unità gerarchica della società produttiva. Al capitalismo disorganizzato del liberalismo e al capitalismo di Stato del socialismo il corporativismo contrappone il « capitalismo corporativo », dove il capitale, il consumo, il risparmio sono disciplinati e organizzati in quanto connessi con la produzione « e sottoposti agli stessi criteri programmatici »; « programmatica, e organicamente razionale, è l'economia corporativa », dal momento che attraverso la corporazione il programma economico diviene « volontà e fine di tutti » (181).

Con l'idea di gerarchia delineata da Spirito e Volpicelli vengono ad intrecciarsi temi ed aspettative cui è possibile soltanto accennare. In primo luogo, la connessione diretta che viene istituita far gerarchia e competenza tecnica sembra sottrarre il corporativismo al terreno 'volontaristico', decisionistico, conflittuale della politica. La gerarchia, come elemento unificante l'intera società 'corporata', introduce la tecnica al posto degli interessi, delle ideologie, delle scelte e stabilisce un'oggettiva, razionale, in qualche modo inappellabile, dislocazione dei soggetti (« ciascuno al suo posto ») nell'organigramma corporativo (e quindi socio-politico). Da questo punto di vista il corporativismo gerarchico (e tecnocratico) di Spirito (e di Volpicelli) è comprensibilmente avversato tanto da chi (valga l'esempio di Bottai) dà valore, entro le infrangibili coordinate del regime, al gioco politico e alle conseguenti chances 'decisionistiche', quanto da coloro che nella fase 'sindacalistica' del corporativismo (non a caso disprezzata da Spirito e Volpicelli) vedono ancora aperti quel conflitto di interessi e quindi quello spazio di mediazione che il catafratto ordine gerarchico-corporativo tende a chiudere irrimediabilmente.

Minacciosa verso la (pur relativa) autonomia del momento sindacale, l'immagine gerarchico-tecnica del corporativismo sembra poi mettere in questione quello zoccolo 'privatistico', quell'assetto solidamente 'tradizionale' della proprietà privata, che il regime intende proteggere dalle minacce bolsceviche adottando una strategia collaudata da numerosissime (e fra loro diverse) tradizioni ottocentesche (da Comte alla dottrina sociale cattolica di Liberatore

(181) U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in AA.VV., *La crisi del capitalismo*, Sansoni, Firenze 1933, pp. 144-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o di Toniolo, dal solidarismo francese al 'nuovo liberalismo' inglese, dai 'socialisti della cattedra' al riformismo mengeriano) e presentandola come l'inopinato frutto del genio italico: una strategia riconducibile alla metafora della 'terza via', tesa a salvare la proprietà ma a dichiararne nello stesso tempo la necessaria destinazione (o 'funzione') sociale. Di contro al nesso (debole) che l'*opinio communis* del fascismo instaura fra la proprietà privata e l'interesse superiore della produzione Spirito fa balenare l'ipotesi di una nuova, razionale organizzazione della produzione che, per un verso, sembra sconfinare in un'innocua utopia tecnocratica, mentre, per un altro verso, si risolve in una (se si vuole, ancora) avveniristica, ma assai più determinata e conturbante idea di 'economia di piano', di economia 'programmata' — un'idea che comincia in effetti ad affiorare nella pubblicistica coeva, anche italiana (182).

Pur nella complessità dei rinvii e delle sollecitazioni offerte dal 'corporativismo gerarchico' di Spirito e Volpicelli, il tratto di sicuro e diretto interesse per la costituzione del campo semantico 'totalitario' è comunque il circolo virtuoso che si viene a chiudere fra gerarchia e costituzione di un ordine che è autenticamente fascista, cioè corporativo, in quanto capace non solo di ricondurre la società allo Stato, ma di saltare a piè pari il fossato proclamando la propria integrale (se si vuole, 'totalitaria') unitarietà.

Se dunque il principio di gerarchia svolge un ruolo centrale nel discorso di Spirito e di Volpicelli, non è vero però che, al di fuori del peculiare lessico teorico dei due filosofi, esso non abbia diritto di cittadinanza nel campo semantico 'totalitario'. Al contrario, il momento della gerarchia ricorre nei più diversi contesti pur incrociando, in ciascuno di essi, l'asse del rapporto Stato-società. È addirittura in nome del delitto di lesa gerarchia che dalla rivista « Lo Stato » viene sferrato un durissimo attacco contro la « Scuola di Pisa » prendendo lo spunto proprio dal saggio dove Volpicelli (183)

(182) Bottai è in questo senso una figura significativa. Cfr. S. CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in *Politica del diritto*, 1970, 3, pp. 404-447. In questo senso è interessante anche F.M. PACCES, *Nostro tempo della rivoluzione industriale*, Einaudi, Torino 1939. Su Bottai cfr. G. B. GUERRI, *Giuseppe Bottai, un fascista critico*, Feltrinelli, Milano 1976; A. J. DE GRAND, *Giuseppe Bottai e la cultura fascista*, Laterza, Roma-Bari 1978.

(183) V. nota 177.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indicava per l'appunto nella gerarchia l'elemento capace di rendere istituzionalmente percorribile la via dell'identità 'profonda' fra Stato e società ma proprio per questo ne fraintendeva il senso. Volpicelli viene dipinto come un pericoloso bolscevico che fa con l'attualismo gentiliano ciò che Marx ha fatto con Hegel e finisce per buttare a mare gli autentici princìpi del fascismo, la cui dottrina è mussolinianamente racchiusa nel trinomio « ordine, autorità, gerarchia » (184).

La gerarchia non è appannaggio degli « innominabili » del corporativismo: a raccomandarne l'uso è proprio il direttore della rivista « Lo Stato », Costamagna, che ne fa il perno di quel processo di integrazione che riconduce la società allo Stato. L'integrazione non è un movimento spontaneamente centripeto, attivato dalla libera coordinazione dei soggetti, « come vorrebbero gli utopisti del 'solidarismo' e del 'corporativismo puro' ». Allo Stato come « entità sociale trascendente » si perviene soltanto per mezzo della subordinazione: il processo dell'integrazione non solo conduce allo Stato ma muove da esso, presuppone l'intervento dispotico e ordinante del potere, l'azione di « volontà superiori che agiscono sulle volontà inferiori » (185). Allo stesso modo non sono applicabili al sistema corporativo né lo spontaneismo del « sindacalismo romantico » né il tecnicismo dei giuristi tradizionalisti: il corporativismo deve essere pensato, in analogia con il partito, come un sistema di istituzioni dominato dalla « regola gerarchica » e finalizzato alla trasformazione « della massa sociale in massa nazionale », all'integrazione delle masse nello Stato (186).

È il principio di gerarchia che permette dunque di organizzare e integrare la massa: solo per mezzo di esso « si può costringere l'attività degli individui a conformarsi al bene generale ». Gerarchia significa differenziazione di qualità e competenze, sistema di articolate posizioni di comando e di obbedienza: è il carattere gerarchico del nuovo ordine che lo rende effettivamente alternativo all'individualismo virtualmente anarchico dell'anteguerra; è il principio di

(184) G. Cavallucci, *Gli innominabili dell''Attualismo corporativo'*, in *Lo Stato*, V, 1934, p. 763.

(185) C. Costamagna, *Dottrina del fascismo*, cit., p. 94.

(186) *Ivi*, pp. 540-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gerarchia che permette di selezionare e curare la formazione della classe dirigente (187).

Costamagna è un fiero avversario del panunziano 'Stato sindacale' così come delle utopie pancorporativistiche di Volpicelli e non sorprende che egli traduca e specifichi la sua scelta statocentrica e la sua idea di integrazione autoritaria nel principio di gerarchia. Di gerarchia e di 'Stato gerarchico' parlano però volentieri non solo, come sappiamo, gli esponenti della 'Scuola di Pisa', ma anche Panunzio, che svolge il tema 'gerarchico' sulla base di un'interessante associazione fra Stato ed esercito e fra cittadino e soldato. La realtà odierna, scrive Panunzio nel '24, è essenzialmente « militare »: « non solo i soldati sono soldati e combattenti, tutti i cittadini, dai più bassi ai più alti, sono soldati e combattenti » e non è ammissibile « che solo l'Esercito sia gerarchia, ma tutto lo Stato è un grande Esercito, una grande disciplina, una vivente gerarchia… » (188). Non siamo di fronte ad un isolato fiore retorico. Il filosofo del diritto Bernardino Cicala, ad esempio, prende molto sul serio l'analogia e propone di ripensare alla sua luce l'ambito della politica amministrativa e la relativa scienza: servirebbe appunto una « scienza della gerarchia civile e militare » che sapesse far tesoro di quella « grande scuola di educazione morale, politica e sociale, che è l'esercito » e studiasse le sue connessioni con lo Stato e l'organizzazione sociale (189).

Il principio di gerarchia gode di una singolare ma comprensibile ubiquità nella pubblicistica del fascismo, legandosi facilmente con le diverse anime che in essa si esprimono, ma sempre proponendosi come elemento di determinazione e strumento di realizzazione del nesso Stato-società.

Nel *Programma della destra fascista*, di Volt (pseudonimo di Fani Ciotti), il principio di gerarchia qualifica la proposta fascista combinandosi con il tema dell'élite, dell'aristocrazia, del dominio della minoranza 'guerriera'. Il programma fascista si articola in tre

(187) *Ivi*, pp. 547 sgg.

(188) S. PANUNZIO, *Che cos'è il fascismo*, Alpes, Milano 1924, p. 16. Cfr. anche S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 59 sgg.

(189) B. CICALA, *Corso di scienza politica*, Casa Editrice Poligrafia Universitaria, Firenze 1932, pp. 48-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punti: nazione, espansione, gerarchia (190). La gerarchia è il principio grazie al quale « gli individui superiori si separano dalla massa dei mediocri » (191) e permette l'effettivo governo non solo della politica ma anche dell'economia: « non vi è grande produzione senza un'organizzazione gerarchica del lavoro » (192). Principio di gerarchia e avvento di una nuova classe dirigente si sorreggono a vicenda e innervano la rivoluzione fascista, espressione della « élite guerriera... sorta dalle schiere di Vittorio Veneto » (193). In questo contesto, il sindacalismo panunziano, esplicitamente menzionato (194), ha un'importanza puramente settoriale e 'tecnica', mentre il fascismo trova il suo perno nell'aristocrazia e nella gerarchia, nella forza governante di una nuova (paretiana) classe politica capace di ottenere l'obbedienza e l'adesione delle masse.

Volt è l'espressione di quel fascismo 'anti-moderno' (195) che costituisce una delle molte e significative facce del movimento (costantemente in bilico fra ruralismo e umori 'strapaesani' e industrialismo e sussulti 'modernizzanti'). Volt celebra l'élite e il principio di gerarchia vedendo nel fascismo la fine della « grande eresia » (« da Lutero a Lenin ») e dichiarando che « la società dell'avvenire non sarà fondata sulla 'Dichiarazione dei diritti dell'uomo' ma sul Sillabo » (196), ma anche un sociologo brillante ed informato come Pellizzi, che pure accusa Volt di essere il rappresentante della « corrente assolutistica del fascismo » (197), parla insistentemente di gerarchia e di aristocrazia.

I nuovi 'aristocrati' sono le 'squadre di azione', perché mostrano una « volontà autonoma, inflessibile e creatrice », hanno la forza e la

(190) VOLT, *Programma della destra fascista*, La Voce, Firenze 1924, p. 50.

(191) *Ivi*, p. 52.

(192) *Ivi*, p. 55.

(193) *Ivi*, p. 80.

(194) *Ivi*, p. 115. Cfr. le considerazioni di E. GENTILE, *Le origini dell'ideologia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 385 sgg.

(195) Sul nesso fra atteggiamenti 'antimoderni' e 'crisi della civiltà' cfr. M. NACCI, *La crisi della civiltà: fascismo e cultura europea*, O. POMPEO FARACOVI (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana*, cit., pp. 41-71.

(196) *Ivi*, p. 155.

(197) C. PELLIZZI, *Fascismo-Aristocrazia*, Alpes, Milano 1925, p. 188.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fede (198), « non riconoscono istituzioni, bensì ne vogliono » (199). I nuovi 'aristocrati' sono i 'ras', i capi del movimento, i portatori di un nuovo modo di concepire e di realizzare il governo della società e dell'economia, che rompe con l'individualismo liberale. L'individuo fascista, il cittadino, il produttore, « accetta la propria funzione dall'alto e si riconosce un dovere che trascende *sempre* il suo individuale arbitrio. Egli è *organo* di una funzione sociale ed etica superiore: milite di un suo particolare esercito; è aristocrate in una nuovissima gerarchia » (200).

Certo, la gerarchia aristocratica auspicata da Pellizzi non è quella di Volt, che (secondo Pellizzi) concepisce « gli ottimati dello Stato fascista come i funzionari di una grande nuova burocrazia, come gli ufficiali di un esercito, o come i nobili di una gerarchia rigida… », anziché premere sul tasto della mobilità, della concorrenza, del facile ricambio delle élites al fine di creare « uno Stato aristocratico aperto » (201). Pellizzi coltiva l'immagine di un fascismo che non è forza di conservazione ma energia di trasformazione (non « mimetica », ma « metessica ») (202), 'democrazia funzionale', dove l'autorità è distribuita secondo le funzioni e « le gerarchie, sempre aperte e mutevoli, sono determinate e mantenute in valore dai fini comuni del complesso sociale » (203).

Pellizzi polemizza con Volt e non manca peraltro di dissentire anche da Volpicelli (la cui famigerata identificazione di Stato e società a suo avviso trascura il *proprium* del fascismo, ovvero l'irriducibilità dei governanti ai governati, il principio di un'autorità che non può che essere *ex alto* (204)): e pure la discussione e i dissensi presuppongono la condivisione di un'idea di gerarchia che, comun-

(198) *Ivi*, p. 101

(199) *Ivi*, p. 106.

(200) *Ivi*, p. 120.

(201) *Ivi*, pp. 195-97.

(202) C. PELLIZZI, *Problemi e realtà del Fascismo*, Vallecchi, Firenze 1924, pp. 71-72.

(203) *Ivi*, p. 185.

(204) C. PELLIZZI, *Lo Stato corporativo e il problema dell'autorità*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, VI, 1933, pp. 151-54. Nel dopoguerra Pellizzi insisterà sulla vocazione tecnocratica e manageriale del corporativismo fascista, connettendosi con l'idea di rivoluzione manageriale di James Burnham: cfr. C. PELLIZZI, *Una rivoluzione mancata*, Longanesi, Milano 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que concepita, svolge un ruolo chiave nell'articolazione del rapporto Stato-società (205).

Figura generale del nesso Stato-società, il principio di gerarchia dimostra peraltro una sua plastica adattabilità a contesti e situazioni più specifici, ancorché direttamente o indirettamente riconducibili al profilo generale. Riceve così una nuova attenzione il concetto di gerarchia all'interno del diritto amministrativo (206), si registra la necessità di riflettere approfonditamente sul « potere disciplinare » nell'ambito dei rapporti di lavoro, dal momento che il sistema corporativo, fondato sull'« ordine gerarchico e sulla intima e cordiale collaborazione tra datori di lavoro e dipendenti » non può fare a meno di rispondere a importanti questioni, quali « la misura dei poteri dell'imprenditore per il mantenimento della disciplina aziendale » e la natura delle pene disciplinari (207). Il problema specifico della gerarchia e della disciplina nei rapporti di lavoro trova una sua amplificazione ideale nell'orizzonte della solidale e gerarchica organizzazione corporativa (208).

Riferito all'azienda e ai poteri dell'imprenditore o esteso all'intero ordine politico-sociale, il principio di gerarchia evoca comunque un riferimento obbligato alla 'disciplina'. Continua ad essere emblematica in questo senso l'associazione fra Stato, esercito, disciplina: « l'educazione civica dovrebbe essere diretta a dare e mantenere nei cittadini una disciplina quasi militare (209); il senso civico è

(205) Ancora intorno al nesso persona-diseguaglianza-gerarchia-ordine si incentra anche la riflessione di Julius Evola: una riflessione di grande interesse che, situata troppo ai margini del dibattito interno alla giuspubblicistica del fascismo, non può essere presa in considerazione in questa sede. È comunque il caso di ricordare che un importante contributo di Evola su questo tema è stato ospitato dalla rivista *Lo Stato* (J. Evola, *Per una nuova scienza dello Stato*, in *Lo Stato*, VIII, 1937, pp. 403-16).

(206) Cfr. A. De Valles, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato, vol. I, Lo Stato. Gli uffici*, Cedam, Padova 1931, pp. 278 sgg.

(207) F. Maroi, *Il potere disciplinare nel diritto corporativo e sindacale*, in *Archivio giuridico*, CX, 1933, pp. 13-14.

(208) Cfr. ad es. P. Greco, *Gerarchia e disciplina nei rapporti di lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, XIII, 1939, pp. 153-61; L. Miglioranzi, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *Il diritto del lavoro*, XIV, 1940, pp. 125-30;

(209) A. Pagano, *La crisi del concetto di Stato* (1920), in A. Pagano, *Idealismo e nazionalismo*, cit., p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inseparabile da quel senso ('militare') della gerarchia che si traduce in una rigorosa disciplina del comportamento.

La disciplina è il riflesso soggettivo di un ordine economico e politico che procede « dall'individualismo verso la socializzazione » ed « è di tutta evidenza che socializzazione implica organizzazione e questa richiede disciplina »; la distribuzione gerarchica dei ruoli non produce il risultato sperato se non si accompagna all'individuale superamento dell'egoismo, « alla soggezione sempre più accentuata al dovere, alla società, allo Stato » (210). La funzione educativa del partito fascista e in genere del fascismo è appunto quella di plasmare gli italiani educandoli alla « disciplina » e alla « solidarietà » contro « l'indifferentismo » individualistico (211).

Le citazioni si potrebbero moltiplicare *ad libitum*, data l'importanza che nella retorica politico-giuridica fascista riveste l'associazione fra gerarchia e disciplina. Per quanto diversificate siano le rappresentazioni del nesso Stato-società, l'elemento della gerarchia si offre comunque come la sua effettiva strutturazione, come il principio che ne rende possibile la solida instaurazione, ma non si limita ad agire sul terreno dell'oggettiva configurazione istituzionale: si prolunga 'verso il basso', inquadra le masse, le 'integra', investe il comportamento dei soggetti, ne rende possibile la disciplina, l'adesione solidale ai valori e agli schemi autoritativamente predisposti.

9. *'Stato totalitario' e 'regime'.*

L'ideale 'totalitario', l'obiettivo di saldare senza residui la società allo Stato, può contare, nella giuspubblicistica degli anni Venti e Trenta, sulla sinergia di numerosi concetti-chiave. Non è quindi improprio che Panunzio, guardando sinteticamente allo Stato fascista, metta insieme una serie di caratterizzazioni apparentemente ridondanti: lo Stato fascista è uno Stato sindacal-corporativo, è uno Stato-partito, uno Stato ecclesiastico, fondato su una fede (212), è

(210) A. CICU, *L'idea di dovere e l'idea del diritto*, cit., p. 54.

(211) V. MICELI, *Il partito fascista e la sua funzione in Italia*, Imperio, Milano 1924, p. 77.

(212) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato*, cit., p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uno Stato gerarchico e autoritario (213), uno Stato « governativo, dittatoriale in senso lato, autoritario, accentrato », ma anche uno « Stato di grandi masse, anzi uno Stato tipicamente popolare, di democrazia quasi diretta » (214).

Al di là degli apparenti ossimori, ricorrono nelle definizioni panunziane le connessioni principali che caratterizzano il campo semantico 'totalitario': fra queste, il tema dell'impronta 'dittatoriale' e 'governativa' che lo Stato fascista non può non assumere. Il tema della forza ordinante dello Stato, quindi la sua capacità, come direbbe Costamagna, di integrare autoritariamente la società a se stesso, non può non dar luogo ad una serie di riflessioni sulle istituzioni di vertice.

Che l'impetuoso e contraddittorio allargarsi della democrazia nel dopoguerra (tanto in Germania quanto in Italia) contribuisse a far apparire come nevralgico il tema dell'autorità non è una scoperta della pubblicistica fascista. Si pensi al celebre dibattito, nella Germania di Weimar, sul 'custode della costituzione', innescato dalla proposta schmittiana di vedere nel presidente del *Reich* un 'potere neutro' di constantiana memoria, un supremo punto di equilibrio sottratto alle sempre più fallimentari mediazioni partitiche e disponibile ad essere interpretato nella chiave di una 'nuova' legittimità plebiscitaria (215).

Con qualche anno di anticipo, nel '22, guardando alla diversa, ma certo non più facile, situazione politico-sociale italiana Giuseppe Capograssi coltiva apprensioni e registra tendenze non troppo diverse da quelle emergenti anche nel dibattito transalpino (216). A suo avviso, la radicalizzazione delle istanze democratiche, caratteristiche di molte società europee e anche dell'Italia del dopoguerra, impone di considerare in una nuova luce il ruolo del Capo di Stato come del Gabinetto: per quanto riguarda il primo, Capograssi evoca (come farà Schmitt) il 'potere neutro' di Constant e ricorda la necessità di disporre di un organo capace di valutare « le varie correnti parlamentari » e giudicare « anche della necessità di ascoltare il giudizio

(213) *Ivi*, pp. 60-61.

(214) *Ivi*, p. 106.

(215) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), cit., pp. 198 sgg.

(216) Si pensi al 'cesarismo' weberiano. W. J. MOMMSEN, *Max Weber e la politica tedesca: 1890-1920*, Il Mulino, Bologna 1993, pp. 575 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del corpo elettorale », mettendo da parte « il rispetto della volontà della Camera per ascoltare il voto del paese » (217); per quanto riguarda il secondo, una componente della crisi, anzi « il vero problema delle democrazie contemporanee », è « la creazione del Premier »: solo disponendo di « grandi capi » il regime democratico può funzionare perché solo per quella via « il problema dell'autorità » può dirsi risolto (218).

È appunto alla crisi della democrazia e all'esigenza di una nuova e più salda autorità che il fascismo ritiene di dare una risposta vincente. Rocco, quando illustra la legge sulla prerogativa del Capo del governo, la presenta esplicitamente come una rilevante modifica della costituzione vigente, imposta però dalla crescente impotenza del pluralismo partitico e del parlamentarismo. Se il parlamento poteva funzionare come interprete delle élites economiche e politiche dell'Italia ottocentesca, ora che sono « entrate le masse nella vita dello Stato » è indispensabile la ferrea unità di iniziativa e di decisione di un Capo (219).

Il rapporto Stato-società muta profondamente in rapporto al carattere 'di massa' della società stessa e impone una trasformazione simultanea tanto della 'base' quanto del 'vertice'. Al vertice la rivoluzione fascista coincide con la nuova importanza assunta dal governo e, in esso, dal suo Capo: un tratto essenziale dello Stato fascista è, per Panunzio, la « governatività », frutto di una rivoluzione che ha fatto del Capo del governo il centro del nuovo sistema costituzionale (220).

Panunzio sta insistendo su un'idea che, ormai patrimonio comune della giuspubblicistica fascista, era stata rigorosamente approfondita, qualche anno prima, da un saggio (originariamente la tesi di laurea) di Costantino Mortati (cui Panunzio non mancherà di riferirsi elogiativamente (221)). È al governo che per Mortati compete l'onere di realizzare *in action* l'unità dello Stato, determinandone e

(217) G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, vol. I, p. 563.

(218) *Ivi*, p. 573.

(219) A. ROCCO, *Legge sulla prerogativa del Capo del Governo*, in A. ROCCO, *Scritti*, cit., vol. III, cit., p. 927.

(220) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 55-56.

(221) *Ivi*, p. 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realizzandone i fini in quanto organo responsabile dell'« indirizzo politico generale » (222). Se questo è vero in generale, questo profilo si accentua notevolmente con lo Stato realizzato dal fascismo. I fini del nuovo Stato non si esauriscono nella difesa dei diritti individuali ma li trascendono mirando ad attuare « una costante e completa connessione fra lo Stato e la società: « la società … si fa essa stessa Stato » integrandosi con esso grazie alla forza ordinante ed unificante del principio corporativo. Di questo compito allora può farsi carico non un parlamento diviso da interessi contrastanti e inconciliabili, tanto meno un esecutivo genericamente rafforzato da un ipotetico 'ritorno allo Statuto', ma un governo di tipo nuovo impegnato a realizzare « la disciplina delle relazioni fra le classi allo scopo di dirimerne i contrasti secondo una norma di giustizia » (223).

Il 'farsi Stato' della società, il processo di sussunzione della società nello Stato, suppone, per un verso, una riorganizzazione delle forze sindacali e politiche, ma, per un altro verso, esige un nuovo assetto che all'incapacità decisionale del vecchio parlamentarismo opponga la forte attività di direzione e di decisione del governo (224). Il governo però, a sua volta, esprime fino in fondo la sua capacità decisionale in quanto 'personalizzato', legato ad una personalità eminente, secondo una logica di 'personalizzazione del potere' che, se è un fenomeno generale delle moderne società di massa, in Italia assume le caratteristiche storicamente irripetibili ed eccezionali del 'duce' del fascismo (225).

Certo, l'analisi ravvicinata delle caratteristiche strutturali di un regime crea alla costituzionalistica degli anni Trenta non pochi problemi, vista la singolare commistione di elementi eterogenei (e

(222) C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, A.R.E., Roma 1931, p.18.

(223) *Ivi*, pp. 61-64. Su Mortati cfr. F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, E.S.I., 1989; M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1990.

(224) Le testimonianze sono numerosissime. Cfr. ad esempio E. BONAUDI, *Dei limiti della libertà*, cit., pp. 72 sgg.; P. CHIMIENTI, *L'organizzazione nazionale fascista*, cit., pp. 12 sgg.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il regime degli Stati uniti e il regime fascista*, Paravia, Firenze 1933.

(225) Cfr. ad es. V. MICELI, *Il partito fascista*, cit., p. 61; C. PELLIZZI, *Problemi e realtà*, cit., p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potenzialmente conflittuali) che caratterizza l'assetto costituzionale fascista. Per il 'tradizionalista' Ranelletti la soluzione più convincente è comprensibilmente quella di ricondurre a schemi consolidati la forma di governo fascista, identificandola, se non con un sistema di governo costituzionale *tout court*, visto che il potere governativo è esercitato direttamente dal capo del governo, almeno con una sua variante (226).

Si potrà però anche premere sul pedale della discontinuità facendo notare che nel nuovo regime non si è semplicemente sancita l'indipendenza del Governo dal Parlamento, ma si è realizzata « la prevalenza politica » del secondo sul primo, realizzando una forma costituzionale originale che sfugge agli schemi finora sperimentati (227) e che comunque ha il suo epicentro nella posizione preminente del Capo del governo sul parlamento (228). Tenendo conto del nesso che lo Stato fascista intrattiene con la nazione intera senza passare attraverso i vecchi meccanismi della rappresentanza parlamentare, lo Stato fascista può anche essere definito come uno « Stato nazionale plebiscitario » (229). Quando però si vuole caratterizzare più da vicino la forma di governo del fascismo è inevitabile moltiplicare gli aggettivi e parlare ad esempio di governo « monarchico, costituzionale, rappresentativo, a tipo corporativo », determinato nel suo indirizzo politico dal Capo del governo, e, infine, « totalitario » (230); l'orientamento dominante sottolinea comunque l'originalità del governo fascista, la sua irriducibilità a forme storicamente collaudate, salvo insistere semmai sulla preminenza riservata al ruolo del Capo del governo (231).

---

(226) O. RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del fascismo e la forma di governo dello Stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXI, 1929, pp. 337-38.

(227) G. M. DE Francesco, *Leggi costituzionali fasciste e forma di governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXIII, 1931, pp. 564-67.

(228) D. DONATI parla ad esempio di governo monarchico presidenziale (cfr. D. DONATI, *Il governo del re nella classificazione delle forme di governo*, in D. DONATI, *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1966, vol. II, pp. 335-50).

(229) A. GROPPALI, *Fondamenti e caratteri dello Stato fascista*, Atti del centro di Studi corporativi, Cagliari 1938-39, pp. 16-17.

(230) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La qualificazione giuridica della forma di governo dell'Italia*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXXI, 1939, p. 541.

(231) Cfr. E. CROSA, *Sulla classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I*, cit., pp. 441-72; G. M. DE FRANCESCO, *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in *op. ult. cit.*, pp. 473-92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quale che sia la denominazione proposta, è diffusa la convinzione che l'originalità e la legittimazione storica del fascismo derivino dall'intreccio di due elementi complementari: l'avere risolto la crisi dello Stato superando l'imbelle parlamentarismo a vantaggio di un assetto costituzionale caratterizzato dal decisivo potere del governo, avere accentuato, nell'organizzazione del governo, il ruolo del Capo grazie alla presenza, storicamente eccezionale, della carismatica personalità del Duce.

Viene così a saldarsi al vertice, grazie all'esistenza di un governo forte e 'personalizzato', quel processo di 'totalitaria' riconduzione della società allo Stato i cui snodi intermedi erano stati volta a volta identificati con il partito, le strutture sindacal-corporative, i meccanismi di propaganda e di formazione del consenso, l'impegno sacrificale e solidale dell'individuo. Individuo 'solidale' e governo forte sono dunque gli elementi estremi di quell'asse Stato-società intorno al quale si viene costituendo il campo semantico 'totalitario'. È appunto per denotare il complessivo processo di sussunzione della società nello Stato che viene introdotto (o ridefinito) un termine apposito: 'regime'.

'Regime', per Panunzio, non indica qualsiasi forma di Stato: applicato al fascismo, 'regime' non denota una forma di governo, non si riferisce ad un aspetto specifico dello Stato o della società, ma raccoglie in sé la totalità degli elementi che, insieme, definiscono l'Italia fascista, include « lo Stato nell'atto del suo prodursi », il contenuto soggettivo ed oggettivo della sua instaurazione e della successiva strutturazione (232). Critico, come sempre, nei confronti di Panunzio, anche Costamagna, in realtà, condivide in sostanza l'esigenza di indicare con il termine 'regime' la totalità degli elementi caratterizzanti la nuova Italia fascista: il regime può essere definito a suo avviso « la costituzione vivente di uno Stato », « l'insieme di tutte le energie di una popolazione considerate nel loro movimento per l'attuazione dello Stato » (233).

Unione dell'individuo e dello Stato in un « programma di vita »,

(232) S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 542-43.
(233) C. COSTAMAGNA, *Dottrina del fascismo*, cit., pp. 99 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organizzazione del potere e assetto complessivo dei rapporti (234), il regime assume per Perticone tutta la sua pregnanza quando riferito all'odierna società di massa. Nel regime di massa domina il rapporto diretto fra i gregari e il capo: non siamo però di fronte ad una versione aggiornata della 'dittatura', perché il regime è un sistema articolato e complesso e presuppone il partito e la mediazione di una capillare gerarchia (235). Cancellato il vecchio sistema pluripartitico, il regime di massa è un « sistema totalitario di comunità » (236), che impone una profonda revisione dei vecchi schemi — lo stesso concetto di popolo deve evolversi verso il concetto di « comunità 'razziale' » — e include in se stesso tanto lo Stato quanto la società, esprimendo appunto la 'totalitaria' unificazione dei due termini in una realtà di ordine superiore (237).

Il fascismo non è la dittatura del capo del governo oppure uno Stato a partito unico o ancora il veicolo dell'organizzazione corporativa della società: proprio perché sintesi non riducibile a nessuno di questi tratti, che pure tutti insieme costituiscono momenti imprescindibili della nuova realtà politico-sociale, il fascismo può essere identificato con un regime di nuovo tipo correttamente denominabile come « totalitario » (238).

10. *'Stato totalitario' e individuo.*

Il campo semantico 'totalitario' viene costituendosi intorno all'asse 'Stato-società' grazie ad una pluralità di espressioni che agiscono di conserva nel mostrare il necessario movimento di sussunzione della società nello Stato. Mi rendo conto che questa affermazione, nella sua perentorietà, rischia di apparire unilaterale e schematica, nel momento in cui sembra attribuire alla giuspubblici-

(234) G. PERTICONE, *La concezione speculativa dell'attività giuridica, II*, cit., pp. 17 sgg.

(235) G. PERTICONE, *Studi sul regime di massa*, Bocca, Torino 1942, pp. 79 sgg.

(236) *Ivi*, p. 142.

(237) *Ivi*, pp. 142 sgg. Sul concetto di regime cfr. anche G. CHIARELLI, *Il concetto di 'regime' nel diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, CVIII, 1932, pp. 203-220; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, Giuffrè, Milano 1940, pp. 8 sgg.

(238) C. COSTAMAGNA, *Dottrina del fascismo*, cit., p. 161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stica del fascismo una compattezza e un'univocità di ispirazioni e di intenti *prima facie* inconciliabile con la pluralità di indirizzi e con le vivaci polemiche che la hanno caratterizzata nell'arco del ventennio e si sono riflessi, come ho tentato di mostrare, anche nello specchio del lessico 'totalitario'. Credo però che i due rilievi siano solo superficialmente incompatibili fra loro: non perché i dissensi siano epidermici e trascurabili, ma perché le contrapposizioni e i conflitti che coinvolgono la giuspubblicistica del fascismo presuppongono comunque l'appartenenza ad un'*ecclesia* (per dirla con Panunzio) che impone la condivisione di schemi, valori, stilemi soggiacenti. Se è vero quindi che quasi intorno ad ogni espressione attratta nel campo semantico 'totalitario' Costamagna, Panunzio, Volpicelli, Ranelletti (e così via enumerando) duellano accanitamente, è altrettanto vero che dal fitto intreccio di interventi e di polemiche si sviluppa una struttura di senso che non sembra temerario presentare come unitaria (almeno nella sua direzione prevalente).

Quale sia questa struttura di senso conviene ora conclusivamente mettere a fuoco richiamando l'attenzione su una sua caratteristica di carattere generale, una caratteristica che emerge non tanto dall'una o dall'altra singola espressione quanto dall'intero gioco lessicale considerato e ha a che fare con il soggetto, con i suoi diritti e con la sua posizione di fronte alla comunità politica (239).

Organizzato intorno all'asse Stato-società, il campo semantico 'totalitario' si risolve in una molteplicità di espressioni che fanno a gara nel dimostrare la compattezza del processo di sussunzione della società nello Stato, l'inesistenza di residui, di deviazioni, di contraddizioni entro la *reductio ad unum* realizzata dal 'movimento della totalità'. Nella rappresentazione di questo movimento il tema della soggettività è adombrato in due modi, apparentemente incompatibili, ma in realtà complementari: da una parte si sottolinea il carattere 'oggettivo' di un processo che raggiunge l'unità grazie

(239) Cfr. le acute osservazioni di un contemporaneo, Karl Polanyi, che individua nell'organicismo di Spann (e nel conseguente declassamento dell'autonomia dell'individuo) il fulcro del fascismo: K. POLANYI, *L'essenza del fascismo* (1935), in *La libertà in una società complessa*, Bollati Boringhieri, Torino 1987, pp. 90 sgg. Cfr., in termini generali, P.G. ZUNINO, *L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime*, Il Mulino, Bologna 1985, pp. 159 sgg. Su Spann cfr. L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit, *passim.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'intreccio di forze e istituzioni che trascendono o mettono in parentesi il soggetto, mentre dall'altra parte si valorizza proprio l'apporto della soggettività nella costruzione del nuovo ordine.

Valga, come esempio del primo tipo, la ridefinizione del nesso rappresentativo che si viene instaurando fra Stato e società. L'immagine della rappresentanza come momento della libera auto-organizzazione dello Stato (corrente nella giuspubblicistica prefascista) viene 'sovradeterminata' sfociando nella tesi dell'irrilevanza (per così dire ontologica e metodologica) dell'individuo nella fondazione e nello svolgimento del processo politico-giuridico. L'avversione al 'modello francese', manifestata in mille forme da ampi settori della cultura ottocentesca, la condanna del contrattualismo e del primato delle atomistiche volontà individuali, vengono ecletticamente raccolte dalla retorica politico-giuridica fascista per ridefinire la rappresentanza come legame puramente 'oggettivo' fra due grandezze — lo Stato e la società — impegnate in un processo di reciproca immedesimazione o meglio di sussunzione della seconda nella prima.

La rappresentatività dello Stato, il nesso rappresentativo che riconduce la società allo Stato, non evoca il momento individuale, ma si appoggia sui gruppi e sulle istituzioni, sui ruoli e sulle gerarchie, sugli apparati nei quali si risolve l'assetto corporativo e politico del regime. A ricondurre la società allo Stato è una trama istituzionale che, nel momento in cui 'organizza' i soggetti, sembra poterne prescindere: il sistema sembra funzionare grazie alla sua 'oggettiva' conformazione, grazie all'impulso che dal vertice si propaga lungo i canali gerarchici e investe l'intero spazio sociale senza lasciare alcun interstizio incustodito.

Se dunque la società si 'statualizza' senza bisogno di ricorrere all'intervento individuale, ciò non impedisce che i soggetti facciano la loro comparsa nel campo semantico 'totalitario' ad altro titolo: non come protagonisti di un processo che si svolge comunque 'senza' di loro, ma in quanto coinvolti in esso. La discussione sul nesso (di contiguità o di opposizione) fra 'Stato totalitario' e 'Stato di diritto' è il luogo deputato alla rappresentazione della condizione giuridica degli individui, del fondamento e della modalità dei loro diritti. Il profilo è delicato e complesso ma le linee portanti sono relativamente chiare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In primo luogo, lo statocentrismo prevalente nella tradizione prefascista può essere accolto (ed enfatizzato) al fine di evitare ogni 'giusnaturalistica' assolutizzazione dell'individuo e rendere integralmente 'storico-positivo', quindi variabile e contingente, il regime dei diritti individuali: da questa premessa, però, si possono trarre conclusioni diverse; si può presentare lo Stato fascista (e la sua Carta del lavoro) come l'ultima tappa di quel crescente dominio del 'giuridico' iniziato con il costituzionalismo moderno (240), oppure insistere sull'assoluta trascendenza dei fini nazional-statuali (magari ricorrendo ad un altro collaudato concetto, il concetto della 'necessità') e restringere di conseguenza l'autonomia dei diritti, senza necessariamente annullare la loro (contingente) preservazione.

In secondo luogo, e di conseguenza, quanto si più aggancia il fondamento dei diritti individuali agli interessi superiori della nazione aggressiva ed espansionistica tanto più si tende ad adottare la distinzione (anch'essa ottocentesca) fra 'Stato giuridico' e 'Stato di diritto' risolvendo il secondo nel primo: in questa prospettiva non si fa più assegnamento su un catalogo di diritti individuali (storicamente contingenti e rimovibili, ma precisamente determinati nel loro contenuto), ma ci accontenta della garanzia generale e formale riposta nel carattere giuridico (regolare, 'normato') che la volontà dello Stato continuerà ad assumere.

In terzo luogo, la tutela di una sfera giuridica individuale è compatibile con gli assunti fondamentali dello 'Stato totalitario' a patto di evitare di attribuire all'individuo un ruolo protagonistico e decisionale. A questo scopo si esaspera la distinzione fra i diritti del soggetto 'privato' e i diritti politici: se questi ultimi sono travolti dal fuoco combinato degli argomenti anti-contrattualistici e anti-individualistici, i primi possono fiorire grazie ad alcuni presupposti cui è possibile solo accennare: per un verso, libertà (privata) e proprietà vengono tutelate in nome del superiore interesse produttivo della nazione — siamo di fronte ad un'ennesima variante di quella 'terza via' che in diversi contesti, nel corso dell'Ottocento, è stata raccomandata come 'intermedia' rispetto ai 'cattivi' estremi dell'individualismo e del collettivismo; per un altro verso, il nesso conclamato fra interesse privato e produzione nazionale tende a suggerire, nei

(240) F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confronti della stessa sfera 'privata', un doppio regime di intervento, rispettivamente 'garantista' o 'interventista', a seconda che ci si riferisca alla proprietà o all'impresa, prefigurando quindi un diverso regime di 'pressione' sulla sfera dell'autonomia privata.

Attraverso le maglie della distinzione (o connessione) 'Stato totalitario'/'Stato di diritto' l'individuo raggiunge dunque il campo semantico 'totalitario' non più come un elemento che gioca il suo ruolo 'in absentia' (come avviene in rapporto alla descrizione dell'oggettivo processo di sussunzione della società nello Stato), ma come presenza in qualche modo visibile: il soggetto è visibile in quanto relegato in una posizione meramente 'privata' oppure perché assunto come una realtà residuale (rispetto al nesso Stato-società) e funzionale (rispetto all'interesse superiore dello Stato-nazione).

Solo in un caso sembra di poter assistere al trionfo del soggetto: quando l'affermazione del carattere 'etico' dello Stato conduce i gentiliani (ma non soltanto loro) a celebrare il ruolo fondante della soggettività. La soggettività postulata dal carattere etico dello Stato, però, non può essere confusa (come si è avuto modo di vedere) con l'individuo empirico: sono in questione non le singole individualità e le loro contingenti, variabili aspettative, i loro occasionali e conflittuali interessi, ma la vocazione profonda del soggetto, il processo attraverso il quale ognuno si rende compiutamente uomo trascendendo (come scriveva Volpicelli) la sua immediatezza, cogliendo nello Stato, insieme, la « forma piena e perfetta della società » e la « forma essenziale dell'umana persona » (241).

La soggettività trionfa in quanto gli individui 'empirici' si dissolvono (o si trascendono) nelle loro individualità e si ritrovano, concordi ed omogenei, in quello Stato che realizza la profonda e autentica identità di ciascuno. Il trionfo della soggettività (metaempirica), la metabasi dai soggetti al Soggetto non sono figure innocue o marginali nel costituirsi del campo semantico 'totalitario': è attraverso di esse che prende campo non l'individuo 'come tale', ma una 'soggettività' che non entra in rotta di collisione con il processo 'oggettivo' del rifluire della società nello Stato, ma lo integra e lo completa venendo a costituire un tratto originale ed insostituibile dello 'Stato totalitario'.

(241) V. *supra* nota 169.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La valorizzazione della soggettività non corre alcun rischio di introdurre dalla finestra la molteplicità anarchica degli interessi e delle aspettative conflittuali che l'oggettiva trama delle istituzioni gerarchicamente organate aveva gettato fuori dalla porta. Al contrario, è nell'interno del soggetto che ora si conduce la battaglia per l'unità e per l'omogeneità. La molteplicità delle scelte individuali scompare a vantaggio dell'uniforme riconoscersi in una verità più profonda.

Lo Stato cessa allora di essere una realtà estrinseca per essere 'riconosciuto' come la forza propria dei soggetti. La 'democrazia autoritaria' od 'organizzata' (spesso menzionata dalla pubblicistica fascista) trova ora una forte saldatura 'soggettiva' ma non per questo è disposta ad affidarsi semplicemente alla spontanea vocazione statuale dei soggetti. I soggetti 'riconoscono' lo Stato ma lo Stato a sua volta non attende inerte la loro adesione: la ricerca, la stimola, la organizza. Il momento della propaganda (con relativi ministeri, istituzioni centrali e periferiche, organi di stampa, attrezzature tecniche ecc.) non entra nel campo semantico 'totalitario' dalla porta di servizio: vi si insedia associandosi a quella componente 'soggettiva' che, debitamente trattata, non mette in pericolo l'unità dell'insieme, ma la rafforza definitivamente.

Il momento soggettivo non è espunto, ma viene anzi coltivato in una molteplicità di direzioni (la 'mistica fascista' (242), la creazione dell''uomo nuovo') che restano, se si vuole, ai margini del dibattito teorico-politico e teorico-giuridico ma non fanno niente altro che radicalizzare e assolutizzare atteggiamenti e preoccupazioni ad esso tutt'altro che estranei. Ed è anche da questo punto di vista che da parte di alcuni ideologi del regime (ad esempio da Panunzio) viene comprensibilmente valorizzato il ruolo del partito, presentato non solo come tramite fra società e Stato, ma anche come sintesi fra

(242) Alla « Scuola di mistica fascista », fondata nel '30 e vitale fino al '43, partecipano, fra gli altri, anche giuristi come Maggiore, impegnato nel convegno di Milano del '40 con una relazione su « Razionalismo, volontarismo, misticismo, romanticismo nella politica ». Cfr. D. MARCHESINI, *La scuola dei gerarchi. Mistica fascista: storia, problemi, istituzioni*, Feltrinelli, Milano 1976, pp. 72 sgg. Da un altro punto di vista, valorizza opportunamente l'investimento 'religioso' della politica fascista E. GENTILE, *Il culto del littorio. La sacralizzazione della politica nell'Italia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento soggettivo ed oggettivo, come realtà incorporata nella struttura dello Stato come suo organo o parte, ma nello stesso tempo forza capace di immettere linfa nuova e vitale nella vita istituzionale del regime grazie alla convinta e attiva adesione dei suoi membri. Ancora una volta l'identità politica del soggetto passa attraverso l'identificazione con un partito che solo in quanto 'totale' (unitario, omogeneo, gerarchico, unico) ha svolto e può continuare a svolgere una funzione fascisticamente legittima.

La saldatura fra momento oggettivo e momento soggettivo, fra logica gerarchica e adesione 'militante', se pure si attua esemplarmente nel partito, non si esaurisce comunque in esso, ma connota nel suo complesso quel nesso Stato-società che costituisce l'asse portante del campo semantico 'totalitario'. La sussunzione della società nello Stato, se per un verso evoca l'immagine di un plesso istituzionale che senza vuoti e smagliature si estende sull'intera società organizzandola gerarchicamente, per un altro verso esige il bando sistematico dell'eterogeneità, il riconoscersi di tutti nell'omogeneità di una fede e di un'appartenenza comuni.

11. *La 'destrutturazione' del campo semantico 'totalitario' negli anni Quaranta.*

Alla fine degli anni Trenta il campo semantico 'totalitario' si è assestato intorno ad alcuni assi tematici delineati nel corso di un dibattito che nel quindicennio precedente aveva visto una intensa e significativa partecipazione della cultura giuridica: tutt'altro che omogenea al suo interno, anzi divisa nel giudizio sulla tradizione prefascista, nei presupposti di metodo e nelle singole soluzioni volta a volta prospettate, ma nel suo complesso coralmente impegnata in una serrata analisi delle istituzioni e delle caratteristiche del nuovo regime.

Se dunque alle soglie degli anni Quaranta il lessico 'totalitario' raggiunge, dopo una non breve e non semplice gestazione, una sua precisa fisionomia, è il contesto politico-istituzionale nel quale e per il quale quel lessico si era venuto formando che muta di lì a pochissimo con drammatica rapidità, dando luogo ad un impressio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nante vuoto di potere (243). Se quindi, per un verso, il crollo del regime provoca il collasso di concetti e strategie retoriche da esso inseparabili, per un altro verso il 'vuoto' provocato dal collasso istituzionale, per non parlare degli effetti incrociati delle 'tre guerre' (244) che imperversano sulla scena italiana, genera un disorientamento culturale che rende difficile una rapida messa a punto di un linguaggio alternativo. Non è quindi sorprendente che negli anni Quaranta lo smontaggio del lessico 'totalitario' non possa giovarsi di apporti teorico-giuridici altrettanto numerosi e articolati di quelli che nel decennio precedente avevano permesso la sua graduale elaborazione.

Ciò non toglie però che negli anni Quaranta emergano i segni di un'alternativa in due contesti profondamente diversi fra loro, ma non privi di significativi collegamenti: prima nelle frange più inquiete di una cultura teorico-giuridica che, negli anni estremi del regime, inizia a compiere un percorso inverso a quello che, nel quindicennio precedente, aveva condotto al consolidamento del lessico 'totalitario'; poi nei dibattiti dell'assemblea costituente, dove la progettazione di un nuovo assetto costituzionale esige una critica serrata dei fondamenti di legittimità dell'ordine precedente.

11.1. *'Stato di diritto' vs. 'Stato totalitario'? Il 'principio di legalità'.*

Un segnale di insoddisfazione nei primi anni Quaranta è ravvisabile in alcune riflessioni teorico-giuridiche che vengono a toccare, direttamente o indirettamente, un tema centrale del campo semantico 'totalitario': il rapporto fra Stato e diritto, il nesso 'Stato totalitario'-'Stato di diritto', il problema dei limiti e del valore del 'principio di legalità'.

Esce nel '42 un libro di un giovane filosofo del diritto, Flavio

(243) Pombeni parla di « un'ora zero delle istituzioni, quale raramente si verifica nella storia » (P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici*, cit., p. 505). Sulla crisi degli intellettuali cfr. L. MANGONI, *Civiltà della crisi. Gli intellettuali tra fascismo e antifascismo*, in AA.VV., *Storia dell'Italia repubblicana, I, La costruzione della democrazia: dalla caduta del fascismo agli anni Cinquanta*, Einaudi, Torino 1994, pp. 615-718.

(244) Cfr. C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio sulla moralità nella Resistenza*, Bollati Boringhieri, Torino 1991; C. PAVONE, *Alle origini della repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lopez de Oñate, dedicato al problema della 'certezza del diritto', fatto segno dell'attenzione (ora solidale ora critica) di giuristi di notevole spessore intellettuale quali Calamandrei, Carnelutti, Fedele, Capograssi. Si tratta di un contributo ingannevolmente semplice: in esso infatti campeggia il tema che dà il titolo al volume (la certezza del diritto, il principio di legalità) ed effettivamente costituisce il filo conduttore dell'analisi; questa però include anche allusioni e intenzioni in qualche modo 'nicodemicamente' meno visibili nonché connessioni tematiche meno evidenti, tanto da rendere tutt'altro che semplice il compito di una sua precisa comprensione storica.

Il tema centrale è chiaramente definito: si tratta di contrapporre ad un diffuso e crescente senso di crisi, di una crisi che muove dall'identità individuale (245) per investire il mondo del diritto (246), un punto fermo e indiscutibile che Lopez ritiene di individuare nella legge. La centralità della legge è stata messa in crisi da una pluralità di fattori, che secondo il nostro autore vanno da un'eccessiva attenzione alla concretezza delle singole individualità al privilegiamento di un diritto che, lungi dal coincidere con l'assetto oggettivo delle norme, con un sistema di prescrizioni giuridiche capace di offrire fissi e stabili parametri all'azione individuale e collettiva, coincide con la società stessa, si identifica con un ordine sociale che genera e modifica le regole in vista dei mutevoli scopi che volta a volta si propone (247).

Il bersaglio polemico esplicito è la Germania: non solo la Germania nazionalsocialista, ma anche la Germania del giusliberismo otto-novecentesco, accomunate dalla svalutazione della legge a vantaggio di un suo uso strumentale e teleologico. Non fa differenza per Lopez che a parlare contro l'astrattezza della legge siano Kantorowicz o i teorici del Terzo Reich: una volta aperto un varco nella cittadella della legalità, attraverso di esso passano non solo le esigenze equitative (indebitamente drammatizzate) del giusliberismo, ma anche quell'uso strumentale dello Stato e della legge

(245) F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 25 sgg.
(246) *Ivi*, p. 37.
(247) *Ivi*, pp. 104-105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condiviso dai nazionalsocialisti come dai bolscevichi e responsabile della dominante incertezza del presente (248).

L'alternativa alla crisi e allo Stato-mezzo è l'affermazione (o il ripristino) del senso della legge e del principio di legalità, perché è dal primato della legge che nasce per Lopez la 'securitas' dell'individuo: certezza del diritto e sicurezza dello spazio individuale si appoggiano a vicenda. La certezza del diritto viene efficacemente identificata da Lopez con la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione individuale: solo se il diritto mantiene la sua oggettiva e inalterabile consistenza, solo se non muta arbitrariamente a seconda delle contingenze del momento, esso si offre come « coordinamento obiettivo dell'azione » (249). La stessa obbedienza alla norma, quindi la condizione di legittimità dell'ordine, si fonda sul fatto che l'assetto normativo fa discendere dal comportamento individuale conseguenze determinate e inalterabili (250).

È dunque perfettamente chiaro il bersaglio polemico (il nazionalsocialismo, la politicizzazione dell'operato del giudice, l'uso strumentale del diritto) ed è altrettanto chiaro il principio contrapposto: il primato della legge e la conseguente prevedibilità degli effetti dell'azione. È però assai più sfumata e incerta l'applicazione del principio al dibattito italiano. I motivi sono diversi e complessi e vanno ricondotti primariamente, come è ovvio, al 'nicodemismo' imposto dal controllo poliziesco delle opinioni dissenzienti, ma non si identificano semplicemente con la necessità di ricorrere ad allusioni o di impiegare meccanismi di 'depistaggio' del censore. Non si può dire che la polemica antinazista sia condotta semplicemente all'insegna del 'de te fabula narratur' perché la 'fabula' in questione non è esattamente la medesima in Germania e in Italia. Prendere le distanze dalle critiche nazionalsocialiste allo 'Stato di diritto' rischia quindi di essere un'arma spuntata o una critica troppo indiretta per riuscire ad entrare nel vivo della situazione italiana: dove il problema del rapporto fra 'Stato di diritto' e 'Stato totalitario', come sappiamo, è stato (non sempre ma spesso) risolto non tanto giocando sulla radicale incompatibilità dei due termini, quanto avvalorando

(248) *Ivi*, pp. 85 sgg.
(249) *Ivi*, p. 48.
(250) *Ivi*, pp. 52-53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'immagine di uno Stato fascista che si compie (anche, non soltanto) attraverso il diritto.

Lopez infatti, nelle pagine conclusive, insiste sulla necessità di far centro sul principio di legalità e di investire di esso l'intero ordinamento statuale, appellandosi (con assonanze constantiane) al valore delle forme come strumento di contenimento dell'arbitrio: non esiste un'opposizione di sostanza fra 'Stato di diritto' e 'Stato etico' — ricorda Lopez citando Volpicelli — ed il regime fascista, in tutto l'arco del suo sviluppo, nel '26 come nel '42, ha sempre coltivato l'idea di un'amministrazione rispettosa delle norme, ispirata al principio di legalità. È un trucco 'nicodemico'? Certamente lo è: tanto che la frase conclusiva del libro è un acrostico che si risolve argutamente nella frase 'così fosse vero'; magari fosse vero, cioè, che il fascismo realizzasse 'nei fatti', nella sua concreta prassi di governo, il primato della legge e il principio di legalità, ma così non è.

Brandito da Lopez, dunque, il principio di legalità intende investire in pieno il regime fascista. Non può però sfuggire il fatto che tale principio, per non mancare il bersaglio, deve improvvisamente (e sia pure 'nicodemicamente') spostarsi dal piano della 'teoria' al piano della 'prassi' e non senza motivo: perché, nella teoria, lo 'Stato di diritto' poteva tranquillamente essere presentato (da Battaglia come da Panunzio o da Volpicelli) come una figura interna o come un momento ricompreso nella superiore realtà dello 'Stato etico' e figurare, se non nell'empireo dei princìpi costitutivi del fascismo, certo nel limbo dei concetti con esso compatibili.

La presa di distanza dal fascismo è complicata non soltanto perché è costretta al discorso indiretto delle allusioni e degli ammiccamenti, ma anche perché si muove ancora alla ricerca di una leva capace di far saltare il compatto campo semantico 'totalitario'. Non è d'altronde soltanto il libro di Lopez a mostrare scopertamente tanto l'esigenza di uscir fuori dalle pastoie del regime quanto la difficoltà di trovare un linguaggio efficacemente alternativo: con la medesima difficoltà, e forse anche più scopertamente, si scontra anche uno dei primi e più convinti estimatori del libro di Lopez, Piero Calamandrei (251).

(251) Su Calamandrei cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 142 sgg.; P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*, Milano, Giuffrè, 1990; F. SBARBERI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Calamandrei recensisce con entusiasmo *La certezza del diritto*, ma il filo delle sue osservazioni conduce addirittura a semplificare i molteplici piani (evidenti e nascosti) del libro di Lopez concentrandosi sul problema tecnico-giuridico ed ermeneutico: da un lato si riprende il tema dell'inflazione legislativa, dell'attentato 'pratico' alla certezza dovuto ad un cattivo uso dello strumento 'legislazione', dall'altro lato si continua a sostenere la tesi 'classicamente' positivistico-formalistica del carattere meramente applicativo dell'intervento del giudice (252) — e sarà il caso di ricordare che la tesi contraria era stata sostenuta, per l'appunto anche contro Calamandrei e con grande ricchezza di argomenti, da Guido Calogero (253), niente affatto disposto ad unire con un unico tratto di penna la tesi della funzione (inevitabilmente) 'creativa' del giudice con la teoria nazionalsocialista dell'ordine concreto della comunità. Certo, contro Calamandrei (e contro Lopez) prende la parola Carnelutti, un giurista che aveva attraversato 'ad occhi aperti' l'intera parabola del regime giocando insieme le carte della 'tradizione' e 'dell'innovazione': ma il punto di dissenso riguarda, ancora una volta, i massimi sistemi dell'ermeneutica e della teoria giuridica (la tensione fra legge ed equità, fra lo schema normativo astratto e l'irripetibile singolarità del caso, l'insufficienza della legge, il ruolo della dottrina) e non sembra toccare (nemmeno nicodemicamente) la sfera della legittimazione politico-giuridica del regime fascista (254).

L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio, Bollati Boringhieri, Torino 1999, pp. 115 sgg.

(252) P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 167-90

(253) G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937. Cfr. al proposito S. BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 225-260; A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 461 ss.; P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, XX, 1991, pp. 367 sgg.

(254) F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (1943), ora in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 191-206. Carnelutti si era d'altronde espresso pochi anni prima in modo assai più preciso e deciso presentando il divieto di analogia in diritto penale come « niente altro che una superstizione. Probabilmente...la superstizione della libertà » (F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, XII, 1935, p. 113). Su Carnelutti cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La difficoltà, già sperimentata da Lopez, nel trovare un *ubi consistam* efficacemente alternativo al fascismo emergono in piena luce quando, crollato il regime, le tattiche di dissimulazione non sono più necessarie e l'analisi critica del regime può cominciare a prendere forma; e prende forma per l'appunto, in Calamandrei, a partire da quel principio di legalità cui egli (anche attraverso Lopez) continua ad aggrapparsi per trovare una via che conduca oltre le sabbie mobili della cultura fascista.

Il primo degli scritti che apre un volume di Calamandrei dedicato, come recita il titolo, a *Costruire la democrazia* (255), è appunto dedicato alla « crisi della legalità »: una legalità che, prefigurata dagli illuministi e consacrata dal lascito della rivoluzione francese, è stata sottoposta agli attacchi concentrici del nazionalsocialismo e del fascismo (256). Entrambi accaniti nemici della legalità, i due movimenti hanno però adottato tecniche di attacco diverse: « il nazismo….ha distrutto la legalità; il fascismo ... ha preteso di *falsificarla* ». L'attacco nazista è scoperto e si dirige tanto contro la teoria quanto contro la pratica della tradizione costituzionalistica europea, politicizzando integralmente la magistratura, abolendo ogni garanzia formale, provvedendo allo « schiacciamento totalitario, sotto la volontà di un solo » di ogni diritto individuale. Il fascismo procede diversamente: non sopprime la legalità, ma la mantiene « ufficialmente sulla facciata » introducendo « una pratica ufficiosa di effettivo illegalismo ». La Camera resta, per un lungo periodo, ma svuotata delle sue funzioni; resta la monarchia, ma i suoi poteri sono « trasfusi di fatto nel 'capo del governo' »; resta il principio di legalità nel codice, ma si istituiscono i tribunali speciali: dietro il prefetto c'è il segretario federale, dietro l'esercito la milizia (257). La 'doppiezza' costituzionale del regime è l'espressione della strategia adottata dal fascismo nell'attacco al principio di legalità: le

---

Padova 1955, pp. 79-111; G. TARELLO, *Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, 1986, pp. 383-87; D. COCCOPALMERIO, *Francesco Carnelutti: il realismo giuridico italiano*, E.S.I., Napoli 1991; AA.VV., *Francesco Carnelutti: a trent'anni dalla scomparsa*, Forum, Udine 1996.

(255) *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)* (1945), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Morano, Napoli 1968, vol. III, pp. 126-214.

(256) *Ivi*, pp. 129-30.

(257) *Ivi*, pp. 132-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi restano al loro posto, ma la loro osservanza è « intralciata e sospesa dal favoritismo e dalla corruzione politica » (258).

Calamandrei può ora finalmente parlare senza reticenze e denunciare gli attentati fascisti alla legalità: legalità di facciata, ma illegalismo nella prassi. La denuncia è appassionata e probabilmente coglie un aspetto importante della vita pubblica del regime, ma è ciononostante costretta a spostare l'attacco dal piano della teoria al piano della prassi. Il 'nicodemico' 'così fosse vero' di Lopez de Oñate può ora trasformarsi in una scoperta denuncia dell'illegalità, ma ciò non basta a cancellare le difficoltà precedentemente emerse: il principio di legalità come tale non sembra la leva più efficace per far saltare gli equilibri del campo semantico 'totalitario' (259).

In realtà, però, nel libro di Lopez, accanto al tema della legalità si sviluppa un sentiero, ancora incerto e forse interrotto ma dominato da un'esigenza più ambiziosa e rilevante, l'esigenza di tematizzare di nuovo l'individuo. Lopez diffida dell'individuo dei giusliberisti, dell'individuo che voglia proporsi come unità di misura 'contro' la legge, ma diffida altresì di un individuo 'trasceso' e 'sussunto' nello 'Stato etico'. Di fronte al gergo gentiliano il suo 'nicodemismo' si interrompe bruscamente: la formula « del più vero e del più intimo se stesso » — scrive senza mezzi termini Lopez — dovrebbe « ormai esser venuta a noia ». Lo « Stato etico » e lo « Stato totalitario » sono, a suo avviso, « espressioni nelle quali non si implica già che l'individuo sia 'superato' secondo l'abusata e fastidiosissima parola, o, peggio, che esso scompaia, annullato nella società, di fronte allo Stato »: esse servono a ricordare al soggetto che il problema etico coincide « con il problema dell'altro, degli altri » (260), ma non devono indurre nell'errore di attribuire alla società una realtà autonoma e separata rispetto agli individui; è solo

(258) *Ivi*, pp. 132-33.

(259) Insisteva sulla 'doppiezza' del regime anche C. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Giuffrè, Milano 1960, vol. I, pp. 1594-95. Treves (in un saggio pubblicato durante il suo esilio argentino) aveva sostenuto il carattere verbalistico della nozione di 'Stato di diritto'. La replica è in F. Battaglia, *Ancora sullo 'Stato di diritto'*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXV, 1948, pp.164-71. Treves torna ancora sull'argomento: R. Treves, *Stato di diritto e Stato totalitario*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Giuffrè, Milano 1957, vol. II, pp. 51-69.

(260) F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la nazionalsocialista 'comunità di popolo' che si concepisce come unità inglobante (ed esclusiva) di contro ad una società composta di singoli che mantengono la loro individualità ([261]).

Lopez mette in questione l'intero castello dello 'Stato etico' (quindi, indirettamente, il nesso, fascisticamente ortodosso, fra 'Stato etico' e 'Stato di diritto') proprio perché prende le distanze da quella 'strategia della soggettività' che ne costituisce il fondamento: quella strategia che, in nome dell'identità 'profonda' del soggetto, invita a scavalcare gli individui 'empirici' e le loro difformità, trascende la molteplicità e si traduce nella celebrazione dell'omogeneità di 'tutti' nell'unità dello Stato. Il principio di legalità rivendicato da Lopez ha qualche chance di mettere in crisi il paradigma 'totalitario' nel momento in cui si apre ad un contenuto etico-antropologico che, ulteriore rispetto al piano giuridico-formale, lo sorregge 'dall'esterno' e conferisce ad esso la sua pienezza di senso.

Resta però il problema di capire 'chi sia' l'individuo evocato da Lopez attraverso il filtro della 'certezza del diritto': è l'individuo che si muove in uno spazio 'immune' e 'protetto', sottratto alle indebite intrusioni del potere; l'individuo 'difeso' (ancora Constant, o, se si vuole, Rosmini) da un potere invasivo e pericoloso che mette a repentaglio la sua individualità: « questo spiega — aggiunge Lopez — come vi sia un profondo rapporto tra il concetto di diritto e quello di proprietà, e perché la proprietà abbia potuto essere concepita come lo schema generale del diritto » ([262]). È la sfera della libertà-(*immunitas*)-proprietà dell'individuo che la certezza del diritto evoca come la propria destinazione di senso.

Alla ricerca di un punto di frattura fra 'Stato di diritto' e 'Stato totalitario' Lopez fa leva sul principio di legalità, ma prosegue per raggiungere, attraverso di esso, l'individuo e farne il vero 'antagonista' dello 'Stato totalitario'. Si tratta indubbiamente di un sentiero promettente per chi voglia mettere in crisi il nesso 'Stato di diritto'-'Stato totalitario', purché si sorvoli su un particolare che non sembra in effetti preoccupare troppo Lopez: il fatto cioè che il 'sentiero dell'individuo' non è affatto nascosto e poco frequentato; è al contrario una via assai affollata, che Lopez si appresta a seguire in

([261]) *Ivi*, pp. 111-12.
([262]) *Ivi*, 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compagnia, per fare qualche nome (citato dallo stesso Lopez) di un Cesarini Sforza o di un Cicala, filosofi a diverso titolo convinti, insieme, del valore della libertà 'privata' e della proprietà così come della compatibilità di entrambe con il fascismo e con la sua ideologia statocentrica.

Non basta in realtà assumere il 'punto di vista' dell'individuo per mettere in crisi il campo semantico 'totalitario' se non si dispone di una visione del soggetto che permetta di segnare con precisione i termini dell'incompatibilità. Valorizzare le 'ragioni dell'individuo', se appare una condizione necessaria per colpire il fondamento stesso dello 'Stato etico', non sembra però una condizione sufficiente, dal momento che, anche all'interno di un ipotetico fronte 'anti-gentiliano', la rappresentazione della soggettività è ben lungi dall'essere in qualche modo già data ed univoca.

11.2. *La ridefinizione del soggetto individuale.*

Che il punto di crisi del nesso 'Stato di diritto'-'Stato totalitario' risieda proprio nella definizione della soggettività è un'intuizione che dà alle pagine di Lopez una pregnanza che va ben oltre la semplice rivendicazione del principio di legalità. Non si tratta comunque di un'intuizione solitaria: è proprio in quegli anni che anche in Italia si diffonde l'esigenza di ripensare l'individualità aggirando o saltando a piè pari oltre i rigidi paletti della filosofia gentiliana. Sono gli anni in cui la stessa rivista di Bottai, « Primato » (263), apre un'inchiesta sull'esistenzialismo e filosofi come Nicola Abbagnano o Galvano della Volpe traggono dalla frequentazione della cultura transalpina (francese e tedesca) stimoli per richiamare l'attenzione, in diverso modo, sulla concretezza di un individuo irriducibile alle sublimazioni spiritualistiche o alla *Aufhebung* neohegeliana (264).

L'interesse alla filosofia dell'esistenza, l'esigenza di ripensare in

(263) Cfr. le osservazioni di L. MANGONI, in *Primato 1940-1943. Antologia*, a cura di L. MANGONI, De Donato, Bari 1977 e soprattutto L. MANGONI, *Civiltà della crisi*, cit., pp. 649 sgg.

(264) Cfr. C. PIANCIOLA, *Il singolo e la persona. Discussioni sull'esistenzialismo nella cultura filosofica italiana*, in *Parolechiave*, 10-11, 1996, pp. 257-86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termini nuovi l'individuo investono d'altronde anche la cultura teorico-giuridica. Proprio negli anni in cui Lopez riflette sul nesso legalità-individualità un altro filosofo del diritto, Norberto Bobbio, fa oggetto di interesse non occasionale il tema della persona e del suo rapporto con la società. Interessato negli anni Trenta all'indirizzo fenomenologico, Bobbio fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta si impegna in un serrato confronto con l'esistenzialismo assumendo il concetto di persona come punto di riferimento di un approccio indubbiamente 'contro corrente' nell'ambito della filosofica giuridica italiana di quel periodo (265).

Bersaglio polemico della riflessione di Bobbio è il « sociologismo », ovvero la pretesa di dimostrare, con un impiego criticamente non sorvegliato di categorie ed analisi sociologiche, « la realtà della società come entità per sé stante ». Il 'sociologismo' è l'atteggiamento caratteristico di una sociologia che, usando ed abusando di metafore organicistiche, mira a sconfiggere l'individualismo ma finisce per « debellare sul terreno della teoria e anche sul terreno della pratica… l'individuo stesso » (266). Sostanzializzare la società si ritorce contro la comprensione dell'individuo e della sua specificità e minaccia i valori che si affermano soltanto attraverso l'azione libera e responsabile della persona. È appunto la persona la realtà decisiva su cui riflettere, una volta constatato il fallimento del 'sociologismo': dove per persona occorrerà intendere non la « persona astratta », la « personificazione della ragione », ma « la persona concreta », còlta nella sua singolarità (267).

Non è possibile rispettare il carattere 'individualizzato' della persona e nello stesso tempo immaginare l'esistenza di un'entità collettiva 'personificata': « la personificazione della collettività conduce alla svalutazione dell'individuo singolo », ridotto ad una cellula dell'organismo sociale, mentre, reciprocamente, quanto meno si intende il valore personale del singolo tanto più si è indotti alla

(265) Cfr. F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale*, cit., pp. 162 sgg.; T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma 2000, pp. 3 sgg. Cfr. anche le considerazioni di F. BARBANO, *Bobbio anni Trenta o della persona*, in *Teoria politica*, 1999, 2-3, pp. 519-32.

(266) N. BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Baravalle e Falconieri, Torino 1938, p. 6.

(267) *Ivi*, pp. 6-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« trasposizione su altro piano del concetto di persona », quindi alla « riduzione a persona della totalità sociale » (268).

L'alternativa è valorizzare l'autonomia della persona: « personalità » vuol dire libertà e autonomia, di fronte alle quali non valgono « né le spiegazioni biologiche e demografiche, né le tabelle, le statistiche ed i calcoli di probabilità ». È a partire dalla persona come autonomia non degradabile a strumento di alcun fine assunto come 'superiore' che deve prender forma la rappresentazione della società. Il problema è appunto quello di concepire l'ordine sociale evitando di regredire all'individualismo 'classico' come di cadere nelle trappole 'olistiche' di un'entità collettiva assunta come la 'sostanza', la vera identità, dei soggetti individuali. Occorre quindi trovare « il punto di interferenza della persona nella società », individuare la « 'direzione sociale' » della persona, la sua costitutiva apertura all'interazione: occorre parlare, insieme, di « 'persona sociale' » e di « 'società personale » e cogliere la reciproca inerenza dei due concetti (269). Se è vero infatti che la persona è necessariamente 'individualizzata', è altrettanto vero che l'individualità non esclude « la comunione delle persone ».

La comunione delle persone non è la sostanzializzazione dei rapporti intersoggettivi (che Bobbio imputa anche a Scheler, in conseguenza dell'orizzonte metafisico-religioso in cui egli si situa (270)): si deve eliminare « quella contraffazione della persona » che è la persona collettiva, ma nello stesso tempo essere consapevoli che la persona si coglie come autonoma in quanto entra in relazione con gli altri. Data la persona e la sua autonomia, la società non è una 'sostanza', ma un insieme di relazioni personali, una « società di persone » (271), un insieme di rapporti io-tu (come scrive Bobbio riferendosi a Martin Buber e al suo 'principio dialogico' (272)) che si definiscono in contrapposizione al rapporto io-cosa (273). Lungi dal presupporre la spersonalizzazione degli individui o il loro assogget-

(268) N. Bobbio, *La persona e la società*, in *Annali della facoltà giuridica di Camerino*, 1938, XII, 2, pp. 161-76.

(269) *Ivi*, p. 168.

(270) *Ivi*, pp. 170 sgg.

(271) N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pp. 31-32.

(272) Cfr. M. Buber, *Il principio dialogico*, Ed. di Comunità, 1958.

(273) N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pp. 32-33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamento ad un'entità che li ingloba ponendosi come la loro vera e profonda realtà, la società coincide con il reciproco riconoscersi di persone autonome, concrete, 'individualizzate' (274).

Certo, Bobbio è ancora una voce abbastanza appartata nel panorama filosofico-giuridico coevo; le sue riflessioni sulla persona sono però un importante segnale di un'inquietudine nuova, capace di individuare i punti nevralgici di un modello politico-culturale dal quale si intende prendere le distanze. Non è quindi casuale né ha un valore puramente 'biografico' la vicinanza di Bobbio a quel movimento liberalsocialista che, da Rosselli a Calogero, faceva proprio dell'autonomia dell'individuo il perno di una proposta dove etica e politica si sorreggevano a vicenda (275). Non è possibile in questa sede guardare più da vicino alle proposte e alle vicende del liberalsocialismo: è possibile solo nominare i 'luoghi' principali di una mappa, riferirsi schematicamente alle principali prospettive che negli anni Quaranta contribuiscono allo smontaggio teorico di quel lessico 'totalitario' fino a quel momento ampiamente usato in Italia. Da questo punto di vista, l'istanza personalista di Bobbio, l'esigenza di combattere l'entificazione dell'ente collettivo, scoprire l'irriducibile, primaria autonomia dell'individuo e pensare l'ordine come un ordine di soggetti danno una peculiare veste teorica ad un tema variamente circolante nell'intero movimento liberalsocialista.

Da Rosselli a Calogero, a Capitini, le pur diverse componendi del movimento che troverà nel primo e nel secondo *Manifesto del liberalsocialismo* (rispettivamente del '40 e del '41) la sua consolidazione programmatica ruotano intorno al tema della centralità del soggetto: un soggetto individualizzato e 'plurale', un 'soggetto individuale' che, valorizzato nella concretezza del suo progetto di vita e rispettato nella sua costitutiva differenza da ogni altro, trova nella libertà la sua essenziale determinazione (276).

---

(274) N. BOBBIO, *La persona e la società*, cit., pp. 175-76.

(275) Sul liberalsocialismo cfr. P. BAGNOLI, *Rosselli, Gobetti e la rivoluzione democratica. Uomini e idee tra liberalismo e socialismo*, La Nuova Italia, Firenze 1996; A. LANDUYT (a cura di), *Carlo e Nello Rosselli. Socialismo liberale e cultura europea*, « Quaderni del Circolo Rosselli », XVIII, 11, 1998; S. MASTELLONE, *Carlo Rosselli e la 'rivoluzione liberale del socialismo'*, Olschki, Firenze 1999; F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale*, cit.

(276) Cfr. F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale*, cit., *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La libertà per il liberalsocialismo è una libertà esigente e complicata: non è semplicemente l'affermazione di uno spazio individuale protetto e inviolabile, ma ha una portata espansiva e trasformatrice, si fa libertà sociale, libertà dal bisogno, impegno partecipativo. I due lemmi fondamentali del movimento — libertà e giustizia — vogliono appunto essere la plastica rappresentazione di un programma che, contro la tradizione marxista 'ortodossa', valorizza il soggetto, il suo mondo di valori, la rilevanza delle sue scelte, mentre attacca, del liberalismo conservatore, l'indebita identificazione della libertà con il privilegio economico. Ad un Croce che denuncia il carattere eclettico di un progetto che pone sullo stesso piano la libertà come universale valore etico e una serie di interventi di legislazione sociale Calogero oppone un'idea di libertà che non è soltanto una dimensione spirituale del soggetto ma si realizza come libertà di tutti, come libertà politica, come libertà dal bisogno, quindi come 'giustizia sociale (277).

Si comprende allora come, su questo sfondo, lo stesso principio di legalità, che Calamandrei brandisce con dubbio successo contro il fascismo, comincia ad acquistare valenze ulteriori e assai più efficaci per consumare il distacco dallo Stato totalitario quando prende ad essere coniugato, da Calamandrei stesso, con temi e princìpi di carattere sostantivo. Occorre sgombrare il campo dalle « informi macerie » del fascismo, occorre « ricominciare da capo » — scrive Calamandrei — e a questo scopo serve appellarsi, ancora una volta, al principio di legalità. E certo legalità significa divisione dei poteri, primato della legge, prevedibilità delle conseguenze dell'azione individuale, ma evoca anche esigenze ulteriori, fra loro collegate e difficilmente compatibili con il lessico 'totalitario' dal quale si intende prendere congedo.

La legalità come mero criterio giuridico-formale sembra ormai insufficiente a Calamandrei per mettere a fuoco le caratteristiche di un regime complessivamente alternativo allo Stato totalitario. In primo luogo, non basta il rispetto delle procedure formali di emanazione delle leggi per evitare il rischio della degenerazione autori-

(277) G. CALOGERO, *La democrazia al bivio e la terza via*, in G. CALOGERO, *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, a cura di M. SCHIAVONE e D. COFRANCESCO, Marzorati, Milano 1972, pp. 79-80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

taria delle istituzioni esistenti: a chi ricorre il singolo per difendersi dagli attacchi « provenienti dalla stessa onnipotente autorità che dovrebbe difenderlo »? La soluzione di questo problema (incombente sull'intera tradizione liberal-democratica) è offerta, per Calamandrei, ancora dal principio di legalità: a patto però di connetterlo con un principio che non ha un carattere meramente giuridico-formale ma ha una rilevanza politica generale, il « principio democratico », l'autogoverno di un popolo « creatore delle proprie leggi, *legislatore di sé medesimo* » (278). Il nesso legalità-libertà non si esaurisce nel rendere prevedibili le conseguenze delle azioni individuali, nel garantire al singolo uno spazio protetto e invalicabile, ma postula una complicazione del quadro di riferimento, esige di tradursi in (ed essere sorretto da) un sistema politico caratterizzato dall'ideale democratico ('rousseauviano') del superamento della scissione fra governanti e governati. Autocrazia e democrazia si contrappongono dunque (kelsenianamente) come due regimi antitetici ed è appunto la democrazia che appare ora, per Calamandrei, insieme la destinazione di senso e la condizione di possibilità di una legalità che da sola non riesce a mettere compiutamente in crisi il modello 'totalitario'.

Calamandrei sta tentando insomma di indicare le condizioni che permettano il passaggio da una legalità formale ad una « legalità » intesa « nel suo significato sostanziale ». Questo passaggio, se per un verso si compie grazie all'adozione del principio democratico, per un altro verso — e questo è il secondo snodo essenziale dell'argomentazione di Calamandrei — esige la tematizzazione di un problema ulteriore, che Calamandrei presenta come la « autolimitazione della legalità », ovvero « la resistenza della libertà contro la onnipotenza delle leggi » (279).

Calamandrei tocca un problema già ampiamente dibattuto in altre zone d'Europa — segnatamente nella Germania degli anni Venti — ma ancora relativamente vergine per un'Italia che ha alle spalle il ventennio fascista: il problema dei limiti opponibili non solo all'amministrazione — terreno di elezione del dibattito sui diritti e

(278) P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit., vol. III, pp. 92-93.

(279) *Ivi*, p. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sugli interessi del soggetto nella giuspubblicistica tardo-ottocentesca — ma anche alla legislazione, nello sforzo di superare il tenace dogma dell'onnipotenza delle assemblee legislative. La risposta di Calamandrei è, per certi versi, netta, per altri versi, ancora interlocutoria. Per Calamandrei il nocciolo della soluzione si trova già in quelle settecentesche Dichiarazioni dei diritti che postulano la libertà naturale degli esseri umani ma non si limitano ad affermare un principio etico — come tale, per Calamandrei, non produttivo di conseguenze giuridicamente apprezzabili — ma traducono il valore della libertà incoercibile degli individui in un precetto costituzionale che si pone come limite invalicabile del legislatore ([280]).

Calamandrei sta insomma accennando al percorso che pionieristicamente aveva compiuto Kelsen sia come 'legislatore' (come collaboratore della costituzione austriaca del '20 ([281])) che come teorico del diritto, sviluppando, sulla base della *Stufenbautheorie*, l'idea del primato 'gerarchico' della norma costituzionale e fondando su questa base la possibilità di una 'giustizia costituzionale', di un controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie.

Se però Kelsen ragiona all'interno della sua rigorosa prospettiva anti-giusnaturalistica, Calamandrei sembra in qualche modo ancora fermo a metà del guado, vedendo nella costituzione la formalizzazione giuridica di diritti di libertà il cui fondamento 'assoluto' viene in qualche modo presupposto senza però essere partitamente analizzato. Resta di conseguenza in ombra il problema — ampiamente dibattuto nel decennio weimariano — della possibilità di estendere al legislatore costituzionale l'eterna domanda ('quis custodiet custodes?') da Calamandrei stesso posta a proposito del legislatore ordinario.

Un significativo contributo all'impostazione di questo delicatissimo problema viene fornito, nella crisi teorico-giuridica degli anni Quaranta, da alcuni intellettuali e giuristi di ispirazione cattolica che avranno un ruolo di primo piano nella redazione della carta costituzionale (soprattutto della sua prima parte) e troveranno in La Pira

([280]) *Ivi*, pp. 98-102.

([281]) Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il 'teorico' e il 'costituente' forse più aperto al problema dei 'fondamenti' (282).

Pubblicando un corso di lezioni tenute nel '44 nell'ateneo lateranense, Giorgio La Pira ha modo di riprendere e svolgere sistematicamente temi e tesi che già da qualche anno sono al centro della sua attenzione (283). Si tratta di ripercorrere i grandi modelli politico-sociali della modernità cercando i fondamenti metafisici delle scelte in essi adombrate, nella convinzione del nesso obbligato che intercorre fra la visione complessiva dell'uomo e le strategie costituzionali. La « architettonica politica » — un termine ricorrente in La Pira — non è separabile da una soggiacente metafisica: occorre ricercare, di ogni assetto, la « norma base » dalla quale coerentemente discenderanno, nel bene e nel male, le conseguenze di dettaglio (284).

La ricostruzione lapiriana della modernità politico-costituzionale procede individuando alcuni grandi modelli di riferimento (Hegel, Marx, l'illuminismo, Rousseau) per trarre dall'analisi delle loro diverse insufficienze una lezione per il presente. La grande posta in gioco è comunque la rappresentazione della persona. Per Hegel non esistono, secondo La Pira, « spiriti individuali »: l'io empirico è una « comparsa nel dramma della storia », l'epifenomeno di un'Idea che si realizza come Stato e manda in frantumi tanto la libertà quanto la responsabilità dell'individuo 'reale', ridotto a strumento dei fini 'assoluti' dello Stato (285); né diversa è da questo punto di vista la posizione di Marx, altrettanto radicale (anche se sulla base di un'opposta assunzione 'metafisica') nello svuotare il senso e la possibilità stessa di una realtà 'personale' (286). In entrambi i casi, l'annullamento dell'individualità conduce direttamente al totalitarismo: la filosofia hegeliana è presentata come il principale suggello teorico di una dispotica soppressione dell'autonomia della

(282) Cfr. l'ottimo saggio di P. Pombeni, *Individuo/persona nella Costituzione italiana. Il contributo del dossettismo*, in *Parolechiave*, 10-11, 1996, pp. 197-218.

(283) Cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., pp. 99 sgg. con il riferimento ai saggi lapiriani usciti nella rivista *Principî*.

(284) G. La Pira, *Premesse della politica*, in G. La Pira, *Per una architettura cristiana dello Stato*, L.E.F., Firenze 1954, p. 5.

(285) *Ivi*, pp. 42-46.

(286) *Ivi*, pp. 66 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

persona, che ha dato tragicamente prova di sé tanto nella Germania nazionalsocialista quanto nell'Italia fascista (287).

Sul fronte opposto La Pira colloca Rousseau (288). La Pira non ha in mente il 'Rousseau dei giacobini', e nemmeno il Rousseau 'totalitario' che godrà di grande fortuna negli anni Cinquanta: il 'suo' Rousseau è l'ultimo e più importante anello di una lunga catena 'individualistica' che si annuncia con la riforma protestante, si precisa con l'illuminismo e trionfa appunto con il *Contratto sociale*.

La Pira sta usando categorie ampiamente sperimentate e sedimentate: lo stereotipo del preteso 'individualismo' settecentesco e rivoluzionario è, in generale, un luogo comune della cultura politico-giuridica ottocentesca; e in particolare, nel seno di una lunga tradizione cattolica — da Taparelli d'Azeglio a Toniolo, dal 'reazionario' La Tour du Pin all'innovatore Maritain — la critica del liberalismo (e dei suoi umori anticlericali) passa attraverso la denuncia della sconfinata e 'assoluta' libertà da esso imprudentemente attribuita ad un soggetto dimentico dei legami societari, del senso delle gerarchie, dei doveri di solidarietà.

Anche per La Pira la libertà 'liberale' ha in sé un nucleo razionale — il rispetto dell'individualità — ma allo stesso tempo, deviata dalla cattiva metafisica da cui dipende, si rivela incapace di sorreggere un ordine giusto. La Pira è quindi disposto (e la lezione di Maritain e di Mounier si fa sicuramente sentire al proposito) ad usare le analisi storico-fattuali di parte marxista per denunciare le insufficienze di un ordine sociale costruito su misura dell'egoistico e possessivo individuo 'borghese', salvo distaccarsi, per la *pars construens*, dal marxismo e suggerire un'immagine di ordine fondato sulla centralità della persona, sulla sua intrinseca socialità, sul ruolo autonomo e positivo delle formazioni sociali, sulla diffusione della proprietà e i doveri di solidarietà, sull'intervento correttivo dello Stato.

Quali che siano i suggerimenti 'costruttivi', le singole parti e i vari dettagli dell'edificio costituzionale che La Pira intende costruire, resta comunque al centro della sua proposta — ed è il profilo che interessa direttamente il processo di destrutturazione del lessico

(287) *Ivi*, pp. 578 sgg.
(288) *Ivi*, pp. 109 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'totalitario' in corso negli anni Quaranta — un'idea di persona tanto robustamente fondata su un *plafond* metafisico indisponibile a distinzioni e concessioni quanto suscettibile di essere determinata in una precisa serie di diritti e doveri.

Non siamo di fronte ad un'idea giuridicamente improduttiva. È sullo sfondo di una precisa visione della storia europea, è sulla base di una robusta visione etico-antropologica che La Pira disegna la sua 'architettura' costituzionale (289) e interviene da protagonista, insieme ai suoi colleghi 'dossettiani', nel redigere una costituzione che vuol essere la risposta a quella 'crisi costituzionale' che per La Pira ha la sua causa prossima nel totalitarismo fascista e nel suo tragico ma provvidenziale crollo, ma trova le sue radici lontane nell'insoddisfacente orientamento 'individualistico' delle costituzioni liberali.

11.3. *Il 'totalitarismo' fascista nello specchio dell'assemblea costituente.*

Lo smontaggio del campo semantico totalitario, avviato frammentariamente nel corso degli anni Quaranta entro una cultura politico-giuridica alle prese con il 'vuoto' provocato dal crollo del regime fascista, trova comprensibilmente nei lavori dell'Assemblea costituente la sua verifica e, insieme, la sua conclusione.

Abbiamo visto come agli inizi degli anni Quaranta il tema del 'soggetto individuale' fosse insistentemente posto al centro dell'attenzione e implicitamente od esplicitamente proposto come il punto su cui far leva per mettere in crisi la tenuta del modello 'totalitario'; ed è appunto il tema del soggetto e dei suoi diritti che campeggia nei dibattiti che nella commissione dei 75 e nell'assemblea preparano la redazione della prima parte della carta costituzionale.

Entrare nei particolari del dibattito condurrebbe a narrare la genesi dell'ancora vigente costituzione italiana (290). Mi limiterò

---

(289) Cfr. G. La Pira, *Architettura di uno Stato democratico* (1947), in G. La Pira, *Per una architettura cristiana*, cit., pp. 187-237.

(290) Cfr. E. Cheli, *Il problema storico della costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 193-254; R. Ruffilli (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della costituente*, I, *L'area liberal-democatica. Il mondo cattolico e la Democrazia Cristiana*, Il Mulino, Bologna 1979; U. De Siervo (a cura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quindi ad alcuni telegrafici richiami che servano a mettere in evidenza in punti principali in cui si consuma il congedo dal lessico 'totalitario' del fascismo. È comunque in qualche modo scontato che in questa vicenda svolga una funzione-chiave una rinnovata rappresentazione dell'individuo: agiscono in questa direzione non soltanto le 'inquietudini' culturali già manifestatesi nei primi anni Quaranta — la spontanea convergenza di differenti teorici del diritto (da Lopez a Bobbio, a Calamandrei, a La Pira) nel mettere in evidenza, già prima del collasso del fascismo, la centralità del soggetto individuale (irriducibile a grandezze 'sovrastanti') — ma anche il ruolo protagonistico esercitato nei lavori della Costituente dal gruppo dossettiano e da La Pira, particolarmente agguerriti nella formulazione del tema ('anti-totalitario' per eccellenza) del valore 'assoluto' della persona (291).

Conviene semmai richiamare l'attenzione sulle strategie retoriche che sfociano nella valorizzazione del tema del soggetto. Nel momento in cui l'assemblea costituente cerca affannosamente di trovare un minimo comune denominatore attenuando le divisioni che rischiano di paralizzarne i lavori, il tema dell'unità antifascista viene insistentemente agitato. Da Moro a Togliatti, a Dossetti, a Tupini si moltiplicano gli interventi che sottolineano la valenza

---

di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Il Mulino, Bologna 1980; U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1980; *Il 40º anniversario della costituzione italiana* [Atti del Convegno di Studi a cura del Consiglio Regionale dell'Emilia-Romagna, 12 dicembre 1988], Analisi, Bologna 1989; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Il Mulino, Bologna 1995; S. Labriola (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano 1997; M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La costituzione italiana*, Carocci, Roma 1998.

(291) Su Dossetti ed il suo gruppo cfr. P. Pombeni, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana 1938-1948*, Il Mulino, Bologna 1978. Sul valore 'fondante' del nesso individuo-diritti cfr. P. Costa, *Cittadinanza e 'simboli di fondazione': una lettura del processo costituente in Italia (1946-47)*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La costituzione italiana*, cit., pp. 99-136; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999, pp. 99 sgg. Sul contesto politico generale cfr. F. Barbagallo, *La formazione dell'Italia democratica*, in AA.VV., *Storia dell'Italia repubblicana, I, La costruzione della democrazia*, cit., pp. 3-128; R. Chiarini, *Le origini dell'Italia repubblicana (1943-1948)*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia, 5., La repubblica 1943-63*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 3-126.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simbolica di una presa di distanza dal fascismo, ma nello stesso tempo si acuisce l'esigenza di trovare, in termini 'positivi' e non soltanto 'negativi', un terreno comune sul quale costruire l'edificio costituzionale ed è appunto il tema della persona che finisce per proporsi come il più significativo punto di incontro delle diverse componenti assembleari.

Fin dalle prime battute del processo di gestazione del testo costituzionale è sul tema del soggetto e dei suoi diritti che si concentra l'attenzione, grazie all'azione incisiva di alcuni protagonisti della vicenda costituente. Già prima del dibattito nella Commissione dei 75 il giurista Mortati, che non mancherà di partecipare ai lavori della Costituente (292), aveva posto l'accento, in una lucida relazione presentata di fronte alla *« Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato »*, sul ruolo che il soggetto e i suoi diritti avrebbero dovuto esercitare nella futura costituzione.

Per Mortati, il costituente deve rendersi conto della funzione strategica esercitata, nell'insieme delle norme costituzionali, dalla « dichiarazione dei diritti fondamentali ». « È il diverso modo di intendere questi diritti che determina il tipo di Stato » e quindi la forma di governo, dal momento che l'assetto dei poteri deve essere concepito in funzione degli individui e dei loro rapporti (293).

La ricerca dell'unità o dell'accordo fra le varie forze deve dunque svolgersi innanzitutto sul terreno dei diritti non perché esso sia il più facile, ma perché da esso dipendono la forma e la tenuta dell'impianto costituzionale che si va progettando. Se Mortati dunque indica con chiarezza il ruolo strategico del discorso dei diritti nella progettazione costituzionale, è La Pira che, prima in commissione e poi in assemblea, esplicita l'antropologia filosofica e l'etica sociale che a suo avviso deve sorreggere l'impresa costituente.

La Pira riproduce nel vivo del dibattito assembleare quell'interpretazione critica della storia costituzionale europea che egli aveva già svolto in più occasioni negli anni precedenti. In questa prospet-

---

(292) Cfr. F. BRUNO, *I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica, II*, cit., pp. 59-178.

(293) Relazione di Mortati *Sulla dichiarazione dei diritti. Considerazioni generali*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana. I lavori preparatori della « Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato » (1945-1946)*, Il Mulino, Bologna 1979, p. 244.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva il fascismo è l'estrema fase involutiva di uno statalismo perfettamente adombrato dalla filosofia hegeliana, responsabile di aver concepito la persona solo come un momento di un processo storico-ideale culminante nello Stato (294). Si aggiunga poi allo statalismo 'speculativo' hegeliano gli apporti della giuspubblicistica statocentrica di ispirazione labandiana (con la teoria dei 'diritti riflessi' e la polemica antigiusnaturalistica che la caratterizza) e si avrà per La Pira il quadro completo della genesi intellettuale del totalitarismo fascista (295).

Crollato il fascismo, vengono meno l'ultimo presidio dello statualismo e la più drammatica minaccia all'integrità della persona, ma non per questo è sufficiente un semplice ritorno al modello costituzionale prefascista, che per La Pira si identifica con gli schemi e i valori portati alla ribalta dalla rivoluzione francese. Se il fascismo raccoglie i frutti dello hegelismo e dello statualismo ottocentesco, i princìpi dell'89 sono « la trascrizione giuridica delle teorie di Rousseau » e dipendono da quel giusnaturalismo illuministico che valorizza l'individuo ma ne offre una rappresentazione mutila e insufficiente. La nuova costituzione non può quindi esaurirsi in un ritorno all'insoddisfacente, individualistica tradizione liberale, ma deve aprirsi alla dimensione solidale e comunitaria della persona.

È dall'idea della centralità ed ontologica originarietà della persona che si diparte la proposta lapiriana di una costituzione tenuta a moltiplicare i diritti e i doveri dei soggetti per allontanarsi dall''atomistico' assetto della civiltà liberale e altresì votata alla valorizzazione della dimensione 'sociale' di ogni essere umano, nella prospettiva di un 'pluralismo sociale' che giunge a La Pira attraverso diversi canali, attraverso le dottrine istituzionalistiche, francesi e italiane, la tradizione cattolica, il 'droit social' di Gurvitch (296). È in ogni caso

(294) G. La Pira, *Principi relativi ai rapporti civili* [Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione, I sottocommissione. Relazione del deputato La Pira Giorgio], in G. La Pira, *La casa comune. Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Cultura, Firenze 1979, p.146.

(295) Già Ruffini, alle soglie dell'avventura autoritaria del regime, aveva attaccato l'impostazione statocentrica della tradizione giuspubblicistica (cfr. F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Gobetti ed., Torino 1926, pp. 93 sgg.).

(296) G. Gurvitch, *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle*, Sirey, Paris 1932; G. Gurvitch, *La Déclaration*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il valore 'assoluto' di una persona ontologicamente aperta alla dimensione della comunità il simbolo fondativo di una costituzione capace di superare, congiuntamente, il totalitarismo fascista e l'atomismo liberale.

È singolare che proprio nella valorizzazione del soggetto individuale (pur presentato da La Pira con una così forte caratterizzazione metafisica ed etica) confluissero — non senza qualche resistenza da parte di Marchesi e di Basso — anche le sinistre di ispirazione marxista. Il terreno d'incontro è offerto, ancora una volta, dalla comune opzione antifascista, energicamente richiamata da un intervento di Dossetti: antifascismo è appunto per Dossetti quel nucleo essenziale di ogni proposta 'anti-totalitaria' che coincide con il riconoscimento della priorità della persona rispetto allo Stato (297); ed è questo il terreno sul quale anche Togliatti si avventura sostenendo in commissione che anche per i comunisti lo Stato ha un valore strumentale e storico — esso infatti è marxisticamente destinato ad estinguersi — mentre la tutela dell'essere umano e del suo sviluppo costituiscono un obiettivo perenne e insostituibile. Il dissenso filosofico sui 'fondamenti' non può quindi impedire di unire le forze nella comune difesa della persona (298). Ciò che poteva sembrare un ostacolo, osserva Togliatti in assemblea, la concezione della persona, è divenuto al contrario un punto di incontro « della nostra corrente » « colla corrente solidaristica cristiana » nel comune riconoscimento « della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino », così come è divenuto un patrimonio comune la polemica contro lo statualismo fascista.

Dichiarare costituzionalmente i diritti, ancorarli al valore prioritario della persona, non significa impegnarsi nella difesa dogmatica di un univoco orientamento ideologico, ma serve a fissare un insieme di princìpi che i costituenti vogliono immodificabili. Già Mortati, nella sua relazione preparatoria *Sulla dichiarazione dei diritti*, aveva

---

des droits sociaux, Vrin, Paris 1946, pp. 58 sgg. La Pira apprezza peraltro anche l'antistatalismo di Proudhon, a sua volta ampiamente valorizzato da Gurvitch.

(297) Intervento di Dossetti, 9 settembre 1946, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, vol. VI, Commissione per la costituzione*, cit., pp. 322-23.

(298) Intervento di Togliatti, 9 settembre 1946, p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiegato che « il riferimento al diritto naturale », pur nella difficoltà di dare ad esso un contenuto giuridicamente preciso, valeva per contrastare la pretesa onnipotenza del legislatore indicando limiti comunque inderogabili (299) e anche Moro, in commissione, conferma la necessità di opporre limiti precisi all'invadenza del legislatore (300).

Il tema della soggettività, che negli anni Trenta era stata giocato in modo da mettere in parentesi gli 'individui empirici' per valorizzare l'omogeneo riconoscersi di tutti nello Stato, viene sottoposto, negli anni Quaranta, ad una drastica riformulazione che ne impedisce la dissoluzione o sussunzione entro lo Stato e viene conseguentemente trasformato, da momento di legittimazione dell'onnipotenza statuale, in asse portante di un nuovo assetto costituzionale fondato sulla valorizzazione della pluralità.

Il rapporto 'Stato-individuo', che, come si è visto, interessava il campo semantico 'totalitario' nella sua interezza coinvolgendo (direttamente o indirettamente) ciascuna delle sue componenti, viene coerentemente individuato come il punto su cui far leva per far saltare la logica che lo sorreggeva. Da questo punto di vista, la costruzione del campo semantico 'totalitario' e la sua destrutturazione sono processi perfettamente simmetrici: l'uno finisce dove l'altro comincia. Non si danno rapporti di continuità, ma di netta e precisa discontinuità fra i due mondi.

Se il collasso del campo semantico 'totalitario' appare dunque radicale quando si guardi alla sua conformazione complessiva e alla sua principale destinazione di senso, occorre però anche tener presente la possibilità che alcune sue specifiche nervature non esauriscano senza residui la loro funzione in esso e abbiano risorse sufficienti per riproporsi (insieme profondamente diverse ma ancora riconoscibili) entro il nuovo e diverso modello. Un esempio interessante in questo senso può essere offerto dal rapporto 'Stato-partito' e da una testimonianza di notevole significato, la riflessione di Mortati; che dopo aver valorizzato il partito (unico) come tramite

(299) Relazione di Mortati *Sulla dichiarazione dei diritti*, cit., pp. 250-52.

(300) Intervento di Moro, 10 settembre 1946, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, vol. VI, Commissione per la costituzione*, cit., p. 330.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essenziale del collegamento fra Stato e società (301), non rinuncia, nel nuovo contesto 'pluralistico', all'unitarietà di una 'forma' che come tale si offre come indispensabile strumento di mediazione: il partito, il sistema dei partiti, la 'forma-partito', continua ad apparire essenziale per « collegare la società all'ordinamento autoritario che deve rifletterne la struttura ed i bisogni » (302).

Quali che siano i fili sottili che collegano fra loro il 'vecchio' e il 'nuovo' linguaggio, ciò che comunque sembra bruscamente interrompersi con il collasso del lessico 'totalitario' è l'immagine di un ordine la cui unità coincide immediatamente con la celebrazione dell'identità e l'esorcismo dell'eterogeneo.

(301) Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano 1999.

(302) C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Cedam, Padova 1957, vol. II, p. 138. Sul rapporto di continuità, in Mortati fra 'partito unico' e 'forma-partito' cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 354 sgg.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit, pp. 142 sgg.; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990, pp.78 sgg.; G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. XXII sgg. Cfr. anche A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti* (1964), in A. NEGRI, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano 1977, pp. 111 sgg. Sulla 'forma-partito nel dibattito costituente cfr. A. VENTRONE, *La cittadinanza repubblicana. Forma-partito e identità nazionale alle origini della democrazia italiana (1943-1948)*, Il Mulino, Bologna 1996. In termini più generali cfr. E. DI NOLFO, *La Repubblica delle speranze e degli inganni: l'Italia dalla caduta del fascismo al crollo della Democrazia cristiana*, Ponte alle Grazie, Firenze 1996; P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, Bologna 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

IL FASCISMO INVISIBILE

Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime

« Quello che noi chiamiamo la modernizzazione della vita, non è che una continua e sempre più grande complicazione demoniaca ».

A. Savinio

« Il fascismo è la verità della società moderna ».

M. Horkheimer

« La cause ne justifie pas les effets ».

L. Scutenaire

1. Un banco di nebbia: l'impossibile codice civile. — 2. Hic sunt leones. — 3. Dalla parte del torto: Finzi e Mossa presi sul serio.

1. *Un banco di nebbia: l'impossibile codice civile.*

Con questo titolo Giorgio Soavi inviava nel 1954 alla giuria del premio Hemingway il suo romanzo inedito e autobiografico sull'educazione politico-'sentimentale' di un giovane provinciale della valle padana, nato nei primi anni venti, che si ritrova schierato a combattere, appunto senza una precisa consapevolezza, allevato com'era a credere in un vago alone di nebulosità nelle idee tipiche di un « piccolo italiano », con la Repubblica di Salò.

Ciò che poi accadde fa parte della storia letteraria, forse minore, di quegli anni, ma vale comunque la pena di ascoltarlo dalla voce di un autore che, come avremo modo di accennare più oltre, ebbe comunque ad attrarre fin da subito la non episodica attenzione di un critico d'eccezione, militante su ben altro fronte, il poeta Franco Fortini. « …la giuria, all'unanimità, aveva deciso che il mio romanzo era

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il migliore tra quelli presentati e avrebbe dovuto vincere, ma un giurato — proprio quello, ahimè, che rappresentava il grande scrittore americano — disse che non si poteva assolutamente premiarlo in quanto era un romanzo fascista o comunque tale da esaltare le gesta di coloro che avevano, come me, fatto il servizio di leva nella Repubblica di Salò. Poiché la diffusione dei libri di Hemingway in Italia era stata proibita dal fascismo non era proprio il caso di premiare uno che eccetera eccetera. A quel punto la giuria disse più o meno: ma questo romanzo qui non è mica tanto vero che è fascista, anzi. Bene. Decisero di non assegnare il premio. *Un banco di nebbia* fu pubblicato nel 1955 e racconta la storia di chi, vivendo in modo incolpevole e felice può trovarsi da una parte sbagliata o colpevole » (1).

L'esordio — e di conseguenza la metafora — che abbiamo scelto merita, ovviamente, un minimo di esplicazione. Queste pagine sono mosse da un'intenzione, quella di procedere innanzitutto, sulla base di un'ipotesi forse non particolarmente *politically correct*, ad una proposta di rilettura ravvicinata della strategia discorsiva di per sé apparentemente (e sottolineo apparentemente) ben nota con la quale la quasi totalità della comunità civilistica italiana ha proceduto, nell'immediato dopoguerra, ma con effetti duraturi, e a tutt'oggi largamente recepiti, a considerare sostanzialmente irricevibile qualsiasi analisi volta anche soltanto ad accennare alla possibilità di un legame non superficiale, ma purchessia strutturale tra codice civile e regime fascista (2). Naturalmente l'intenzione non è affatto

(1) Giorgio SOAVI, *Un banco di nebbia. I turbamenti di un « piccolo italiano »*. Introduzione di Franco Fortini, Milano, 1974, pp. 5-6.

(2) Con l'eccezione, almeno a quanto ci consta, di due importanti interventi: il primo è R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato* (*Pubblicazioni del Seminario per le Scienze giuridiche e politiche dell'Università di Pisa*), Milano, 1990, del quale condividiamo largamente le conclusioni, ma che, come indica il sottotitolo, concentra la sua indagine soprattutto nel capitolo III (*L'unificazione del diritto privato e la fattispecie imprenditore: motivi e significato di una scelta*) sul controllo politico totalitario dell'economia come cifra della scelta unificatrice alla base della stesura definitiva del libro V, considerando però, come si accennerà, « un gravissimo errore » il tentativo di far leva come referente su di una ideologia del fascismo, che, in forza del sostanziale accoglimento della tesi bobbiano-azionistica del fascismo come fenomeno radicalmente anticulturale (cfr. pp. 19-20), si considera insussistente o non identificabile: in tal modo resta impregiudicata, sia pur solo parzialmente (vedi, per esempio, gli accenni alle pp. 239-241, e nt. 124 al tema delle clausole generali in tutto il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella di voler ironicamente rovesciare l'assunto, ma piuttosto quella di restituire, appunto, la parola agli storici del diritto privato; in altri

---

codice e al valore « programmatico » della « consolidazione » e generalizzazione della legislazione speciale, operata dal codice medesimo per il tramite di numerosi rinvii), una questione più complessiva. Piuttosto, andrà rilevato, a conferma di quanto verremo dicendo nel corso del lavoro, che la recezione di questo, non ci peritiamo di affermarlo, rilevantissimo saggio, appare (forse, appunto, non) sorprendentemente, scarsa. A parte la posizione di chi — F. GALGANO, *Conclusioni*, in M. SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994, pp. 77-86, spec. 77-78 — parla « addirittura di ricevibilità » o di « ingenuità » di « un quesito di questo genere », due soli riferimenti: G. B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Diritto privato* (1996), II, pp. 593-634 (il saggio si può vedere anche in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I - *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, pp. 391-426), pur citandolo due volte non prende direttamente posizione sulle tesi del libro, ma le respinge più volte solo implicitamente (« Vero è che, frutto di una certa ingenuità sarebbe quello di credere che l'unificazione o la separazione del diritto privato abbiano (in sé e per sé considerate) una specifica, ed univoca valenza ideologica. Le scelte di dar vita al Libro V, altro invece, non furono (e vogliamo ribadirlo, anche alla luce dell'esperienza dei più dei cinquanta anni trascorsi), che scelte, pur se per varie ragioni, imperfette (per lo schema quasi perfetto e il contenuto non corrispondente alla perfezione dello schema) ma grandemente opportune e d'indole squisitamente tecnica (di arte legislativa più che di vita). Furono scelte che costituirono, in pratica, soltanto, una *questione* sostanzialmente operante sul piano della *topografia legislativa*, come notò Filippo Vassalli. E come tutte le scelte squisitamente tecniche, furono tendenzialmente *neutre*; potevano, cioè, adattarsi a ricevere qualsiasi tipo di contenuto ideologico e politico »; ivi, pp. 608-610). Interpretazione che largamente riproduce, per esplicito rinvio dell'autore, una tesi di G. FERRI, *Revisione del codice e autonomia del diritto commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (d'ora in poi citata solo come *Rivista del diritto commerciale*), XLIII (1945), pp. 96-102, salvo un punto importante non richiamato, come accenneremo: basterà qui ricordare che tuttavia proprio i contesti storici ed il trascorrere dei cinquant'anni qualche rilevante influenza possono, a nostro sommesso avviso, averla esercitata. Sui 'disagi' di un legislatore certo atipico, anche se ben lontano dal mostrarsi impermeabile alle ideologie del suo tempo, vedi l'intervento di P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 293- 321. Analogo trattamento viene del resto riservato a quelle tesi, forse un pò « eretiche », da S. PATTI, *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999, I. *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, pp. 3 - 22 e 97-104; II. *La cultura del diritto civile e la Costituzione*, pp. 23-35 e 104-106: « Lo stesso fascismo, in realtà, prese atto della natura tecnica della codificazione ed ebbe consapevolezza della labile traccia impressa dall'ideologia… ». E gli esempi si potrebbero moltiplicare. Ben diverso, come si accennava, l'approccio del nostro secondo autore, ossia di C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE, a cura di, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, pp. 233-273. Cfr. inoltre A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termini, di indicare (o, se si preferisce, di ricreare) l'esistenza di un campo di ricerca ancora non sufficientemente esplorato in tutte le sue sfaccettature, ancora in parte nascosto allo sguardo da un « banco di nebbia ». Quindi, in secondo luogo, di ridare spazio, il meno episodicamente possibile, alle voci 'fuori dal coro', o a sguardi eccentrici rispetto a quelli solitamente praticati. La proposta di rilettura parte insomma da una considerazione: visto che non ci troviamo più in un contesto storico- politico che richieda una presa di distanza per così dire strategica (ché, anzi, si tratterà di tenerne conto nella fase ermeneutica) non si avrà certo bisogno di professare una qualche forma di rigido determinismo — del tipo, per intendersi, della ben nota frase di Marx: « *Datemi il mulino a vento e vi darò il Medioevo »,* o delle sue eventuali parafrasi modernizzanti (« *Datemi la macchina a vapore e vi darò l'era industriale »,* oppure ancora « *Datemi il computer e vi darò la globalizzazione* ») (3) —, per ritenere almeno plausibile che la rivincita della tradizione civilistica che si concretò in quella interpretazione assolutamente negatrice del carattere fascista dei codici, la quale era destinata poi, per successive e diversamente motivate sedimentazioni, a diventare negli studi giuridici ben « più che la prevalente, l'unica accreditata » (4), non fosse un discorso meramente ricognitivo di un dato incontrovertibile, oggettivamente presente, autoevidente a tutti gli intelletti correttamente ragionanti, ma piuttosto (o perlomeno anche, in una misura che resta appunto ancora da accertare) un'operazione, un « fare cose con parole », una strategia *costruttiva* coerentemente perseguita, per finalità molteplici e talora dichiarate nelle pieghe del ragionamento. A ciò si aggiunga la convinzione, più volte del resto espressa (5), che la nostra letteratura storico-giuridica

---

nella teoria dei diritti reali, Milano, 1979, spec. pp. 410 ss.; C. SCHWARZENBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, 1977, pp. 183 ss. Da ultimo vedi le scarne, ma centrate indicazioni di R. BONINI, *Dopo il Codice civile del 1942. Appunti per una storia del diritto privato italiano nell'ultimo cinquantennio (dal 1942 al 1948)* , in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996. Atti*, Napoli, 1998, pp. 399-422, spec. 420-421.

(3) Così I. RAMONET, *La nuova economia*, in *Le Monde diplomatique*, n. 4, anno VII, aprile 2000, p. 1.

(4) Come opportunamente nota C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., p. 264.

(5) Cfr. P. CAPPELLINI, recensione a I. STAFF, *Staatsdenken im Italien des 20.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— rispetto, ad esempio, alla consorella d'oltralpe — sconti ancora una certa qual timidezza od imbarazzo — singolare, ove si rifletta sulla generalmente conclamata « minore » tragicità della vicenda italiana (almeno sino alla fase finale del regime) rispetto a quella tedesca — a tematizzare la questione del rapporto tra scienza giuridica e fascismo: convinzione, del resto, che comincia a farsi strada anche in ambiti, quali quello della scienza costituzionalistica, nei quali da ultimo è dato registrare più di un importante segnale in controtendenza: « esiste a tutt'oggi una remora fortissima a ricostruire il nesso di continuità/rottura che lega la dottrina… italiana del « regime » a quella del secondo dopoguerra » (6). Timidezza od imbarazzo che sono a nostro avviso diretta espressione di uno dei canoni o presupposti interpretativi più radicati delle prese di posizione dell'immediato dopoguerra che si tratterà ora di brevemente riconsiderare. Se prestiamo, ad esempio, ancora ascolto al notissimo intervento del 1950 di Salvatore Pugliatti — autore che del resto soltanto pochi anni prima senza pregiudizi si interrogava sul valore per l'interpretazione sistematica del nuovo codice civile dei profili programmatici a cui si era ispirata la riformata legislazione generale, rilevando l'essenzialità e la centralità, dopo l'avvenuta corporativizzazione dello Stato, anche della corporativizzazione dell'ordinamento giuridico (7) — possiamo ormai, sulla scorta del lungo lavorio

---

Jahrhunderts - Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption (Baden-Baden, 1991), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 572- 584 e vedi ID., *Franz Wieacker civilista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), pp. 595-615.

(6) F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA e P. GROSSI, a cura di, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 188.

(7) S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, pp. 358 ss.; cfr. sul punto C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., p. 269. Anche Vivante, una decina di anni prima, dopo un suo intervento — successivo alla svolta del 1925, in favore dell'accentuazione non più dell'idea di una disciplina unica per i rapporti civili e commerciali, ma, in considerazione dell'internazionalizzazione di questi, invece dell'autonomia e specialità del diritto commerciale — sul tema del nesso tra quest'ultimo e il nuovo ordinamento (*L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1929, I, pp. 115 ss., su cui vedi R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 90) aveva avuto occasione di riprendere il discorso in relazione al tema del rapporto di quell'ordinamento col diritto privato, e l'aveva fatto, pur riconoscendone apertamente e acutamente insieme l'essenzialità e il rischio per il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storiografico degli ultimi decenni, scorgervi forse qualcosa di più della riproposizione, applicata al mondo della cultura giuridica —

---

regime, senza però rinnegare completamente — in forza di una sottile utilizzazione della dicotomia pubblico/privato — né le sue idee in tema di organizzazione dell'economia, né qualche echeggiamento 'social(ista)': « La letteratura giuridica si è occupata in gran copia del contratto collettivo di lavoro e, soprattutto, dei suoi organi costituzionali, non già dell'ordinamento corporativo che rappresenta il nuovo assetto economico della Nazione. *Eppure questo nuovo ordinamento economico dato ai fattori della produzione è essenziale nel regime fascista. Questa è la sua forma più incisiva e organica; senza la sua attuazione il regime potrebbe lasciare nella storia una impronta caduca.* Ben disse il ministro Bottai: « Il nuovo ordine istituzionale delle Corporazioni forma l'essenza stessa dello Stato ». Si desume l'ordinamento generale corporativo da molte leggi, che per continue approssimazioni di perfezionamento vanno successivamente dal 1926 al 1930. Esse trattano insieme due materie di carattere diverso, che potrebbero anche regolarsi con leggi distinte o almeno capitoli distinti: l'ordinamento del contratto collettivo di lavoro, e l'ordinamento dei rapporti economici. Sono materie essenzialmente distinte, perché se la prima appartiene al *diritto pubblico* e sottomette l'attività dei datori e prestatori di lavoro ad organi di Stato, il secondo appartiene al *diritto privato* perché, pur moderando le concorrenze individuali in regime di categorie, dà il primo posto, come forza motrice della vita economica, all'iniziativa individuale… a ragione di questa diversa natura, il datore e il fornitore del lavoro escono dalla categoria colle mani legate, ma nei rapporti economici i membri delle varie categorie possono contrattare liberamente, salvo quei vincoli professionali che in ben minore misura, come vedremo, limitano la loro libertà. Il libero scambio dei consensi forma ancora il tessuto connettivo dell'economia nazionale. Questo contrasto caratteristico fra le due materie si comprende e si giustifica. Il legislatore doveva risolvere *di fronte alla classe operaia* un problema vitale, che minacciava la catastrofe morale ed economica della nostra civiltà. *Doveva sostituire alla uguaglianza fittizia con cui la legislazione precedente regolava i rapporti tra padroni e operai, ed era fomite di esasperanti resistenze, una eguaglianza effettiva in modo da pareggiare la potenza dei loro consensi; e trovò la soluzione del secolare problema nella formazione di organi collettivi, che prestano un valido punto di resistenza a coloro che la fame riduceva a una soggezione, piena di lagrime e di rancori*. Si formò così un massiccio di norme inderogabili, di ordine pubblico, che regolano le reciproche prestazioni, e le pongono, *come un minimo dell'esistenza operaia e dell'economia nazionale, al sicuro da contrasti individuali. Ogni impresa deve contare tra i suoi costi la spesa irriducibile dei salari. Se non può fronteggiarla coi guadagni non è degna di vivere; non deve sorgere, se sorge dev'essere liquidata*… Da ciò il carattere pubblicistico del rapporto operaio regolato da organi istituzionali di Stato, e da una Magistratura che ha eccezionali poteri, perché può applicare norme incompatibili col diritto privato. In conseguenza di quel carattere imperativo le clausole individuali difformi dal contratto collettivo approvato dagli organi istituzionali dello Stato cadono e sono sostituite di diritto dal contratto collettivo operaio (art. 54 norme di attuazione della L. 3 aprile 1926). Legge sovversiva di un principio fondamentale di diritto privato per cui i contratti fanno legge fra i contraenti e se sono contrari a norme di diritto pubblico non sono sostituibili, ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riproposizione che pure c'è ed è indubbia — del vecchio giudizio crociano sul fascismo come « parentesi » nella vita della nazione. Anche a non voler dar gran peso, infatti, alla notazione che la contrapposizione tra un atteggiamento « …di una irrazionale e incontrollata apologetica, vana e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici », da un lato, e una seconda tendenza invece « …di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza di accogliere qualsiasi contenuto » (8), dall'altro, sembra riproporre in un contesto assai diverso la lucida diagnosi sull'esistenza di un problema metodologico proprio interno agli sviluppi del diritto e dell'economia corporativi che Giuseppe Bottai aveva avanzato ancora nel 1931, delineando due tipologie contrapposte di giuristi, quella dei « giuristi-politici intransigenti », che avrebbero voluto sostenere come già verificatosi « un processo di trasformazione in senso corporativo di tutto il diritto »; e quella dei « giuristi-puri », che, dal canto loro, « rimangono fermi alle formule legislative, le interpretano in base ai « combinati disposti », respingono sdegnosamente ogni richiamo ai loro presupposti ed alle loro finalità, quasi che le leggi non germinassero in sede politica », pur essendo, ai suoi attenti occhi, altro piegare il diritto alle ragioni della politica, e altro

---

cadono nel nulla, appunto perché il solo libero incontro dei consensi fa legge (1160 C. civ.) » (C. VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in *Diritto del Lavoro*, 1931, I, pp. 437-444). Il testo in questione, al di là della sua forza di convinzione e, forse, attualità di certe diagnosi, è per noi importante sotto molti profili. Anzitutto bisogna tenere a mente l'*incipit* lucidissimo anche nel giudizio politico, perché ci servirà come cartina di tornasole per valutare, più avanti, certe tarde affermazioni sulla Carta del lavoro e sul corporativismo di protagonisti della codificazione, quali Grandi o Ferri. Secondariamente perché l'attrazione che alcuni dei protagonisti 'eretici' del nostro discorso avevano sentito per il discorso corporativo, pur essendo talora lontani, talatra senz'altro neppure iscritti al partito e guardati con sospetto, e il tentativo, che, secondo noi, già caratterizzava le loro prese di posizione antecedenti alla polemica sulla codificazione fascista (alludiamo evidentemente a Finzi e soprattutto ad un autore che espressamente a Vivante si dichiarava legato, come Mossa), ovvero quello di *separare* il nocciolo sociale del corporativismo dal fascismo, trovano in nuce in questo testo una chiara genealogia motivazionale.

(8) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, IV, pp. 48 ss, poi anche in ID., *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1958, pp. 45 ss. E infine in ID., *Grammatica e diritto*, Milano 1968, pp. 101 ss. Vedi anche R. TETI, *Codice civile*, cit., p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece affermare che « il diritto debba interpretarsi secondo la ragione politica » (9): anche, lo ripetiamo, a non volervi dare gran peso, e a non voler neppure istillare il dubbio che il Pugliatti del 1942, comunque lontano dalla prima categoria, neppure alla seconda avrebbe potuto facilmente essere iscritto, resta infatti assodato che l'ulteriore e celebre sviluppo dell'analisi pugliattiana cela in sé una scelta interpretativa per più profili decisiva — e, come vedremo, non isolata — di quelle che ci sembrano definibili come le successive e durature rimozioni

A suo avviso, non per caso, la seconda tendenza, che è *adesso* anche « la sola che meriti di essere presa in considerazione », ha svolto un duplice importante compito; innanzitutto quello di « opporre una barriera formale » agli irrazionali ed entusiasti adepti dell'altro punto di vista, ed in seconda istanza, quello di porre « un freno in ordine all'applicazione dei nuovi principii e delle nuove norme »: però il primo compito « fu più importante del secondo, poiché con quello si realizzava l'autodifesa della scienza giuridica, con questo si reagiva solo ad un legislazione contingente ».

Qual è, allora, il canone o presupposto interpretativo soggiacente che, accolto poi di buon grado da gran parte dei successori, ha consolidato e reso quasi indubitabile questo, o similari tipi d'analisi? È l'inserimento, nelle pieghe del discorso, di quello che volentieri chiameremmo, servendoci di una terminologia bachelardiana, un *ostacolo epistemologico* (10), ovvero una disposizione di pensiero materialmente determinata e incorporata in una intuizione intellettuale che *impedisce* l'apertura di un campo di ricerca, che ostacola l'acquisizione di dati rilevanti sulla base di una *esclusione* sentita come epistemologicamente necessaria a far (ri)partire un determinato dispositivo scientifico-concettuale. L'ostacolo in questione può essere in breve riassunto e sintetizzato con una formula storiografica,

(9) Vedi per la segnalazione dei passi di Bottai il lucido saggio di O. ABBAMONTE, *I giuristi e l'economia corporativa. Il contributo all'affermazione dei valori economici nel ventennio fascista*, in *Annali dell'Università degli studi della Tuscia. Facoltà di economia. Quaderni dell'Istituto giuridico,* 1997, 3, Viterbo, 1998, pp. 11-22.

(10) Cfr. G. CANGUILHELM, *Etudes d'Histoire et de Philosophie des Sciences*, Paris, 1968, p. 174; E. BALIBAR, *Il concetto di « rottura epistemologica » da Gaston Bachelard a Louis Althusser,* in ID., *Per Althusser*, Roma, 1991, pp. 67-97; ID., *Lieux et noms de la vérité*, Gap-Latour d'Aigues, p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di grande duttilità appunto, che bene ne ha espresso l'intenzione: in sostanza la « *cultura fascista* può ritenersi al più, o solo cultura, o solo fascismo » (11). Ma già molto per tempo v'era stato chi non si era voluto accontentare di questa illusoria metodologia di autoimmunizzazione, in fondo improntata ad una visione elitistica e aristocratizzante della separatezza della scienza, che poteva senza difficoltà accomunare sia i rappresentanti della corrente crociana o più in generale dell'immanentismo idealistico, sia gli esponenti del 'formalismo democratico', e ne aveva voluto rimettere in discussione la legittimazione, anche sotto il profilo dell'interpretazione storiografica, che ne conseguiva, della recente tragica vicenda. Alludiamo ad un essenziale articolo del 15 luglio del 1946 nel quale Giacomo Noventa, libero certamente, come lui stesso riconosceva, da quelle preoccupazioni legate alle necessità immediate della ricostruzione e al nuovo quadro politico-partitico che ne stava assumendo la difficile responsabilità — una indipendenza che, assai intuibilmente, i giuristi dei quali si tratta non potranno permettersi —, iniziava a porre in termini meno semplicistici l'accento sul nodo veramente decisivo: « E se è vero che, lontana da Montecitorio e dai partiti attuali, una piccola minoranza di uomini fonda ormai il proprio concetto della politica su di un'interpretazione tutta diversa della storia, se è vero cioè che una politica propriamente detta sta nascendo in Italia, e che l'anti-virtuismo (12) politico sta penetrando, oltre quella piccola minoranza, in molte coscienze, è anche vero che queste sono tuttora dominate, o intimidite, dal loro credo antico. A proposito del fascismo, in particolar modo, esse si sono appena poste, e molto oscuramente, il quesito: il fascismo è stato soltanto un errore *contro* la cultura italiana? o non è stato nello stesso tempo anche un errore

(11) Così E. Papa, *Storia di due manifesti. Il fascismo e la cultura italiana*, Milano, 1958, p. 57. Sul tema vedi inoltre le importanti considerazioni di M. Isnenghi, *Intellettuali militanti e intellettuali funzionari. Appunti sulla cultura fascista*, Torino, 1979, A. L. De Castris, *Egemonia e fascismo. Il problema degli intellettuali negli anni trenta*, Bologna, 1981 e M. Biondi e A. Borsotti, a cura di, *Cultura e fascismo. Letteratura, arti e spettacolo di un Ventennio*, Firenze, 1996.

(12) Vedi G. Noventa, *La rivoluzione liberale* e *In memoria di Piero Gobetti*, in Id., *Opere complete. « Nulla di nuovo » e altri scritti 1934-1939*, a cura di F. Manfriani, vol. II, Venezia, 1987, rispettivamente pp. 327-344 e 355, nonché Id., *Antivirtuismo di Pareto*, in G. Noventa, « *Nulla di nuovo* », cit., pp. 349-353.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della cultura italiana? Bisogna dunque riproporsi il quesito: e cercare di risolverlo senza perdere un minuto di tempo, perché è vero che c'è poco tempo da perdere, ma anche senza un attimo d'impazienza, che ci farebbe perdere molto tempo di più. Quel che si può dire subito è che le ragioni del cuore di Croce sembrano smentire i suoi più ragionati discorsi. Come faremmo a riacquistare la fede in noi stessi, ad ubbidire agli incitamenti di Croce, se dovessimo credere alla sua filosofia, se il fascismo non fosse stato un *errore contro* la cultura e il pensiero, se il fascismo non fosse stato cioè che un errore degli idioti, o una colpa o un delitto? Come faremo a trattare da pari a pari con gli stranieri, anzi a trattarli, in qualche caso, secondo il consiglio e le parole di Croce, da tigri e serpenti boa; se fossimo stati noi stessi e nonostante la crociana implacabile opposizione di una minoranza, tigri e serpenti boa, o complici necessari delle tigri e serpenti boa? Ma noi abbiamo *già* fede in noi stessi, e nel nostro paese. E per questa fede, che abbiamo in comune col nostro maestro, noi possiamo affermare che il fascismo non può essere stato soltanto un errore degli idioti o una colpa o un delitto, ma deve essere stato anche, e nello stesso tempo, un errore del nostro pensiero, un errore, un'insufficienza, un limite della nostra filosofia e della nostra cultura. Risolto il dilemma, cercheremo ormai soltanto in che cosa questo errore propriamente consista. E può darsi che la via alla verità sia lunga e difficile. Ma l'essenziale è che sia aperta » (13).

Cosa può allora voler dire per noi, in questo tentativo di esperimento mentale che non vuole avere nessuna pretesa di trovare risposte, allo stato quasi tutte premature, ma soltanto di ricreare uno spazio storiografico nel quale certe domande possano essere avanzate e certe voci riascoltate, il provvisorio recupero della noventiana

(13) L'articolo (apparso in « Gazzetta del Nord », 15 luglio 1946) si può adesso leggere in G. NOVENTA, *Opere complete*. « *Il grande amore* » *e altri scritti*, 1939-1948, vol. III, a cura di F. Manfriani, Venezia, 1988, pp. 319-320. Cfr. su tutto il complesso nodo problematico il fondamentale saggio di A. DEL NOCE, *Giacomo Noventa e l'« errore della cultura »* (originariamente pubblicato nel 1973 col diverso titolo de *Il ripensamento della storia italiana in Giacomo Noventa*), in ID., *Il suicidio della rivoluzione*, Milano, 1978, pp. 19-119 e vedi anche ID., *Giacomo Noventa: dagli errori della cultura alle difficoltà in politica (1970)*, in A. DEL NOCE, *Rivoluzione Risorgimento Tradizione. Scritti su « L'Europa » (e altri, anche inediti),* a cura di F. Mercadante, A. Tarantino, B. Casadei, Milano, 1993, pp. 97-119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(poi certo, con alcune rilevanti modificazioni, anche delnociana) « famosa (e funesta) interpretazione del fascismo », com'ebbe a definirla Norberto Bobbio, a sua volta allievo della « scuola torinese » di Gioele Solari, in una testimonianza d'amicizia che è anche un tentativo di distanziamento, eguale e contrario rispetto a quello di Del Noce (14)? Prima di ritornare a saggiarne la portata sulle vive pagine dei nostri giuristi possiamo forse trarne alcune interlocutorie

(14) N. Bobbio, *Testimonianza su Giacomo Noventa*, in Id., *Italia fedele. Il mondo di Gobetti*, Firenze, 1986, pp. 217-232: « La tesi di Noventa che Del Noce ha fatta sua è la famosa (e funesta) interpretazione del fascismo come errore non contro la cultura ma della cultura, un errore della cultura che avrebbe accomunato sia il fascismo sia l'antifascismo. Quanto questa tesi abbia contribuito, contrariamente alle intenzioni di Noventa e certamente anche a quelle di Del Noce, a nobilitare il fascismo, e sia tuttora una delle vie attraverso le quali si alimenta il qualunquismo nazionale, è ben noto » (ivi, p. 227). Al di là del giudizio sulle intenzioni dei due studiosi, resta il fatto che l'effetto da Bobbio rimproverato può piuttosto essere attribuito allo sfruttamento mediatico delle tesi medesime che chi rammemori le analisi debordiane sulla società dello spettacolo riesce facilmente a ricondurre alle logiche distorcenti e semplificatorie proprie di quest'ultima. Del resto anche a voler elencare solo 'a memoria' e per curiosità alcuni nomi di personalità della cultura — al di là degli aderenti all'idealismo, *forma mentis* all'inizio in ogni caso certamente incentivata dal regime sotto molteplici profili, e a tutti i livelli, così di ricerca, come educativi e formativi, cfr. tra i molti G. Spina, *Per la nuova anima italiana. Con prefazione di S. E. il Ministro della pubblica istruzione. Approvato con regio decreto ministeriale*, Cassino, 1927, pp. 59 ss., 88-89 — che hanno coltivato simpatie o addirittura aderito non solo episodicamente ai vari fascismi europei, si potrà constatare come il problema sollevato da quell'interpretazione sia tutt'altro che peregrino (e pensiamo, per esempio, a Pessoa, Yeats, Pound, Shaw, Hamsun, Benn, Orff, Heidegger, Schmitt, Betti, Pirandello, Piacentini, Volpe, Evola, Sironi, Burri, Del Vecchio, Céline, Drieu La Rochelle, Brasillach, Eliade, Dumézil, etc.). Materiale e informazioni copiosi in questa ottica, ma usati in maniera del tutto tendenziosa si possono ancora rinvenire in N. Tripodi, *Intellettuali sotto due bandiere. Antifascisti in camicia nera*, Roma, 1978. In realtà la drastica, e così influente, negazione bobbiana dell'esistenza di una 'cultura fascista' — oltre che a motivi di carattere, diremmo, autobiografico e di, peraltro problematica, esenzione dal 'peccato' di correnti filosofico-giuridiche 'altre' rispetto alla idealistica (« Se c'è stata una cultura fascista nel secondo decennio tra il 1935 e il 1945 — nel primo decennio sono tutti d'accordo nel dire che se cultura fascista ci fu, questa fu di derivazione idealistica, il che porterebbe a parlare di continuità, se mai, sull'altro versante, cioè tra prefascismo e fascismo — noi che ci siamo vissuti dentro non ce ne siamo accorti ») — ci pare determinata dalla consapevolezza (e « ripugnanza istintiva », per esplicita ammissione) che quella tesi ne sottende in realtà due, ovvero, per usare di nuovo le sue parole, « l'esistenza di una cultura fascista *e* la sua continuità o persistenza ancora oggi »: appunto, forse, se ci si passa l'immagine, una istintiva autodifesa rispetto al 'volto della Medusa'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguenze. Anzitutto una conseguenza implicita, tratta piuttosto dai suoi interpreti, tra i quali appunto Del Noce, senz'altro rischiosa, ma inevitabile nella sua chiarezza. L'esistenza di una specifica genealogia 'culturale' dell'ideologia fascista; ancora per citare le illuminanti parole di Franco Fortini: « Egli scorge benissimo che alle radici della ideologia fascista sta una profonda dimensione culturale, ben radicata nella storia della cultura moderna europea, da Machiavelli a Hobbes, dai giacobini a Hegel, da Burckhardt a Pareto; e che quindi era insufficiente la limitazione storico-geografica che Noventa assegnava alle "teorie del fascismo". Queste avrebbero dovuto essere considerate per quel che di fatto sono, una delle grandi anime del pensiero borghese » (15).

Se questo è vero, si riapre anzitutto un fronte di indagine: non si potrà cioè più 'scavalcare' il tema del rapporto codificazione civile-fascismo, negando che il codice del '42 sia « fascista » solo perché non si è stati capaci di rintracciare, o si sono rintracciate in misura che non si è ritenuta 'sufficiente', le tracce dell'ideologia fascista: partire dall'idea che il fascismo non ebbe un corpus ideologico « ufficiale » oppure una dottrina giuridica « ufficiale », non significa concludere, con un cortocircuito che le analisi di impostazione bobbiana (e, per meglio intendersi, di derivazione azionistica) (16) hanno reso quasi automatico, per la mancanza di

(15) F. FORTINI, *Nota su Giacomo Noventa*, in AA.VV., *I mondi di Giacomo Noventa*, a cura di F. Manfriani, Lecce, 1993, pp. 45-52.

(16) Il punto è per la nostra analisi di non poco momento, posto che l'antifascismo, comunque databile, di alcuni dei giuristi protagonisti di quella stagione (Calamandrei, Bobbio, Ascarelli, Max Ascoli) a quella matrice è senza dubbio riconducibile: vale allora la pena ricordare come « il Partito d'Azione, in ciascuno dei suoi movimenti fondatori (« Giustizia e libertà », i liberalsocialisti, i democratici moderni di Tino e La Malfa) aveva sempre fatta propria l'interpretazione di Luigi Salvatorelli sul fascismo come prodotto del ceto medio, in netto dissenso con la tesi marxista del capitale finanziario ». Così V. FOA, *Una testimonianza, oggi, sul Partito d'Azione*, in *Il Mulino*, anno XLII (1993), 2, n. 346, p. 252. Già Noventa aveva segnalato il carattere paradigmatico di quell'esperienza politica: « Dopo aver parlato di coloro « che hanno le loro idee generali e i loro principi filosofici nella testa o nel cappello di Benedetto Croce » bisognerà, per completare il quadro dell'« intelligenza » italiana, parlare di coloro che hanno le loro idee generali e i loro principi filosofici nei libri o nella tomba di Giovanni Gentile. Si capirà meglio allora perché tutti i partiti italiani siano « partiti d'azione ». E perché la disfatta del Partito d'Azione sia stata una disfatta di tutta la nostra classe politica ». Per una critica assai stringente della idea salvatorelliana del fascismo come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

originalità o di interesse di un pensiero (17), che ha tentato invece, con gli strumenti stessi che la cultura europea gli aveva fornito, e

prodotto della piccola borghesia 'umanistica' (idea per la quale, tra l'altro, si rivelava tributario alle impostazioni di un Adriano Tilgher) cfr. già G. ANSALDO, *La piccola borghesia*, in « Il Lavoro », 3 giugno 1923, ora con il titolo redazionale *Il fascismo e la piccola borghesia tecnica*, in C. CASUCCI, *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, Bologna, 1982, pp. 368-371. Un'interpretazione, insomma, quella 'azionistica', anzitutto troppo centrata su di una visione eccessivamente 'nazionale' del fenomeno (del tipo « autobiografia della nazione », per intendersi), trascurando dinamiche più ampie, o meglio, considerando queste come un orientamento generale di modernizzazione specialmente economica operante, in modi più o meno differenziati, in tutti i paesi, — però per una sottolineatura di parte fascista proprio del fatto che in questo senso il regime interpretava, ma ben a suo modo, il 'corso (necessario?) della storia', cfr. G. ARIAS, *Universalità della economia corporativa*, in *Rassegna corporativa*, anno VII (IV serie), n. 1-2, 1938, pp. 7-11 — caratterizzata dal tentativo di separare appunto fascismo (quale concrezione politica di un paese sostanzialmente arretrato, poiché non avrebbe vissuto una rivoluzione di impronta, gobettianamente, 'protestantica' e 'laica') e modernizzazione, attribuendo astrattamente a quest'ultima, perciò, un valore di processo autonomo (avvenuto *durante* ma non *a causa* del fascismo) e quindi recuperabile. Per capirsi più chiaramente: quando qualche innovazione giuridica sembrerà da mantenere, basterà retoricamente attribuirle un carattere di modernizzazione *nonostante* le circostanze contingentemente politiche o ideologiche, e viceversa, per rovesciare così l'onere della prova su chi quelle circostanze volesse ritenere non proprio, sotto il profilo sistematico, irrilevanti. Cfr. invece per una prospettiva, certo per ora limitata ad uno specifico campo d'indagine, ma più complessa sulla questione delle molteplici e non tutte coerenti valenze di quella che viene appunto correttamente definita *modernizzazione corporativa*, D. PRETI, *La Modernizzazione corporativa (1922-1940). Economia, salute pubblica, istituzioni e professioni sanitarie*, Milano, 1987. Imprescindibile da ultimo il richiamo a L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984 e P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Milano, 1986. Pagine essenziali dedica ora alla dottrina corporativistica P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, cap. V, *La semplicità perduta: il diritto oltre lo stato e l'individuo*, spec. pp. 171ss. Questo testo può essere ormai definito, e del resto la dedica a Finzi esplicitamente ne segnala l'intenzione, come una prima, ma 'bahnbrechende', realizzazione del *desideratum* al quale facciamo cenno sub nt. 20. Vedi inoltre il classico D. GUERIN, *Fascisme et grand capital* (1936), trad. it. della II ed. (1945), Roma, 1994, nonché R. SARTI, *Fascismo e grande industria*, trad. it., Milano, 1977.

(17) In questo senso ancora, come abbiamo accennato, il migliore saggio sull'argomento: R. TETI, *Codice civile,* cit., pp. 12-22. Tuttavia questa impostazione ci pare un impedimento ad andare al di là dell'analisi del libro V del codice, indubitabilmente uno dei fulcri principali dell''influenza' fascista sul codice civile, per analizzare sistematicamente e capillarmente la questione. Per un buon esempio in tal senso cfr. l'analisi dei lavori preparatori del codice del 1942, in proposito al ritorno al principio della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partendo da un principio fondamentale generatore assolutamente organico e ben definito, ma in modo pluralistico dal punto di vista dei percorsi, di creare una concezione che potesse dirsi veramente opposta alla nozione europea di uomo (18). Quest'analisi che

---

reciprocità, di C. STORTI-STORCHI, *Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art. 16, primo comma dis. prel. del codice civile del 1942*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile. Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. II, pp. 501-557, in particolare per le varie riflessioni di Putzolu e altri sul rapporto italiani-paesi o « popoli di civiltà inferiore » (p. 551) e sulla innegabile circostanza che l'art. 16 introducesse la grave presunzione che la condizione di estraneità di un soggetto potesse essere di per sé « ragione di una limitazione della sua condizione giuridica ». Su tali problematiche 'discriminatorie' accenni anche nel nostro, *« Status » accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'* (originariamente in *Annali dell'Università di Ferrara*, sezione V. *Scienze giuridiche*, I, 1987) in *Studi in memoria di Mario Viora*, Roma, 1990, pp. 72-148, spec. 145 ss., e una risposta in P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, pp. 787-803.

(18) Non si vuole tanto qui far propria la tematica o l'intitolazione di qualche intervento di parte sul punto (qualche interesse documentario riveste tuttavia il non certo noto saggio di S. MAZZILLI, *I caratteri e l'originalità della filosofia del fascismo*, Firenze, 1943), quanto far riferimento ad un testo — per altro, diremmo, quasi altrettanto ignorato, e non solo dai giuristi — di una assoluta lucidità e profondità, pubblicato sulla rivista francese *Esprit* nel 1934 dal grande filosofo Emmanuel LEVINAS (*Alcune riflessioni sulla filosofia dell'hitlerismo*. Introduzione di G. Agamben. Con un saggio di Miguel Abensour, Macerata, 1996), che a nostro avviso — come abbiamo avuto anche modo di più distesamente argomentare in interventi (presso le sedi di Ferrara e Macerata) anch'essi per ora rimasti a livello di comunicazioni orali — è illuminante proprio se applicato anche nella prospettiva della ricostruzione del pensiero giuridico fascista. Utile, in un ottica parzialmente comparabile, l'interpretazione praticamente coeva di K. POLANYI, *L'essenza del fascismo* (1935), in ID. *La libertà in una società complessa*, Torino, 1987, pp. 90 ss. Ricchi di spunti in proposito restano, oltre ad altri che si indicheranno a suo luogo, i trascurati saggi di G. MAGGIORE, *Fascismo e scienza del diritto*, in *La Palestra del diritto scientifico, giuridico, forense*, 2 (1926), p. 1 ss. e *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, I (1930), p. 545 ss., per non parlare dei suoi saggi più propriamente d'intervento, quali *Che è la borghesia*, Città di Castello, 1921 o *Imperialismo e impero fascista*, Palermo, 1937 e del più celebre/famigerato che analizzato, in tale prospettiva, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, XI (1939), pp. 140-161. Un'altra utile ripresa antologica, è adesso quella operata, in una collana 'defeliciana', in relazione a molti dei saggi di S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, 1987, con un'ampia e informatissima introduzione di Francesco Perfetti (*Un teorico dello stato sindacale-corporativo*, pp. 7-133). Sul punto ci proponiamo ovviamente di tornare a breve scadenza. Un'altra impostazione da tener presente, in questa ottica, è quella di G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbiamo già altrove iniziato a proporre ci porterebbe lontano e non può trovare sviluppo nel breve spazio che ci siamo assegnati; ci accontentiamo per ora di avervi fatto cenno.

Ma, in secondo luogo, tale suggestione interpretativa mette in discussione il tradizionale ricorso all'argomento secondo il quale il regime non disponeva del personale tecnico necessario in grado di elaborare un codice « fascista » o l'argomento certo più sottile dell'impossibilità di procedere ad una riforma realmente profonda ed incisiva del diritto privato, dal momento che il regime, se poteva considerarsi espressione di una « rivoluzione » politica, non poteva invece gettare le sue radici in una rivoluzione sociale di altrettale significato (19); se cultura (anche giuridica) e fascismo non sono termini mutuamente escludentisi si tratterebbe piuttosto di sospendere il giudizio sino a che non fossero stati raggiunti almeno i seguenti obbiettivi di ricerca: anzitutto, per recuperare in relazione al nostro tema un'idea che uno dei protagonisti 'eretici' d'allora, Enrico Finzi, vagheggiava, lamentando che ve ne fossero troppe per la letteratura propriamente detta, una storia critica della letteratura giuridica del periodo (anche i dati biografici, in relazione a snodi

---

BATAILLE, *La struttura psicologica del fascismo*, Salorino, 1990 (trad. it. del testo apparso originariamente sui numeri del 10 novembre 1933 e 11 marzo 1934 della rivista *La critique sociale* diretta da Boris Souvarine). Cfr., inoltre, L. MANGONI, *Europa sotterranea*, in D. CANTIMORI, *Politica e storia contemporanea. Scritti 1927-1942*, Torino, 1991, pp. XXVI ss.

(19) L'argomento, derivante dalla distinzione di N. Poulantzas tra « rivoluzione politica » e « rivoluzione sociale », è, a detta dell'autore, ricavato da una conferenza inedita di D. Corradini su « codice civile e fascismo » (R. TETI, *Codice civile* cit., p. 16, nt. 20). Tuttavia, a quanto ci consta, ma sul punto ci soffermeremo più avanti, al momento della disamina diretta del testo, la mancanza della rivoluzione sociale quale causa della non particolare 'epocalità' della codificazione 'fascista', era stata espressamente avanzata come argomento, non per caso, dal Calamandrei. Altro autore che nell'immediato dopoguerra ad esso esplicitamente si riferiva era, sul versante civilistico, G. B. Funaioli: « Il codice del 1942 ebbe come insegna « tradizione e rivoluzione ». Appunto perché una rivoluzione sociale non si era avuta e restavano gli elementi giuridici precedenti. Con queste varianti: che da un lato si era marcato un progresso nel senso della fattiva solidarietà sociale, dall'altro un regresso nel senso delle diseguaglianze effettive e potenziali, con urto della giustizia » (*Il codice del popolo italiano*, cit. infra sub nt. 57, p. 30). Sul tema invece della rivoluzione 'politica', da ultimo, precisazioni utilissime in L. CARLASSARE, *La 'rivoluzione' fascista e l'ordinamento statutario*, in *Diritto pubblico*, 1996, I, pp. 43-62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decisivi, sono spesso assenti o troppo lacunosi, o affidati ad una memoria orale sempre sul punto di sfumare) (20); inoltre, un recupero il più ampio possibile dei documenti inediti relativi ai lavori e agli scambi d'opinioni delle commissioni e sottocommissioni; ancora, una lettura il più possibile spassionata del dibattito sui codici fascisti, da un lato, — estendendolo, ove possibile, a ricomprendervi anche le posizioni più recenti — e del concreto processo di « defascistizzazione », dall'altro, con il recupero necessario degli stessi autori 'minori'; altresì, farsi carico di una specifica disamina volta ad accertare verso quali tipologie di applicazione le magistrature spingessero il codice appena emanato e se, nell'immediato dopoguerra, si notino, o meno, significative inversioni di tendenza; infine, forse, una rilettura a queste fasi connessa della mancata riforma prevista dal disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 10 ottobre del 1963 n. 557 e delle riflessioni a cui diede luogo (21).

2. *Hic sunt leones.*

Torniamo ora ad una più ravvicinata contestualizzazione e decodificazione dell'analisi pugliattiana, valutata nella portata paradigmatica che indubbiamente fin dalle intenzioni la contraddistingue. Il testo, intanto, lo ricordiamo, come un altro molto illuminante di Calamandrei che considereremo successivamente, risale al 1950. Questo c'interessa anzitutto per richiamare l'attenzione sul fatto che già allora non sarebbe stato necessario attendere le considerazioni di Luigi Mengoni sul nesso tra rigoroso positivismo legislativo ed esaltazione del concetto idealistico di Stato ovvero fra il metodo del formalismo concettuale ed il suo 'favoreggiamento' da parte del

(20) Cfr. A. CARAMELLA, *Discorso commemorativo pronunciato nell'Aula della Corte d'appello il giorno 25 marzo 1973*, in *Enrico Finzi* (a cura dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Firenze e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze), Firenze, s. d. (ma 1974), pp. 13-36; 17.

(21) Vedi AA.VV., *La riforma del codice civile (Istituto internazionale di studi giuridici. Dibattiti sui nuovi problemi del diritto e dello stato)*, Roma, 1966, e sul punto, le importanti riflessioni, a più riprese manifestate da Pietro Rescigno. Cfr., per tutte, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, spec. cap. II, *Per una rilettura del codice civile*, pp. 17 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionalismo fascista (22), per arrivare a notare l'ambiguità, per non dire la non stringenza, del riferimento alle geometrie concettuali di stampo formalistico quali diga non permeabile rispetto alle concezioni giuridiche del regime. Fin da subito, ovvero fin dal 1945, v'era stato chi — replicando in realtà lucidamente e largamente, pur senza conoscerlo, l'itinerario noventiano di ricerca della verità (23) — aveva messo in luce come « l'esperienza di un ventennio e l'esperienza di questa guerra che dagli intelletti più chiaroveggenti è stata definita una guerra civile » avesse fatto balzare agli occhi non solo dei giuristi, ma anche dei profani l'esistenza di « una discrepanza fra scienza giuridica e vita sociale, discrepanza che appare nella forma della inadeguatezza della prima a rappresentare e comprendere la seconda »; 'l'uomo della strada'tuttora avrebbe avvertito un senso di insoddisfazione e persino di diffidenza e insofferenza per una

(22) Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 11-58, 20-21, che però in conclusione ribadisce la tesi tradizionale, sostenendo che « proprio il metodo positivistico riuscì, in quel periodo, a preservare il nostro diritto civile da intrusioni ideologiche contrarie ai valori tradizionali di cui era custode il ceto dei giuristi ». Cfr. invece più coerentemente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984 e ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione alla storia del diritto privato in Italia* (1978), in P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1988, pp. 73-108.

(23) La prima risposta propositiva che Noventa aveva cercato di dare al suo stesso interrogativo sulla malattia della cultura italiana aveva infatti fatto leva, proprio nello stesso senso nel quale Giovanni Miele applicherà il discorso ai giuristi, sulla frattura di quest'ultima rispetto alla realtà sociale: « Il fascismo ha distrutto la cultura italiana, l'ha svuotata della sua funzione nazionale e civile, e ha cercato in vari modi di farne strumento d'oppressione e di barbarie. Ma la sua opera di violenza e di corruzione ha avuto buon gioco perché esso si è potuto accanire contro un organismo già guasto e malato, che era perciò impreparato a ricevere i colpi della reazione ed era anzi, in un certo senso, disposto per natura a farsene corresponsabile. La malattia che aveva corrotto le radici stesse della cultura italiana va individuata nella secolare frattura che si era venuta creando fra i ristretti cenacoli degli intellettuali e la vita, le lotte, le profonde aspirazioni delle masse popolari … A causa di questa frattura, che il fascismo s'è sforzato di rendere quanto mai profonda e incolmabile, la cultura italiana viveva e vive in un mondo falso e artificiale, restando quasi del tutto estranea ai grandi moti sociali nei quali s'incarnava e si incarna l'oscura e perennemente contrastata aspirazione democratica, di libertà e di progresso, della Nazione ». (G. NOVENTA, *La prima proposta di un manifesto per l'alleanza degli scrittori di sinistra. Un documento di due anni fa* - Gazzetta del Nord, 15 luglio 1946, n. 9 - in ID., *« Il grande amore »*, cit., pp. 232-238, 233).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza « rivelantesi ai loro occhi null'altro che una ripetizione, più diffusa, più elaborata, più architettata, di disposizioni promananti da una volontà estranea ed arcana. Una scienza siffatta appariva non tanto a servizio della società, quanto al servizio del 'legislatore', e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa...: « Che cosa è mai questa scienza giuridica — pareva di leggere sui loro volti o di sentire dalle loro labbra — che cosa è mai questa scienza giuridica, che è autoritaria sotto i regimi autoritari e democratica nei regimi democratici, che s'ispira ai valori dell'individuo quando così esigono i « comandi » del legislatore, o a quelli della collettività quando quello stesso legislatore vuole altrimenti, che si mostra rispettosa o è pronta a sacrificare le autonomie dei vari gruppi sociali, obbedendo ad un cenno dei detentori del potere? »: « Perché mai, se veramente il diritto è nell'aria che si respira e viene messo in atto in ogni momento e nei più umili gesti della vita quotidiana, se il diritto non è una *soprastruttura*, ma la stessa *struttura* della vita sociale, perché questo isolarsi ed astrarsi dei giuristi da quella realtà sociale viva ed immediata che non sempre trova riscontro nei codici e con questi talora contrasta? Perché non rendersi interpreti anche di essa, principalmente di essa, anziché limitare il proprio compito ad una meccanica esplicazione di formule legislative? ». E Giovanni Miele — perché è lui il giurista, allora non ancora 'fiorentino', ma già ordinario nello stesso Ateneo pisano di Mossa, che si fa carico di non eludere il problema (ed è con qualche commozione che constatiamo come l'oggettivo itinerario del nostro discorso quasi ci spinga a rendergli in una sede non prevista o prevedibile questo sia pur minimo ricordo a pochi giorni dalla scomparsa) — pur non nascondendosi come tale vibrante atto d'accusa non fosse nuovo, ricordando anzi come di recente fosse stato « espresso nei termini di un'antitesi fra gusto politico e gusto giuridico, simmetrica a quella fra gusto critico e gusto filologico », non vuole sottrarsi al confronto con gli argomenti soliti del « giurista bennato », ma vuole invece cogliere il segnale che pare levarsi in un così delicato momento di transizione dalla massa dei destinatari e fruitori — o non piuttosto veri depositari? — del diritto: « Noi però non siamo di quest'avviso. Oggi che si assiste al malinconico spettacolo di una società in via di sfacelo e pare di presentire gli albori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un nuovo assetto sociale, finalmente più umano, più giusto, fondato su una netta esigenza di moralità, queste e simili voci vanno ascoltate con trepidazione allo scopo di rintracciare e mettere in valore quei materiali che serviranno alla costruzione della società di domani… Proprio perché quelle considerazioni non esprimono uno stato d'animo isolato, né sono sorte improvvisamente, esse devono essere fatte oggetto di esame, precisate in termini di un problema scientifico, portate nella sede più adatta alla discussione: e se e in quanto alcunché di vero si rinvenga in esse, occorre ordinarlo e coordinarlo nell'insieme a cui logicamente appartiene ». Orbene, uno degli elementi primari di riflessione è costituito proprio dalla diversissima considerazione, sotto il profilo ermeneutico-'terapeutico', a cui deve essere sottoposta una diagnosi per più di un aspetto strutturalmente analoga a quella successivamente avanzata dai vari Pugliatti, Ferri, Santoro-Passarelli, Calamandrei, in una parola alla tesi che diverrà dominante.

« Il bilancio dei venti anni trascorsi — è sempre il lucido sguardo del giovane Miele che ci guida — registra un preoccupante passivo nell'approfondimento di quei valori umani che stanno alla base della scienza del diritto, anche se la tecnica giuridica segna notevoli progressi. I giuristi appaiono piuttosto protesi a realizzare la volontà del legislatore e sembrano poco solleciti di quelle certezze, che rappresentano altrettante conquiste durevoli dello spirito. V'è, sì, un esiguo manipolo che per fanatismo o servilismo alle idee dominanti tenta di elevarle a sostanza del fenomeno giuridico, proclamando la necessità di una « nuova dogmatica »: ma, di fronte ad essi sta la folla degli altri che sembra attratta da ragioni pratiche o costruisce una scienza astratta senza interessi umani, *quando — ma non spesso — per esigenze di difesa*, quando per il suo modo particolare di concepire la scienza giuridica ». Il bilancio finale — quel che più conta, stilato certamente 'a caldo', ma appunto quando la passione civile (per il su ricordato e sperato « nuovo assetto sociale »), lungi dall'essere ormai svanita, sembra ancora poter informare una tecnica giuridica mai ripudiata nella sua essenzialità — è dunque ben diverso e meno conciliativo rispetto a quello che si affermerà sostanzialmente per i due ordini di ragioni che cercheremo di indicare più avanti. Ascoltiamolo ancora dalla viva (passione e) voce del Nostro: « Essendosi spossessata di ogni sua vitale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanza a favore di una volontà onnipotente e arbitraria, la dottrina si trovò impotente a reagire in modo attivo *e solo tentò nei vari casi di opporre l'inerzia del suo peso. Ma non è con questa tattica che si vincono le guerre, né essa, d'altronde, fu unanime come sarebbe stato necessario per farne uscire effetti di una certa importanza* ». Chè, al contrario, bisogna avere il coraggio di riconoscere ad alta voce come « ... chi a suo tempo espose con rigorosa 'obiettività' le istituzioni della tirannide ed oggi si accinge con non meno rigorosa obbiettività a esporre quelle della nascente libertà rischia facilmente di cadere sotto un simile giudizio, poco favorevole in verità, per cui potrebbe esser tacciato di eccessiva disinvoltura o di una certa agilità nell'adattarsi così prontamente alle circostanze: né tutto il torto sarebbe dalla parte del pubblico ». In conclusione vi sarebbe da affermare senza ombra di infingimenti l'omogeneità non tanto sotterranea tra la ragnatela sia pur sistematica di astratte geometrie tecniche e quel « processo di entificazione della legge » che ben era conosciuto « giacché appartiene a un passato non troppo remoto: *e sappiamo anche quanto fu breve il passo da una simile concezione, diretta filiazione dello stato borghese senza ideali, a quella dello stato fascista* » (24).

In verità si sarebbe potuto sin da allora convenire, ad una più spassionata e ravvicinata disamina, che la schematica dicotomia pugliattiana avrebbe potuto forse esser utile a situare (eppure sempre con qualche non irrilevante insoddisfazione), da un lato, figure

(24) L'articolo del quale abbiamo restituito larghi stralci, non da ultimo perché ci è sembrato intessuto di intuizioni, non soltanto assolutamente sintomatiche di quell'« altra » strada — sempre in una prospettiva di democratizzazione del diritto, ma meno conservatrice di quella frutto della (noventiana bancarotta della) interpretazione 'azionistica' — che il processo di rielaborazione dell'esperienza giuridica fascista in un ottica post-bellico resistenziale poteva aprire, ma altresì di coinvolgente interesse attuale (in relazione al dibattito inaugurato dall'introduzione, da parte di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., passim, della categoria di « assolutismo giuridico ») si trova in quello straordinario numero del 1945, sul quale dovremo tornare a più riprese, della Rivista fondata da Sraffa e Vivante e all'epoca diretta da Mossa e Valeri, cfr. G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale*, vol. XLIII (1945), parte prima, pp. 103-111. Vale la pena di ricordare, e non solo per meglio 'entrare' nel clima dell'epoca, che Miele aveva voluto dedicare il suo lavoro: « Alle giovani vite di Rurik Spolidoro e di Francesco Pinardi, studenti di diritto nell'Università di Pisa, caduti per un ideale di grandezza umana e civile ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quali quelle di un Vittorio Scialoja, di un Mariano D'Amelio (25) o

(25) M. D'Amelio, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, in *« Nuova Antologia »,* ottava serie, marzo-aprile 1937-XV, vol. CCCXC, fascicolo 1560-16 marzo 1937, laddove, per inciso, l'importante passo riprodotto in parte anche da C. Salvi, *La giusprivatistica*, cit., p. 249, può essere meglio inteso se lo si ricolloca nel contesto della polemica su duplice fronte che l'autore andava svolgendo: « Mentre tante menti e tanti organismi sono intenti a tanto vasto lavoro, ed una forza operosa li affatica, non si può dissimulare l'accennarsi timido, ma tenace, di una tendenza contraria alla codificazione. Chi ne siano gli esponenti e da quali ragioni ideali o pratiche indotti ad agire contro l'attività riformatrice, non è il caso di indagare. Basta accertare l'esistenza di una corrente in questo senso. Bisogna distinguere fra i suoi sostenitori. I più moderati, l'ala destra, non affermano che bisogna abbandonare l'opera, ma ritardarne il ritmo, procedere più lentamente, per lasciare il tempo alla dottrina fascista di evolversi ed affermarsi; *aspettare che si compia la riforma costituzionale* [sottolineatura nostra], poiché non sappiamo quanto essa possa agire anche sugli istituti di diritto privato; per esempio sul regime della proprietà privata, sull'ordinamento delle persone giuridiche, ecc. I più avanzati, l'estrema sinistra, vanno oltre e affermano che i codici non solo non debbono rinnovarsi, ma debbono sparire, per dar luogo ad una breve e chiara ed elastica serie di norme, tipo Carta del Lavoro, dalla quale giudici e amministratori trarrebbero ispirazione e guida nel loro ufficio. Essi affermano che codesta è la vocazione del secolo fascista. L'espressione di savignyniana memoria è giustificata per un ordine di idee affatto diverso da quello che ispirarono il *Vom Beruf unserer Zeit [für;* manca nel testo] *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Non più il pericolo della cristallizzazione del pensiero giuridico, dell'impedimento all'evoluzione, della sopraffazione del diritto legale su quello spontaneo del popolo ecc.; ma la necessità di lasciare al Regime fascista e al suo Capo la possibilità di regolare la vita giuridica del paese con un'azione più diretta e più agile e di fare della giurisprudenza un'emanazione della coscienza giuridica del momento, non un'applicazione quasi meccanica di una norma obiettiva e astratta. Se una dottrina simile dovesse prevalere, non si tornerebbe ad un diritto libero, uso Kantarowich [così nel testo], o al diritto comune; ma, per usare una frase del giorno, *ad un diritto controllato* [sottolineatura nostra]. La sparizione o la contrazione dei codici influirebbe grandemente sulla nostra vita giuridica, e, in special modo, su quella forense; non tanto perché non si avrebbe più la sicurezza del diritto, *quo utimur,* la sicurezza che si afferma essere il grande vantaggio dei codici, ma perché tutto l'abito mentale del giudice e dell'avvocato dovrebbe rinnovarsi ». Così, dopo aver individuato una linea 'attendista' di destra — i cui argomenti 'costituzionali' troveremo nuovamente ripetuti, in un contesto in parte simile, nell'immediato dopoguerra — e una, a suo avviso ben più pericolosa, di sinistra, in favore di una radicale messa in questione del vecchio modello tecnico (e quindi anche codicistico: il pensiero non può non correre alle tesi, appunto, di Costamagna o Panunzio), il nostro prosegue, dopo le considerazioni quasi incidentali che subito riferiamo, concentrando i suoi sforzi per tutto il resto dell'articolo contro « gli avanguardisti » del diritto e i mistici « italiani seguaci delle tesi tedesche e schmittiane del « crepuscolo dei codici », del « sistema delle leggi singole », delle « massime direttive » a queste ultime premesse, insomma dei *Führer-prinzipien* e del giudice come parte integrante della *Volksgemeinschaft: « Dell'opposizione moderata possiamo non occuparci* [sottolineatura no-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un De Ruggiero ([26]), e, dall'altro, gli apporti di un Costama-

---

stra]. Si tratta di una pura tesi di opportunità. Spetta al Governo di stabilire quando convenga pubblicare i nuovi codici. Nell'ultimo discorso del Trono vi è stata l'augusta affermazione che tutti i codici debbono andare in vigore nel 1940. In tal caso non è dato indugiarsi. Né è buona ragione quella di attendere l'ulteriore evoluzione della dottrina fascista, perché questa è in perenne divenire, dal momento che la Rivoluzione è sempre in atto, e non le si può dire ad un dato momento, come Faust sperava all'attimo fuggente: « Arrestati, sei bella! », per compiere allora il lavoro dei codici. D'altra parte, la dottrina fascista di largo respiro sociale e politico, *può agire su alcune parti del codice civile* [sottolineatura nostra], come sui rapporti di lavoro, intesi in largo senso (contratto di lavoro, contratti agrari, assicurazioni contro gli infortuni, ecc.) *e questi sono fuori dei progetti di codici* [sottolineatura nostra; anche qui al nostro non soccorrerà, oggettivamente, la fortuna della previsione]: in parte sul diritto di famiglia, pel quale già i principii sono noti; ma non è da ritenere che possa *molto* [sottolineatura nostra; a far valere ancora il carattere 'molto' ottativo del brano] influire *con idee finora non manifestate* [sottolineatura dell'autore, ma anche in proposito doveva valere il principio *rebus sic stantibus*], sul regolamento di altri istituti, quali i diritti reali, i principii delle obbligazioni, la grande maggioranza dei contratti, i diritti di garanzia, il diritto di successione, ecc. *Per quanto, poi, si attiene alla riforma costituzionale, il Governo è il solo in grado di giudicare se occorra attendere, per dare il passo ai codici; e se esso insiste perché questi siano approvati con vigile sollecitudine, vuol dire che non scorge grande connessione fra l'una e gli altri* [sottolineatura nostra; solo a richiamare il valore delle considerazioni su esposte da Miele proprio in relazione alla abdicazione dinnanzi all'onnipotenza del legislatore da parte di certo tecnicismo giuridico]. Ben altra importanza ha la teoria estremista, la quale finisce per affermare che il secolo XX non ha, come il secolo XIX, una vocazione per i codici… » (ivi, pp. 164-167). Per un giudizio interessante, e largamente condivisibile anche se proiettato, come cercheremo di vedere, sui giuristi di analoga impostazione ideale, relativo all'atteggiamento in prima battuta « cautissimo » del nostro verso il regime, come Jemolo suggeriva dovuto, anche in contrapposizione alle posizioni laicistico-nazionalistiche di un Rocco, alla sua matrice culturale cattolica e conservatrice, e alla sua non condivisione, alla svolta del secolo, di « quell'avversione montante verso il regime parlamentare », verso il « parlamentarismo imbelle » — cfr. invece infra, nel testo, la diversa posizione di un Santoro-Passarelli — ma poi, proprio in relazione alla sua partecipazione alla codificazione, e, in parte, alla sua conseguente influenza sui vertici della magistratura (oltre che presidente della nuova Cassazione unificata, lo fu altresì del Consiglio superiore della Magistratura e della Suprema Corte disciplinare), caratterizzato piuttosto da un aperto sostegno al corporativismo e da « una partecipazione alla dialettica interna del regime, specie nell'opera legislativa » che « certo non si risolse nella difesa di strutture e valori tradizionali », vedi V. CLEMENTE, voce *D'Amelio, Mariano*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, 1986, pp. 310-314.

([26]) Vedi la dura replica bettiana di fronte alla 'indignata meraviglia' del De Ruggiero (« perché — leggi Betti — pretende di vedere in un'opera essenzialmente tecnica e strettamente giuridica un prodotto politico ») in relazione alla critica mossa dal primo esplicitamente in nome degli « ideali del fascismo » al progetto italo-francese in E. BETTI, *Il Quarto Libro nel progetto del codice civile italiano*, in *Rivista del diritto*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gna (27) o di un Panunzio (28); ma che ad essa non potevano non

commerciale, vol. XXXVI (1938), parte prima, pp. 537-570, 551. È interessante notare come Betti, nella stigmatizzazione del « giurista politicamente agnostico », prenda una posizione in principio apparentemente assai cauta rispetto alle 'intemperanze' della dottrina germanica (basate su di una « nuova Weltanschauung fondata su codesta impostazione biologica, in fondo antistorica e in certi suoi motivi rinnovatrice della concezione naturalistica rousseauiana » , ovvero su di « un materialismo biologico, essenzialmente antireligioso », e « non del tutto immune dalle concezioni socialistiche della democrazia »; ivi, pp. 562-563), e quindi sembri trovarsi su una linea d'onda non dissimile da quella di un D'Amelio, ma poi possa così concludere, in sostanziale 'recupero' di più di una suggestione d'oltralpe promanante: « Con questi rilievi non si vuol punto negare che dalla Germania possano venirci oggi incitamenti produttivi e punti di vista atti a trasportare i problemi del diritto sopra un piano più elevato. Tutt'altro! Bene si avverte nella relazione Nipperdey…*che gli istituti fondamentali della proprietà privata e della libertà contrattuale, di associazione e di concorrenza, pur conservati, hanno notevolmente cambiato nei regimi totalitari il significato che avevano nel regime liberale* [sottolineatura nostra]: e ciò sotto l'influenza del principio di responsabilità dei singoli di fronte alla comunità nazionale: lo hanno cambiato nel senso di costituire non già una difesa dei singoli contro il prepotere dello Stato ereditato dal vecchio regime assoluto, bensì il fondamento del vivere civile nell'interesse e per il bene di essa comunità… » (p. 569). Anche un giurista della levatura di Betti è in grado — ponendosi dal punto di vista sincronico — di sottolineare come delle innovazioni legislative fosse, allora, necessario o possibile dare una lettura 'sintetica', e come pertanto, soggiungeremmo noi, una lettura puramente tecnico-analitica rappresentasse già di per sé una operazione, anch'essa 'politica', di estrapolazione dal contesto, di consapevole, o meno, mancato 'rispetto' delle condizioni 'statiche' dell'edificio.

(27) Cfr. almeno C. Costamagna, *Linee del diritto privato del Fascismo*, in *Lo Stato*, anno VIII (1937), fasc. I, pp. 1-32; Id., *Fascismo e codici* (1939), ivi, 1940, pp. 49 ss.; Id., *Das Gesetzbuch der Arbeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 8. Jh., 15 Oktober 1941, pp. 325-326. Su Costamagna l'unica monografia autonoma che ci è nota (in realtà una lunga introduzione alla raccolta antologica di testi che seguono) parte da premesse ideologiche molto 'orientate', per non dire adesive all'universo di discorso dell'autore studiato, cfr. G. Malgieri, *Carlo Costamagna. Dalla caduta dell'« ideale moderno » alla « nuova scienza » dello Stato*, Vibo Valentia, 1981. Indicazioni molto più approfondite e ricche di spunti generalizzabili anche nella nostra ottica si rinvengono nelle analisi di M. Toraldo Di Francia, *Per un corporativismo senza « Corporazioni »: lo « Stato » di Carlo Costamagna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18, (1989), pp. 267-327; di A. Rossi, *Proprietà e codificazione nella rivista « Lo Stato » di Carlo Costamagna*, in *Clio*, XXVI, 1990, pp. 449-482 e di F. Lanchester, *« Dottrina » e politica nell'Università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, in *Lavoro e diritto*, 1994, spec. pp. 59 ss. Ulteriori e utili approfondimenti su Costamagna nel recentissimo e interessante lavoro di Alessia Pedio, *La cultura del totalitarismo imperfetto. Il Dizionario di Politica del Partito nazionale fascista* (1940), Milano, 2000, cap. III. *I fondamenti giuridici del fascismo*, pp. 119-162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfuggire posizioni complesse, talora anche dolorosamente ricche di contraddizioni, che furono proprie ai più interessanti giuristi 'tecnici' di quella lunga e tormentata fase: basterebbe pensare, per non richiamare neppure, per ora, i nomi un po' appartati di Finzi e Mossa o quello, parimenti di difficile collocazione, di Filippo Vassalli, a certi contributi di Francesco Ferrara, Funaioli, Betti, Cesarini Sforza, Carnelutti, o anche dello stesso Santoro Passarelli (29). Ma

(28) Cfr. S. PANUNZIO, *Motivi e metodi della codificazione fascista*, Milano, 1943. Ora nel volume antologico già richiamato si può utilmente rileggere anche ID., *Il problema dei codici e i limiti della codificazione* (da « Lo Stato », dicembre 1936), nonché ID., *I Principi generali del diritto fascista* (dal volume *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista,* a cura della R. Università di Pisa, Pisa, 1940); cfr. S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, cit., rispettivamente pp. 289-303 e pp. 310-346. Da ultimo si è ravvivato l'interesse per questo aspetto dell'opera dell'autore: vedi M. A. CATTANEO, *Sergio Panunzio e la codificazione civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, cit., pp. 445-458; ma soprattutto P. COSTA, *La 'codificazione fascista': osservazioni in margine ad un testo di Panunzio*, in *Diritto privato*, 1996, II, pp. 569-592. Il tema è affrontato, nel quadro più ampio di un'ottima monografia a lui dedicata, anche da S. NISTRI DE ANGELIS, *Sergio Panunzio: quarant'anni di sindacalismo*, Firenze, 1990, pp. 265 ss.

(29) F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in *Archivio di studi corporativi*, vol. XI (1940), pp. 41-58; G. B. FUNAIOLI, *La sanità della stirpe e il matrimonio*, ivi, pp. 251-259; E. BETTI, *Per la riforma del c.c. in materia patrimoniale - fasi di elaborazione e mète da raggiungere - Nota all'Istituto Lombardo di scienze e lettere, Rendiconti Lettere,* vol. LXXIV, 2, 1940-1941, pp. 301 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Il corporativismo come esperienza giuridica,* Milano, 1942; ID., *Proprietà e impresa* (1938) in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, vol. II, Milano 1967: recensendo la prima raccolta richiamata (in *Archivio di studi corporativi*, anno XIII, 1942, pp. 506-507), il giovanissimo Enzo Capaccioli così significativamente si esprimeva: « Senza stare qui ad intrattenersi in un esame sul merito dei vari lavori, è doveroso sottolineare questa coerenza che è resa possibile dal fatto che nella mente del Cesarini c'è un'idea dominante. Questa almeno la nostra impressione. Se poi ci domandiamo qual è questa idea dominante, forse si potrebbe così delineare: convinzione che esistono delle entità che hanno una effettiva vita ed una effettiva autonomia e che non sono l'individuo ma non sono neppure lo Stato; esistenza, conseguentemente, di interessi che pur non essendo né individuali né statali, si manifestano tuttavia concretamente; constatazione che l'essenza del fenomeno corporativo sta in fondo tutta qui: nell'aver istituzionalizzato, cioè nell'aver preso in giuridica considerazione, quelle, di tali entità, che si formano nel campo della vita economica: e non sembra poco ». (su Cesarini cfr. l'importante P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977, 5-6, pp. 1031 ss.); F. CARNELUTTI, *Apologia della corporazione*, estratto da *La Vita Italiana*, Anno XXII-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certamente sarebbe stato ingenuo aspettarsi che l'operatività prima di un siffatto discorso dovesse situarsi, sotto il profilo storiografico, sul piano di (stimolare) una attendibile ed articolata ricostruzione delle coordinate esatte della dislocazione rispetto al regime dei civilisti italiani del tempo — utilizzando con una maggiore approssimazione quelle notazioni topologiche (destra, sinistra, ecc.) che erano sembrate plausibili ad un D'Amelio, che erano forse già allora correnti e comunque probabilmente presenti alla memoria dell'autore. Piuttosto se di una operatività storiografica possiamo e dobbiamo parlare essa ci appare immediatamente connessa al successivo e di nuovo dualisticamente graduato giudizio di valore che il nostro lega alla seconda tendenza. L'averlo sostanzialmente e largamente tenuto per buono infatti, anche nella gerarchizzazione ch'esso introduce tra i due fondamentali compiti che quell'indirizzo avrebbe portato a termine — in una parola, con il ritenere che l'attività 'generale' di autodifesa della scienza concretatasi nell'innalzare una « barriera *formale* » sia stata assai più rilevante dell'aver posto « un freno all'*applicazione* dei nuovi principi e delle nuove norme », visto che, nel primo caso, si sarebbe trattato dell'evidentemente più 'nobile' finalità di « autodifesa della scienza », mentre, nel secondo, soltanto di una « reazione » (significativamente, il nostro non ritiene di far uso del termine 'resistenza') alla *contingenza* legislativa — ha in concreto rappresentato una vera e propria *preclusione* a che determinate domande potessero anche solo essere avanzate e ha fatto sì che, di conseguenza, intere zone problematiche di rilievo, talora non solo preliminare, riguardo alla nostra *quaestio* siano ancor oggi largamente inesplorate; e tanto più lo siano, in realtà, in quanto spesso sembra predominante lo strano effetto psicologico — alla pacifica familiarità con quelle affermazioni in ipotesi connesso — che di cose ben note si tratti. Basterebbe por mente, in prima battuta, alla convinzione latente che la c.d. 'lotta contro il diritto soggettivo' faccia appunto parte di quel bagaglio non amplissimo di nozioni troppo innovatrici, per non dire sterilmente iconoclaste, di chiara matrice nazionalsocialista e come tali capaci forse di suscitare

---

Fascicolo CCLI, Febbraio 1934, Roma, 1934, pp. 1-18; F. SANTORO- PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N. S., Anno VIII, fasc. I, 1933, pp. 54-89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul terreno di casa nostra qualche interesse o qualche dibattito accademico — per i quali tuttavia manchiamo di una ricostruzione puntuale — ma piuttosto inteso a sottolineare l'alterità, ovviamente in senso 'tradizionalistico', della posizione della nostra dottrina dominante, magari in comoda polemica con le tesi di qualche mediocre giurista 'di regime' (30). Eppure se andiamo a rileggere da vicino le pagine della prolusione napoletana al corso di diritto civile con le quali, nel 1940, non altri che Francesco Ferrara cercava di individuare le linee portanti del rinnovamento giuridico ormai in avanzata fase di realizzazione, ci accorgiamo che, nel prendere in qualche modo sul serio la pretesa *totalitaria* dello stato fascista, egli coglieva come aspetto tra i più « suggestivi » del nuovo ordinamento proprio la radicale subordinazione dell'autonomia privata che necessariamente ne derivava: « Si nota così un certo *affievolimento* dei diritti soggettivi, che vengono in certo modo atteggiandosi come interessi legittimi, tutelabili, se e in quanto non osti un interesse pubblico, che deve in ogni caso trionfare. Quale sia l'interesse pubblico, nel caso concreto, determina lo Stato o i suoi organi ». (31). Né vale il credere si tratti di annotazioni isolate o ininfluenti, visto il non ancora perfezionato *iter* legislativo. Significativamente, e proprio due anni dopo, in sede di illustrazione delle linee portanti della codificazione appena ultimata — sede celebre e considerazione tanto più interessante e 'convincente', visto che l'autore, diversamente da qualche altro caso, si sente di riproporla immutata nel 1947 ed ancora nel 1960 — Filippo Vassalli non esita a sposarne senza soverchie remore il sostanziale 'superamento', e ad attribuirne la responsabilità, oltre che ad un 'comune' consenso internazionale

(30) La migliore disamina dedicata al versante tedesco della vicenda è quella di M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988. Per le discussioni italiane, tutte da 'situare' e inquadrare, si possono vedere C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938; F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940; utili indicazioni, anche indirettamente sul 'clima' italiano, nel volume, premiato dalla fondazione Agnelli nel 1939, di G. LO VERDE, *Il nazionalsocialismo: Problema di vita spirituale e sociale contemporanea e La struttura giuridica del terzo Reich*, Palermo, 1941, nonché in F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto* (1943), Milano, 1950, spec. pp. 220 ss. (*La teoria giuridica del nazionalsocialismo*).

(31) F. FERRARA, *Rinnovamento,* cit., pp. 42-43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli studiosi, alla disciplina *integrale* (il termine, allora in voga, com'è del resto noto, muta, non la descrizione del fenomeno) e politica che il codice mira, *nel suo complesso sistematico*, a dare della vita stessa sull'onda di trasformazioni economiche e sociali — « l'economia regolata » — certo già chiaramente profilatesi durante la prima guerra mondiale e approfonditesi nel dopo guerra, ma anche, nel riferirle al « ripensamento » della nuova congiuntura statuale, lette, lucidamente, eppure in modo politicamente ambiguo, sullo sfondo della necessaria predisposizione allo sforzo della nuova guerra « di cui era facile la previsione nell'equilibrio degli ultimi trattati di pace non più stabile di quello dei precedenti che l'Europa ha distillato ogni tanti anni » ([32]): linguaggio nel quale non sarà

([32]) F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in ID., *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, *Studi vari (1942-1955), Milano, 1960,* pp. 604-634; p. 622. Si tratta, com'è ben noto, di un testo che *sviluppa* un discorso pronunciato inizialmente nel maggio del 1942 — all'indomani dell'entrata in vigore del codice, come informa l'autore nell'ultima nota della versione appena richiamata (p. 634, nt. 1), definendolo significativamente anche (cosa forse meritevole di verifica, almeno quanto alle motivazioni) « il solo di carattere *generale* in quella occasione » —, pubblicato allora con il diverso titolo de 'Il nuovo codice civile' sulla *Nuova Antologia* del 1° giugno 1942 (vol. 77, fasc. 1685, pp. 159-167), poi ristampato nell'immediato dopoguerra nella da pochissimo rinata *'Rivista italiana per le scienze giuridiche'* (vol. I, fasc. I., anno 1947, pp. 76 ss.), « con le parti più tecniche allora eliminate ». E, soprattutto, diremmo noi, sottolineando le sue parole, « con l'aggiunta di alcune note » (di se non decisiva certo più che rimarchevole importanza, dobbiamo ancora, a nostra volta, aggiungere), ma anche con piccole modificazioni, nonché con una sintomatica riproposizione di temi — cerchiamo di delibarla per sommi capi nel testo — che se erano perfettamente comprensibili e coerenti al primo contesto, non tanto bene armonizzano, nonostante si sia ritenuto (cfr. C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., pp. 257-258), in pratica accogliendo la giustificazione vassalliana a sua volta economicamente e storicamente più che bisognosa di distinguo (essere la riformulazione delle categorie civilistiche operata *durante* il fascismo semplicemente una risposta conforme al lineamenti « che una diuturna evoluzione del pensiero e della pratica ha ormai fissato nella maggior parte <?> dei paesi civili », posto che « *almeno entro certi limiti* <sottolineatura nostra; quali?, come individuati e quanto rilevanti?>, i procedimenti della politica economica d'ogni paese civile, in un dato ciclo storico, non divergono essenzialmente »: F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, 1933, in ID., *Studi giuridici*, cit., II, pp. 417 e 445, non per caso un testo scritto in un momento nel quale tali tesi coincidevano, certo su di un più elevato livello culturale, con quelle dell'« universalità » della modernizzazione fascista dell'economia e della società); non tanto bene armonizzano, lo ripetiamo, con *« l'unica novità sostanziale »* (così P. GROSSI, *Il 'disagio' di un legislatore*, cit., p. 311, nt. 57) che una rapida collazione delle diverse versioni —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficile sentire riecheggiare i toni di una (anche se storicamente legittima) contestualmente ben orientata polemica 'anti-Versailles'. Il legame indissolubile rispettivamente tra 'economia regolata', codice civile, « subordinazione di tutta la vita economica alle finalità dei complessi politici, con l'assoggettare tutte le iniziative individuali alla direzione dello Stato, *non escluse quelle di ordine demografico e spirituale* » (33), e finalizzazione bellica, ovviamente un po' più palese

---

in modo *assolutamente* significativo, a nostro avviso, ma non conformemente alle tesi ricevute, adesive appunto a quelle stesse di Vassalli — sembra mostrare, ovvero la riflessione *(aggiunta* nella conclusione) postbellica sul carattere non fascista della codificazione alla quale aveva in modo determinante partecipato. L'aggiunta postbellica costruisce, sul punto certo in continuità con le prese di posizione antecedenti (ma proprio queste si tratta altresì di 'rivalutare'), in modo politicamente nuovo la (da Vassalli sempre affermata) 'non contingenza' del codice, cambiandola impercettibilmente di segno, o, se si preferisce, costruendo una continuità strutturale dei problemi affrontati e risolti con il codice tra fascismo e Repubblica, anche sotto il profilo 'costituzionale' (omologia del rapporto con Carta del lavoro/Costituzione repubblicana), in un modo tale da favorire la soluzione tecnica della conservazione 'depurata' del codice (ma pure a questo proposito andrebbe meglio letta la nuova nota 2 di pp. 625-626) e, in ogni caso da forse ribadire, in ultima analisi, la diagnosi noventiana di un atteggiamento culturale troppo restio a mettere in questione le radici profonde di una 'collaborazione'. Tema che ci sembra confermato, al di là della critica esplicita per la 'inopportunità' del riferimento troppo ideologizzante, dalla profonda solidarietà di intenti che emerge su punti decisivi tra Vassalli e Betti; ma di questo più avanti.

(33) Nella versione del 1942 il riferimento compariva tra parentesi e i due termini, per la cronaca, erano disgiunti o legati da un « o »; cfr. F. VASSALLI, *Il nuovo codice civile*, cit., p. 104. Nel testo del dopoguerra la parentesi cade e viene aggiunta la « e », paradossalmente a vieppiù sottolineare quel certo 'suono totalitario' che a nostro avviso la considerazione senza dubbio riveste; a ciò si aggiunga che il discorso complessivamente termina con una riflessione che segnala altresì quali fossero, *de iure condendo*, l'intenzione legislativa e gli obbiettivi massimi, ancora più 'estremi', se possibile, del nostro in materia di diritto patrimoniale, anch'essa dal suono non molto equivocabile rispetto alla scelta di campo (le sottolineature sono ovviamente nostre): « …codesta economia regolata *evidentemente* lascia margini assai limitati alla autonomia privata e di conseguenza conchiude *in limiti assai modesti* il diritto patrimoniale dei privati: del quale la ridotta importanza pratica *contrasta singolarmente* con la doviziosa regolamentazione che *ancora* se ne contiene in *alcune* parti del codice, eredità di una dottrina giuridica formatasi e affinatasi in ordinamenti *politici diversi* » (ivi, p. 622). Qui del tutto esplicitamente il deficit tecnico-dottrinale, al quale il nostro non è del tutto riuscito a far fronte, viene ricondotto — e la ripetizione immutata del testo lo rende implausibile se riferito al nesso politico fascismo/democrazia — ad una formazione di una parte del ceto dei giuristi realizzatasi in un ordinamento *politico* (si noti, insomma, che l'« economia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel testo del '42 (34) che non nella successiva versione, postbellica ma 'continuista', getta indubbiamente una vivida luce, verrebbe fatto di dire quasi 'jüngeriana' nelle sue tonalità, sul senso di marcia dell'accantonamento dell'indubbia « astrazione dell'*homo juridicus* », alla quale « il codice attuale fa subentrare, in più regole, una considerazione *più concreta* dell'uomo, nella varietà delle sue attività: l'operaio, l'artigiano, il commerciante, il professionista, il domestico, l'impiegato » (35). Insomma: « Il codice odierno, prospettando nella

---

regolata », o, quantomeno la sua corretta 'traduzione' giuridica è il frutto tutt'altro che oggettivamente economicistico di una impostazione politica) diverso da quello fascista.

(34) Nel quale si legge questa chiusa — comunque si ritenga sulla sua cogenza, vista l'epoca, 'sintomatica' per i toni scelti — poi non 'integrata' nel testo finale, nonostante il mantenimento in quest'ultimo, come abbiamo visto, di tutte le altre formulazioni di 'legame' dell'esperienza politico/economico-giuridica non solo con la vicenda della prima, ma anche della seconda, 'inevitabile', guerra mondiale: « Il metallo incandescente che fluirà dalla fornace di questa guerra, *in cui tutti i valori umani dovranno trovare la loro revisione,* saggerà le giunture di questa legge che si è apprestata nel tumulto delle armi, e ne costituirà la formidabile prova » (*Il nuovo codice civile*, cit., p. 167).

(35) F. VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 625. Sul clima culturale e linguistico (l'jüngeriano 'operaio' totale, e le altrettanto caratterizzate 'tempeste d'acciaio', per intendersi), più volte adombrato nel testo, cfr. tra gli altri M. SERRA, *La ferita della modernità. Intellettuali, totalitarismo e immagine del nemico*, Bologna, 1992. Va sottolineato, per un corretto riferimento al contesto, che l'impostazione vassalliana, assolutamente estranea ad ogni forma di'personalismo' giuridico, risulta coerente con il movimento, ben inserito nelle dinamiche intellettuali del regime, di apertura di una via verso un 'diritto professionale' di soggetti qualificati e *disciplinati* corporativamente, portatori di interessi privati, nel senso di diversi da quelli pubblici, ma in verità, come rigorosamente si esprimeva un Cesarini Sforza, « più che privati », nel senso di una appartenenza ai singoli come membri di 'categorie' funzionali all'accrescimento della produttività nazionale; dato appunto che si (Vassalli) pensa ad un ordinamento sul tipo dell''economia regolata' dall'alto, costruita, come risulta chiaro dalla citazione del testo, sugli « stati professionali », diventa allora del tutto impraticabile un mantenimento della bipartizione in diritto civile e diritto commerciale (cfr. sul punto dell'emergere di un diritto per 'stati professionali' R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., spec. pp. 204 ss., 209 ss.) e il discorso dell'unificazione diviene anche logicamente necessario: la 'lotta contro il diritto soggettivo' non è casuale, ma necessario presupposto dell'unificazione, che sappiamo bene Vassalli rivendicherà a suo merito precipuo non solo 'a fronte' dei colleghi, ma dello stesso Guardasigilli che voleva invece usurparlo a suoi fini. Anche a questo proposito è assai istruttivo il confronto con il certo antiindividualista, ma tutt'altro che antipersonalista (anche per il suo legame con le correnti social-realiste e giusnaturalistiche non soltanto tedesche; più di una curiosità è la sua propensione dichiarata per il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

famiglia, nel lavoro, nell'impresa le forze motrici della vita civile, nella proprietà, nelle obbligazioni, nelle successioni i momenti della vicenda economica, mira a dare della vita stessa una disciplina integrale, nella quale i diritti subiettivi s'inseriscono come un elemento nel quadro più complesso e assumono quella figura che meglio ne rivela *la riduzione a funzione*. Con che siamo a veder configurata nella legge fondamentale del vivere civile una conce-

---

tolstoismo: « Il nostro pensiero torna con amore allo scrittore russo, apostolo di una giustizia che si proclama con lo stesso nome del suo capolavoro, *Resurrezione*. Allo studio del Sapir, *Dostoiewskej und Tolstoi über Probleme des Rechts*, Tübingen, 1932, ci riferiamo ancora, ed all'esame pregevole che egli fa delle teorie tolstoiane sul diritto ») di Lorenzo Mossa che sottolinea a più riprese invece, con accenti da socialista umanista, come « la lotta per l'elevazione della personalità nel tormentato grembo della società si è a grado a grado affermata », come la spersonalizzazione capitalistica conduca ad una « degenerazione egoistica del diritto » soggettivo, in sé e per sé strumento di socialità, e, soprattutto, come il diritto alla vita, al nome e alla personalità siano appunto da considerare i cardini di una sistematica veramente sociale del diritto privato: « Contro l'individualismo si levano le voci, e noi alziamo la nostra, ma contro il dispotismo e l'egoismo, che non possiamo considerare incancellabili dalla natura umana e ripugnano sempre alla coscienza comune. *Il diritto soggettivo ha attirato nei nostri tempi tante avversioni, perché è stato messo in una al diritto individualista, al diritto egoista.* Un diritto di questo tipo non trova una vita nell'ordinamento che ha *per fine supremo il bene sociale come risultante e causa del bene individuale.* La piena maturità della formula sta in questo, che ogni diritto riconosciuto, tanto più scende nel profondo della sfera individuale, tanto più è sociale e collettivo, tanto più è inalterabile e inviolabile. Non sappiamo noi forse che il più geloso diritto individuale, quello della vita e quello del nome, è il diritto che più interessa la comunità e la società? Non sappiamo che i diritti privati più tutelati sono appunto quelli che affondano le loro radici nell'io della persona (uomo creditore, socio, membro della famiglia) e le bagnano, ad un tempo, nel rosso sangue della società? ». Così L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale* (studio in onore di L. Barassi prima pubblicato, come ce ne informa l'autore, senza autorizzazione, ma in una sede sintomatica quale *Jus*), in *Rivista del diritto commerciale*, XLIII, 1945, pp. 36-75, 45: al testo si accompagna una nota più che chiarificatrice, che fa riferimento, contro « i facili sarcasmi dei nemici, in teoria, del diritto privato » oltre che al Gierke del *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), e, per informazione, alla letteratura tedesca sul tema della 'lotta' contro il diritto soggettivo, allo Stammler autore di *Sozialismus und Cristentum* (1920). Le differenze sono troppo evidenti per oscurarle con commenti superflui: si noterà solo come in un comune fortissimo interesse per l'evoluzione moderna del nesso economia/società/diritto, le 'filosofie' sottostanti — l'oggettivismo dell'uno e il soggettivismo dell'altro — non restino sul piano delle proclamazioni, ma conducano a ben precisi effetti sul piano della dogmatica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del diritto soggettivo che si distacca nettamente da quella che caratterizza i codici dell'ottocento. Costruire tutto il diritto, pubblico e privato, sulla nozione del diritto soggettivo fu l'esaltazione del principio di libertà, il quale ebbe espressione sul terreno giuridico nel dogma della volontà. *Una teoria giuridica ha validità in relazione all'ordinamento rispetto al quale si pone.* Codesta teoria, pur concedendo qualche esagerazione nei suoi espositori, rispecchiava appieno lo stato liberale, che discendeva a sua volta dalle dottrine della scuola del diritto naturale. È meno compatibile con la maggior parte degli ordinamenti politici più recenti ed era già da tempo battuta in breccia dagli studiosi di diversi paesi » (36). L'ar-

(36) *Ibidem*, p. 621. Particolarmente interessante è poi il tenore della insistita ripresa successiva della tematica, sempre nell'ottica, diremmo, di un programma di progressivo accerchiamento e soffocamento, legislativo, amministrativo e giudiziale dell'ideologia liberale rappresentata dal binomio libertà/concorrenza dei diritti individuali, che per una parte sembra ben lontano dalle affermazioni post-belliche sulla extrastatualità del diritto civile o, perlomeno, potrebbe gettare su di esse una luce leggermente diversa: « Il Codice civile cessato e in generale i Codici dell'Ottocento presentavano ancora la disciplina dei rapporti atomistici, tra individui in regime di libera concorrenza, conforme al concetto che l'interesse generale coincida col libero esercizio dei diritti individuali e che il compito della legge sia quello di garantirne l'esercizio concorrente. Questo supposto liberale, *il quale forse faceva troppo credito alle qualità degli uomini*, si è comunque manifestato in pratica *meno adatto alle necessità di governo di grandi masse*, quali presentano gli Stati moderni, *e alle necessità connesse con le tragiche competizioni degli Stati stessi, nel campo dell'economia e della guerra armata.* Il diritto soggettivo figura ancora nel codice: un intero libro, il sesto, ne reca nell'intitolazione la nozione, raggruppando una serie d'istituti attraverso i quali i diritti, particolarmente nei rapporti di ordine patrimoniale, conseguono il loro presidio e la realizzazione in caso di contrasto; *ma lo spirito della legge è mutato*. I fini ai quali l'attività umana si volge e per cui chiede protezione sono *tutti minutamente valutati* dal legislatore e, quando la sua previsione non basti, affidati al *controllo di autorità politiche e giudiziarie*; *la gerarchia dei fini è fissata dalla legge o è da dedursi dai principii fondamentali della Carta del lavoro*. Al criterio del *bonus pater familias* si affianca *e si sovrappone* quello *dell'amministratore pubblico, del giudice, del dirigente sindacale.* (*Il nuovo codice civile*, cit., p. 165). Ora, è bensì vero che nella versione del dopoguerra è aggiunta, subito dopo le parole « o è da dedursi dai principii fondamentali della Carta del lavoro », la frase, o meglio l'inciso, « *per questa parte* non dissimili *dalle ideologie oggi imperanti* e in via di *consacrazione nel nuovo Statuto* ». (*Motivi e caratteri*, cit., p. 623; per poi riprendere, starei per dire senza batter ciglio con l'affiancamento e la sovrapposizione dei criteri, di cui sopra); ma questo inciso a me è sempre suonato 'straordinario': gli storici devono proprio essere stati, per usare una felice espressione di Natalino Irti su cui dovremo tornare (*Una generazione di giuristi*, Milano, 1988, p. 16), « generosi o indulgenti », per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gomento siamo adesso costretti, per comprensibili esigenze di economia espositiva, purtroppo a sfumarlo, non senza sottolineare

---

ritenere che un tale, o simili, inserimenti corroborassero le interpretazioni storiograficamente continuiste che queste minime correzioni di rotta, appunto, intendevano supportare, senza darsi la pena di 'analizzare' il suono che il vecchio contesto così impercettibilmente, ma sintomaticamente modificato, manda nel nuovo contesto — mi si passi la ripetizione — storico-politico. Sarà forse eccessivo il notare, intanto, che vi traspare uno scarsissimo, per non insinuare nullo, entusiasmo per quelle che — se si pensa al momento e a ciò che stava a significare per chi attivamente vi aveva partecipato, o anche passivamente provasse una qualche 'empatia' — sono con distacco molto netto definite soltanto « ideologie oggi imperanti » e che anche gli sforzi e la possibile (e in parte successivamente reale) importanza della attività di rottura costituente sono indicati, stranamente, viste le parole che immediatamente seguivano, e che nel nuovo testo ancora seguono, pur se separate da asterischi ad indicare un diverso capoverso (cfr. rispettivamente le pp. 165 e 623 e vedi infra, nel testo, sub nt. 60), con scarsissimo rilievo. Ma è soprattutto l'assoluta sottovalutazione, persistente e ancor più lampante perché immutata dopo tutti i dolorosi (eppure anche giuridicamente tutt'altro che irrilevanti) eventi intercorsi, del ruolo della persona e dell'affermazione dei diritti individuali — di quei fondamentali diritti appunto con i quali non per caso la Costituzione (non un « nuovo Statuto ») deciderà di aprirsi — nell'ambito dell'ordinamento giuridico privatistico; quel tono di pessimismo o scetticismo 'tragico', quasi nietzscheano o jüngeriano, la registrazione se non impassibile neanche critica della finalizzazione del governo delle grandi masse — e perciò anche delle architetture in apparenza più ad esse estranee (ma non in una visione 'totale'), quelle privatistiche — alle esigenze bellicistiche (necessariamente) sovrastanti degli Stati-Potenza, l'adesione alle istanze di controllo e gerarchizzazione dall'alto di « tutti » i fini dell'attività umana (compresi ancora, lo si noti, quelli relativi allo sviluppo « demografico o spirituale »); tutto ciò — con qualche forse eccessiva impassibilità, ma significativamente, se ricordiamo il nostro esordio noventiano, legittimato richiamandosi ai « paesi di corrispondente *cultura* » (*Motivi e caratteri*, p. 622, nt. 2: non vale la pena ricordare quali fossero, nel 1942, quei paesi giuridicamente ed economicamente allineati) — pare possa apparire compatibile, anche se lo leggiamo con la visuale del tempo, forse con una diagnosi ancora legata ai canoni della 'rivoluzione conservatrice', ma con molta difficoltà ad una sua aproblematica riproposizione nel clima della democrazia postbellica. O almeno, la diagnosi nella sua (im)parzialità andrà meglio analizzata riconducedola alla sua funzionalità storico-contingente. Un criterio potrebbe essere quello, cui accenneremo nel testo, di individuare il senso di marcia di questa postulata continuità, nell'aver assunto la propria precedente adesione al corporativismo come 'modernizzazione' a vettore plausibile e riproponibile (come attenzione al diritto dell'economia, adesso, tout court) di una 'prosecuzione', senza (auto) critica e presa di distanza dai vicoli ciechi, di quella modernizzazione, in qualche modo 'decontestualizzandola' dalla sua radice politica. Ma coloro che, come Finzi o Mossa, sia pur da prospettive diverse, già durante il fascismo avevano tentato la rischiosa operazione di separare corporativismo e adesione politica ai suoi presupposti, nel dopoguerra partiranno invece, del tutto logicamente, proprio da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come i suggerimenti vassalliani già indicassero in esso un *leit-motiv,* un *carattere* 'impresso' nel codice, nel suo andamento sistematico e « in più regole » (37) che si tratterebbe di individuare con completezza, rileggere appieno sullo sfondo di questa tematica coeva, sì da saggiarne anche in concreto coerenza e portata; ma non possiamo tralasciare di aggiungere che tale rilettura dovrà forse fare i conti nuovamente, come pietra di paragone, come sicura indicazione dell'itinerario d'indagine e del suo senso riposto, con l'acuto e sinora trascurato sguardo che già in precedenza ci ha accompagnato: « A quanti travestimenti abbiamo assistito in quel periodo! Sul terreno del diritto pubblico tutti ricorderanno gli sforzi per adattare lo istituto della rappresentanza politica a fenomeni che soltanto il partito preso o l'abito formalistico poteva costringere entro quello schema; o gli sforzi per tenere in vita l'istituto dell'autarchia, quando di questa non restava più che il nome, finché una circolare ministeriale impose di sopprimere anche questo vestigio. E la lotta contro il diritto soggettivo, *der Kampf wider das subjektive Recht,* condotta dalla classe dominante con poco successo esteriore, *ma con intima virtù distruttrice* » (38).

Proprio lo iato, il dislivello, tra la forma spesso — ma, appunto, non sempre — povera o rozza della dichiarazione propagandistica

---

quella inevitabile critica, appunto non restando 'economicisticamente' impermeabili alle mutate condizioni politiche, come se esse fossero irrilevanti epifenomeni di una realtà degli stati e dell'economia 'moderni' ormai da tempo irreversibilmente acquisita.

(37) *Ibidem*, p. 625.

(38) G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., p. 106; il testo, prima di riallacciarsi al giudizio complessivo che ormai ben conosciamo su quel tipo di scienza giuridica, che tendeva, « obiettivamente », ovvero mantenendo l'« obiettività », a non separare le proprie responsabilità dalla politica giuridico-culturale del regime, conclude in modo assai interessante l'elenco dei 'travestimenti': « E lo stato, circonfuso con tutti gli attributi di una divinità, enfiato, pletorico, ma terribilmente vuoto entro le sue colossali dimensioni, perché scisso senza rimedio dalla massa dei suoi cittadini e con questi in perpetuo dualismo. E l'ordinamento giuridico ridotto a pura espressione del volere statale, anche in quelle supreme manifestazioni di esso che sono i principi generali ». Ed, infine, una notazione che, vista l'assoluta rarità del suo ricorrere, merita, pure nella sua radicalità, una menzione in prospettiva di 'comparazione': « Allorché, nella migliore delle ipotesi, il giurista si riparò dietro lo schermo del suo formalismo, *il pubblico non seppe trarne gli ammaestramenti che doveva e rimase egualmente disorientato*. Non vi furono dei martiri, tranne pochissimi, che insegnassero agli altri la via con il loro sacrificio ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle parole d'ordine giuridiche del regime e, ciò nonostante, l'eventuale modalità *dislocata* della loro effettiva influenza *trasversale*, non limitata alle talora troppo comode o fantomatiche 'teste di turco' (leggi i 'giuristi del regime') rappresenta forse l'individuazione, delicata ma percorribile, di un terreno di indagine che può rivelarsi, per riprendere una qualificazione già udita, 'suggestivo'. Se infatti, come secondo esempio, facciamo un breve accenno, a partire da questo canone, alla nota questione del dibattito sui principi generali, ci potremo accorgere che la riflessione storiografica più avvertita (39) ne ha benissimo illuminato il percorso — a partire dalle radici nella legislazione di guerra e dall'insorgere del dialogo attorno agli anni venti — per poi, com'era giusto, concentrare l'attenzione sul rilevantissimo Convegno di studio organizzato nella primavera del 1940 dalla Facoltà giuridica pisana e da « uno dei centri culturali più vivaci del regime fascista », ovvero dalla 'Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative', con l'originaria finalità, appunto più che « discutibile », di offrire una sponda scientifica alla soluzione che sul punto il ministro guardasigilli Grandi aveva divisato e che prelude non già alla desiderata (dalla sinistra 'panunziana') 'codificazione' di un complesso, creato *ad hoc*, di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, ma ad una scelta 'mediatrice', la legge del 1941 sul valore giuridico della Carta del Lavoro, con la conseguente 'legatura' a quello che sarà l'art. 12 delle preleggi. Quella scelta, fors'anco solo apparentemente compromissoria e moderata, emergerebbe comunque con miglior rilevo e plasticità se potesse essere raccordata all'intero, o in ogni caso ad un più ampio, contesto discorsivo, che si facesse carico di lumeggiare quale fosse l'intensità e la diffusione, anche in periodi più risalenti, di letture dottrinali, per così dire, 'precorritrici', cioè, tra l'altro, che giungessero a simili obbiettivi per vie 'interpretative' anche alternative. Potremmo così incontrare, già nel 1933, la presa di posizione di un Santoro-

(39) Sul punto vedi almeno P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), pp. 367-495, spec. pp. 429 ss. e letteratura ivi richiamata, nonché M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione, e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, pp. 64 ss. e adesso le osservazioni di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana,* cit., pp. 134 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Passarelli, collegata appunto alla riflessione su quelli che, con metafora felice ripresa da Vittorio Polacco, chiama gli *organi respiratori* della codificazione (40). Ma l'interesse non è tanto, o non solo, da ravvisare nella peculiarità della tesi sostenuta sul punto, in polemica, tra l'altro, con l'impostazione di Vassalli; il nostro infatti, dopo aver annoverato « principalissimo fra tali organi il richiamo ai principi generali del diritto, per cui si rende possibile, nei casi non regolati, né direttamente, né per analogia da una norma, un ricambio interno di tutto il diritto formale e non formale », recisamente ritiene di dover restare fermo « alla dottrina ormai tradizionale che intende quei principi come principi del diritto vigente », senza poter, pertanto, accedere alla vassalliana fuga in avanti, secondo la quale « il processo indicato avverrebbe non nel solo ambito del nostro diritto positivo, ma in quello più vasto del diritto in genere, oltre i limiti di tempo e di spazio del nostro ordinamento giuridico ». È piuttosto da ricercare sul piano delle due precisazioni aggiuntive che ci restituiscono il senso concreto della scelta nel contesto storico 'contingente'; esse lo vedono pienamente solidale con un altro giurista 'tradizionale': e, di nuovo, non tanto della prima, che lo trovava certamente in ulteriore buona e nutrita compagnia, volta com'è a precisare che « come tali debbano pure intendersi quelli non ricavati per astrazione dalle singole disposizioni di legge, ma storicamente determinati, come principi di anteriori ordinamenti positivi o anche di diritto naturale, informatori dell'ordinamento vigente » (41). Fin qui, in questa sorta di confessione di un giusnaturalismo, in apparenza non in contraddizione con il diritto positivo, dato che anzi lo 'informerebbe' di sé, potrebbe essere in questione solo una apprezzabile sensibilità e attenzione per l'elasticità e storicità dell'agire del giurista e per la 'natura delle cose', conformemente del resto alle originarie radici culturali dell'autore; ma dove l'argomentazione si fa veramente stringente e partecipata è nell'affermazione immediatamente successiva della tesi secondo cui *già fin d'ora* quell'importan-

(40) F. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, Prolusione al Corso di diritto civile, letta nella R. Università di Padova il 12 gennaio 1933, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n.s., anno VIII, fasc. I, gennaio-marzo 1933, pp. 54-89.

(41) *Ibid.*, p. 59; l'autore si riferisce a F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1931, p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tissimo organo respiratorio abbia visto l'*inclusione* dei principi della Carta del Lavoro: « Del pari esatta e vigorosamente dimostrata trovo l'altra tesi del Donati che i principi fondamentali di diritto corporativo, quelli formulati nella Carta del Lavoro, siano stati in realtà dalla legge costituzionale del 13 dicembre 1928, n. 2832, la quale impone al Governo il dovere di assumere i principi stessi a principi informatori dell'attività legislativa delegata, implicitamente riconosciuti quali principi informatori di tutta l'attività legislativa, poiché sarebbe assurdo pensare che essi valgano come tali per l'attività legislativa delegata e non per l'attività legislativa ordinaria, e perciò si richieda il procedimento proprio delle leggi costituzionali per le proposte di legge che contrastino a quei principi » (42). Va tuttavia sottolineato che il civilista non si limita qui a recepire passivamente l'*iter* argomentativo del collega pubblicista e teorico generale, che certo lo porta un bel pezzo avanti sulla strada che gli sta a cuore, ma sul punto chiave esplicitamente ne abbandona la residua cautela; Donato Donati si era arrestato al riconoscimento del loro valore per l'attività legislativa ordinaria, però aveva limitativamente aggiunto « nella materia del lavoro »: ma per Santoro-Passarelli, invece, in esplicita contrapposizione con il suo ispiratore, « la Carta del lavoro, per la generalità di taluni suoi principi, investe…*tutto l'ordinamento giuridico* » (43). Non solo. Lo sforzo ricostruttivo va oltre; si tratta di scongiurare un loro riconoscimento soltanto 'programmatico', per la legislazione *futura,* essi sono, e sono *tutti*, e non già soltanto quelli che hanno trovato una attuazione in singole norme — e qui, significativamente, viene ritrovato l'accordo col Vassalli studioso del nuovo diritto di proprietà e patrimoniale — principi generali del diritto *vigente:* « Però, se tutto ciò è esatto, se le proposte di legge che tocchino i principi della Carta del lavoro debbono, dopo la ricordata legge costituzionale del 1928, seguire il procedimento delle leggi costituzionali, se gli eventuali provvedimenti legislativi contrastanti debbono, in mancanza di tale provvedimento considerarsi

(42) *Ibid.* Santoro-Passarelli, oltre a dialogare con il Donato Donati del celebre, ma più risalente, 'Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico' (Milano, 1910), richiama l'attualissimo *L'efficacia costituzionale della Carta del lavoro*, apparso l'anno precedente negli *Studi per Cammeo* (Padova, 1932).

(43) *Ibid.*, p. 59, nt. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viziati d'incostituzionalità, *a me pare che tali principii non possano considerarsi soltanto principii informatori della futura legislazione, sì anche, in virtù della recezione operata dalla legge del 1928, principi generali di diritto positivo vigente. È vero che essi non sono ricavati per astrazione da singole norme di diritto positivo, ma questo procedimento, come il Donati ammette per i principii tradizionali, non è il solo. Qui, in un certo senso, il procedimento è opposto: non i principi debbono astrarsi, ad opera dell'interprete dalle norme, ma il legislatore deduce alle più diverse applicazioni i principi della Carta del lavoro, già posti come principi di diritto positivo* » (44). E tuttavia l'*iter* argomentativo del nostro, tutt'altro che pago del certo non irrilevante risultato al quale è pervenuto in tema di rimodellamento della nozione stessa di principi generali, è inoltre in maniera assai esplicita intenzionato al raggiungimento di altri due interessantissimi risultati; in primo luogo la constatazione che il globale assetto del diritto privato — e *in primis* tutto il diritto patrimoniale, tesi all'epoca del resto largamente condivisa e poi soggetta, nel più generale quadro che cerchiamo di delineare, ad uno specifico processo di rimozione — è già permeato dei principi cari al regime, non solo, ma che ciò dimostra *ad abundantiam* che lo strumento codice (liberale) non è 'per natura' un impedimento alle politiche globali da quello perseguite: « Orbene, se fra i principi generali, cui si richiama l'art. 3 disp. prel., debbono oggi annoverarsi anche tutti i principi enunciati nella Carta del lavoro, e non soltanto quelli già attuati da singole disposizioni di legge, è chiaro come quest'organo respiratorio *abbia funzionato a dovere anche rispetto al diritto privato, in ispecie rispetto al diritto civile, e non già limitatamente al diritto del lavoro, ma in relazione a tutto l'assetto della nostra branca.* Nella Carta del lavoro vi sono dichiarazioni, come specialmente la prima, la settima e la nona, le quali — è stato già notato — investono quanto meno *tutto il diritto patrimoniale.* Quale profonda evoluzione del diritto privato e quale efficace risposta all'accusa di immobilizzazione del diritto, fatta al codice! Questo ha potuto rimanere formalmente immutato e il diritto in esso codificato, per quell'intima virtù di espansione e di adattamento, propria del codice, far tanto cammino! Nell'antica e solenne architettura del codice hanno potuto trovare posto, senza

(44) *Ibid.*, p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficoltà, i principi caratteristici della nuova concezione sociale *e politica,* che si è affermata in Italia » (45). A questo punto ci si potrebbe attendere, specie in forza della più volte storicamente invocata funzione di kat'echon della civilistica 'tecnica' e anche della palese inclinazione intellettuale passarelliana alla salvaguardia di due dei dogmi « cardinali del nostro diritto, che si accentrano nel binomio famiglia e proprietà privata », che almeno l'antica e solenne architettura del codice del 1865 potesse essere, appunto, salvaguardata, in forza della sua constatata ('ricostruita') conciliabilità coi 'nuovi dogmi' e principi del regime. Ma, al contrario — e in forza sia di una palese avversione, in parte d'ascendenza polacchiana, per i « malsani parlamentarismi », sia perché, evidentemente, quel 'sacro' binomio inevitabilmente rappresentava la moneta di scambio con il regime anche per gli esponenti moderati del ceto dei giuristi in consapevole 'rappresentanza d'interessi' e troppo permeati da un insuperabile positivismo legislativo 'di fondo' — proprio 'l'intima virtù d'espansione 'ed 'il funzionamento a dovere', *già realizzatosi*, è bene ricordarlo, dei nuovi principi, risulta, forse paradossalmente, la premessa *necessaria* della nuova codificazione che il regime ha 'diritto' di darsi, e che, appunto ambiguamente, il giurista consiglia non sia troppo 'sommovitrice' degli istituti a lui cari, contemporaneamente però lontana dalle « aberrazioni dell'ideologia liberale », nonché dalla « pura illusione » che « la tendenza, tuttavia in Italia assai autorevolmente rappresentata, a codificazioni uniformi per più Stati » possa « contribuire alla formazione di un nuovo diritto comune europeo », in tesi troppo lontano dall'*italianità* dell'attuale realtà sociale e politica: « Il nuovo codice civile, a cui si è posto mano con quel nobile fervore legislativo, *che è curiosamente ignoto al parlamentarismo,* ha oggi *tuttavia una propria ragion d'essere: esso deve essere permeato in tutti i suoi istituti di quel nuovo spirito, di quei nuovi principi, cui dianzi si accennava. È quanto basta per legittimare la sostituzione di un nuovo codice a quello vigente, per elastico e progressivo che questo si sia mostrato nelle sue semplici, ma duttili linee:* l'interprete e il giudice, anche ricorrendo ai metodi più arditi d'interpretazione, *non possono dedurre le nuove concezioni a tutte le applicazioni di cui esse sono suscettibili, a quel completo e*

(45) *Ibid.*, pp. 60-61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uniforme assetto che al diritto può essere conferito soltanto dal legislatore. *Perché il codice civile resti a documentare all'avvenire che il nostro ordinamento sociale e politico presente doveva e poteva costruirsi anche un suo diritto privato,* non è punto necessario sommuovere gli istituti della famiglia, della proprietà, del contratto, della successione. Un simile codice civile non avrebbe anzi oggidì uno stampo suo proprio. *È necessario* e sufficiente *che il nuovo legislatore civile*, nel dettare le sue norme, *sia intento a quei nessi che legano tutti i vari aspetti del diritto che è unico*, all'attuale realtà sociale e politica *nostra*, alle tendenze della dottrina *e più della giurisprudenza,* che vive a quotidiano contatto della vita, seguendone le trasformazioni e a queste possibilmente adeguandosi » (46). A

(46) *Ibid.*, pp. 62-63. L'unica, ma significativa, sottolineatura che nel testo è dovuta direttamente all'autore, è quel « nostra ». Può essere di qualche interesse — anche in relazione al riemergere quasi da 'scrittura automatica' di una tale avversione, seppur non così esplicita in un passo di Giuseppe Ferri che citeremo infra sub nt. 90, nonché, ci pare di poter affermare, anche al fondo delle tesi vassalliane sull'ineluttabilità strutturale di certi mutamenti e della loro traduzione politica — di mettere, per così dire, in 'frizione' due testi. Il primo, appunto, è quello in cui Santoro-Passarelli dà conto dell'equivalente, condivisa e risalente diffidenza antiparlamentare del suo 'modello': « Già nel 1889, nella sua memoria *Il diritto romano nel progetto di codice civile germanico*, in *Opere minori, I,* pag. 4, il Polacco adduceva l'esempio della codificazione germanica e del movimento dottrinale da essa suscitato come una riprova di serietà e vigoria intellettuale e lamentava i « malsani parlamentarismi, che fruttano l'indifferenza per tutto ciò che non sa di politica, l'apatia di fronte alle questioni che toccano veramente gli interessi più sacri e vitali di un popolo » (loc. cit., p. 62, nt. 2). Il secondo è un passo molto lucido di Amendola, il quale pur non cogliendo, a nostro avviso, in radice l''essenza', in 'positivo', del fenomeno fascista, indica con precisione gli elementi negativi della piattaforma ideologica comune che spinsero all'adesione larghi e a tutta prima 'insospettabili' (due soli, contraddittori esempi: intellettuali di provenienza mazziniano-risorgimentale, talora profondamente anticlericali, da un lato, e dall'altro, personalità provenienti da una formazione cattolica) settori del ceto intellettuale: « *a*) esaltazione acritica della nazione; *b*) richiesta di uno Stato forte; *c*) difesa dell'ordine costituito (e dei privilegi di classe che esso tutelava); *d*) avversione (se non odio e disprezzo) contro il movimento operaio; *e*) antiparlamentarismo. Ed erano punti », continua Amendola, « che la maggior parte degli intellettuali italiani non duravano fatica ad approvare, perché corrispondevano a loro sincere convinzioni, anche se non tutti li avrebbero formulati con tale cruda perentorietà. Se l'adesione politica al fascismo significava approvazione di questi punti, è da domandarsi non il motivo dell'adesione degli intellettuali al fascismo, ma, piuttosto, come potevano, nella loro maggioranza, non aderire al fascismo ». (G. AMENDOLA, *Intellettuali e fascismo*, in *Fascismo e movimento operaio*, Roma, 1975, p. 49, qui cit. secondo G. SANTOMASSIMO, *Cultura, intellettuali e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo punto ci pare però significativo notare come l'idea di un'« intima » penetrazione dei principi generali della Carta del lavoro assai anticipata rispetto alla sua ufficiale scansione temporale, non dovesse essere estranea neppure ai primissimi interessanti percorsi interpretativi della legge 30 gennaio 1941-XIX n. 14, percorsi scientifici talora anche particolarmente innovativi che potrebbero stare ad indicare — ma qui il condizionale è d'obbligo, d'indizi ed esperimenti fin dal principio era questione — come la pervasività a livello di mentalità dei giuristi (o, se vogliamo riprendere l'intuizione di Miele, « l'intima virtù distruttrice ») delle impostazioni culturali di regime fosse assai più diffusiva e profonda di quanto sinora si sia stati in generale disposti ad ammettere. Così vi poteva essere avanzata e in concreto lo fu la tesi secondo la quale un siffatto processo di 'recezione' doveva avere alla sua base una valutazione realistica del carattere non monistico della nuova organizzazione sociale e giuridica ed essere pertanto letto alla luce della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici. Secondo tale impostazione non l'appartenenza delle norme ad un diverso ordinamento statale, ma la loro intrinseca giuridicità avrebbe reso possibile la recezione in un altro ordinamento, a sua volta indifferentemente sia statale che non statale; per tale via si sarebbe stati in grado di formulare una spiegazione meno formalistica del fenomeno considerato, dato che « nel caso della Carta del Lavoro, già norma giuridica nell'ambito dell'« istituzione » Partito Nazionale Fascista, si sarebbe avuta una vera e propria recezione (materiale) nell'ordinamento giuridico italiano », la quale avrebbe a sua volta condotto ad una conclusione analoga a quella che abbiamo appena visto: « *tutte* le dichiarazioni della Carta sono dei veri e propri principi generali *espressi* dell'ordinamento giuridico italiano », risultando riconfermata la loro funzione sia come guida all'interpretazione e all'applicazione di tutte le norme dell'ordinamento medesimo, sia di direttiva per il suo futuro sviluppo (47).

Ma è proprio su quest'ultimo piano — non per caso, di-

---

fascismo, in AA.VV., *Storia della società italiana*, vol. 22, *La dittatura fascista*, Milano, 1983, pp. 233-258, 239).

(47) Così S. DE SIMONE, *Valore giuridico della Carta del Lavoro secondo la legge 30 gennaio 1941-XIX n. 14*, Roma, 1942 (Pubblicazioni della Facoltà di Scienze politiche della R. Università di Roma); cfr. sul punto l'acuta recensione di E. CAPACCIOLI, in *Archivio di studi corporativi*, anno XIII (1942), pp. 501-503.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

remmo, quello ad avviso del Pugliatti del '50 meno decisivo, quello insomma della sussistenza o meno di una reale attività dottrinal-giurisprudenziale di freno all'applicazione dei nuovi principi e delle nuove norme, sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice — che la lacuna storiografica ci appare più pesante. Le testimonianze sul punto andrebbero accuratamente raccolte e valutate, perché da esse dipende in larga misura la tenuta del canone storiografico che vuole affermare non tanto « che la dottrina giuridica italiana fosse « afascista » o addirittura antifascista », quanto « soltanto l'indisponibilità dei giuristi a collaborare a determinate riforme, proposte da alcune, anche se autorevoli, voci del regime » (48). Ora, così come abbiamo visto in precedenza in relazione a temi di non poco momento, il fronte dell'indisponibilità, ad una prima delibazione, appare anche qui tutt'altro che compatto, e, comunque, non scorre in modo tranquillizzante tra i confini che l'interpretazione dominante aveva voluto segnare. Il problema principale, del resto esplicitamente avvertito da alcune tra le nostre fonti, è forse rappresentato dal fatto che, non solo dal punto di vista storiografico, si tratterebbe tra l'altro, per pennellate successive, di recuperare i nessi talora non più visibili, di restituire dibattiti culturali, influenze, atmosfere, sfumature, atteggiamenti di quella che indubbiamente fu una mentalità (e, perché no, un inconscio) collettiva dei giuristi d'allora, specialmente quando si arrivi a toccare una delle articolazioni chiave del rapporto dottrina/giurisprudenza, la questione dell'*effettività*. Qui l'elemento della gradualità, dell'intima compenetrazione — e quindi degli eventuali 'scarti', delle battute d'arresto, delle accellerazioni e 'rotture' — svolge senza dubbio un ruolo non irrilevante: « Ma un rinnovamento del diritto civile non avviene solo apertamente in base ad espresse disposizioni, ma *inavvertitamente* per via di interpretazione, in quanto leggi antiche vengono interpretate oggi con criteri nuovi, per modo che se ne muta lo spirito nell'applicazione. Infatti nell'attuale vita sociale sono stati lanciati tanti dogmi e principi: basti ricordare il documento fondamentale della Carta del Lavoro, che costituisce una dichiarazione di fede ed un programma di politica legislativa. Certo le disposizioni contenute

(48) R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 15, nt. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella Carta del Lavoro non hanno valore positivo, ma non si può negare che esse siano criteri ispiratori dell'azione dei governanti, della condotta dei cittadini e *dell'applicazione del diritto da parte degli organi giurisdizionali. La trasformazione del diritto avviene mediante saturazione dello spirito del giudice per assorbimento capillare dall'ambiente, per cui egli è indotto a sentire ed applicare il diritto secondo criteri ed impulsi che armonizzano con l'atmosfera politica e sociale, in cui vive.* Si ha così una *non percettibile, ma non meno reale deviazione dalla norma o trasformazione del suo contenuto,* secondo apprezzamenti soggettivi…. Ora tutto ciò contribuisce a determinare un'evoluzione e trasformazione del diritto, che si manifesta specialmente nel caso di dubbi o lacune legislative, in cui il giudice deve ispirarsi ai principi generali dell'ordinamento giuridico, *e quindi oggi ai principi generali dell'ordinamento dello Stato fascista* » (49). È ancora al Ferrara del 1940 che abbiamo dato la parola; altri avremmo potuto scegliere, ma quel che non viene meno è l'evidenza di un processo articolato di valorizzazione dell'attività della giurisprudenza, che trova riscontro non soltanto nell'ambito dell'affermazione dei principi dell'economia corporativa: per quest'ultimo settore una ricerca finalmente in corso sembra mostrare il carattere tutt'altro che marginale del contributo offerto dalla magistratura — e non soltanto dalla Suprema Corte di Cassazione, ma anche dai giudici di merito — al graduale processo di giuridicizzazione della Carta, contributo assai tempestivo (databile già sul finire degli anni venti e nei primissimi trenta), come tale a più riprese lodato anche dalla dottrina, e ruotante attorno alla persuasione che i capisaldi e i principi della nuova struttura economica dello Stato « attengano all'ordine pubblico e costituiscono orientamento di interpretazione del diritto vigente » (50).

(49) F. FERRARA, *Rinnovamento*, cit., p. 44.

(50) Cfr. O. ABBAMONTE, *I giuristi e l'economia corporativa*, cit., pp. 17-18. Un breve accenno, ma a carattere un po' più limitativo e riferito soltanto ad alcune sentenze molto più recenti (e precisamente due del 1939, una del 1940 e una del 1942) lo troviamo anche in R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 203, nt. 70 (« Va ricordato, per completezza di informazione, che già la Suprema corte si stava indirizzando a considerare, almeno nella materia gius-lavoristica, vincolanti le dichiarazioni della carta del lavoro »). Quello della data ad iniziare dalla quale la giurisprudenza assume la posizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Raggiungiamo così il (provvisoriamente) ultimo *punctum dolens* di un'interpretazione che prima di porsi come definitiva acquisizione non si faccia carico del talora defatigante lavorio del dubbio: l'affermazione, cioè, per usare dell'efficace sintesi di chi, nel quadro della ricerca coeva, è stato tra i primi a cercare di 'complicare' il quadro tralatizio, che, una volta data per scontata l'adesione generalizzata al positivismo giuridico 'della certezza del diritto', siano « chiare le ragioni dell'ostilità della dottrina giuridica, ed in particolare di quella privatistica, non soltanto all'idea di « codificare » i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, quanto anche alla utilizzazione nel codice di clausole generali che lasciassero al giudice di decidere quale regolamento dare ad uno specifico caso concreto » (51).

In verità una ricerca esaustiva sull'effettivo atteggiamento complessivo della nostra dottrina e giurisprudenza nei confronti del problema delle clausole generali — di nuovo, antecedente e successivo alla redazione del codice — sarebbe imprescindibile per una risposta realistica e non meramente ottativa, anche dato e non concesso che si possa dubitare che « fare un diritto privato nel quale avessero ampio spazio le clausole generali, che sacrificasse i valori di certezza ed uniformità della disciplina giuridica, fossero veramente gli obbiettivi che il regime fascista si proponeva ». In questo senso di grande interesse sarebbe il tentativo volto a rintracciare i percorsi delle fortune (o delle 'dimenticanze') italiane di un'opera così centrale come quella di J. W. Hedemann sulla c.d. 'fuga nelle clausole generali', soprattutto per la chiarezza con la quale essa circoscriveva i problemi-chiave da affrontare: la necessità e possibilità di delimitare quei concetti rispetto ad altri analoghi (direttive generali o enunciazioni programmatiche fatte dal legislatore, ecc.); il carattere dei limiti introdotti da tali nozioni, del quale veniva appunto sottolineato l'aspetto funzionale (specialmente di limite alla libertà contrattuale); i rapporti reciproci fra più *Generalklauseln;* la loro posizione nel sistema che 'apriva' (o corrispondeva a) zone libere. Alla

descritta è, come è chiaro, un punto della massima delicatezza, che andrebbe chiarito con una ricerca a tappeto, per ricollocare nella giusta luce anche il dibattito sui principi e verificare nei fatti la portata del modello di giudice-'legislatore' durante il regime.

(51) R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 16, nt. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostra dottrina non poteva di sicuro sfuggire — e, l'abbiamo visto, non certo sempre in forma di ripulsa — che « il giudice quando applica questi concetti riunisce in sé, in certo modo, la funzione amministrativa, giudiziaria e legislativa »; appunto perciò sarebbe ben più che una un po' oziosa curiosità erudita il conoscere la sua reazione dinnanzi alla scelta di campo del giurista tedesco, apparentemente compatibile sia con una moderazione politicamente schierata sia con più eversive linee di sviluppo: quest'ultimo auspicava infatti « l'applicazione di questi concetti soltanto in quelle materie in cui l'elemento politico è tanto spiccato ed è in rapporti tanto immediati coll'interesse pubblico da consigliare l'adozione di questi concetti che consentono più facilmente di orientarsi di volta in volta verso le direttive imposte dai supremi interessi politici » (52). Ma tale ricerca non potrebbe dirsi risolta ove l'attenzione si indirizzasse soltanto verso il campo ancora tutto da valutare, eppur per certi versi ovvio sbocco di analisi che intendano restituire l'intreccio culturale di discorde consonanza tra gli intellettuali dei due regimi fascisti (o come si altrimenti si preferisca, con moda recente, 'totalitari'), dei rapporti tra la nostra civilistica e la dottrina germanica. Vorrebbe dire, infatti, trascurare un campo d'indagine meno prevedibile e forse meno pervio, che si ricollega però in modo forse non irrilevante anche al recupero (certamente all'epoca 'tendenzioso') di un tassello utile a ricostruire la genealogia culturale interna al regime di un concetto altamente caratterizzante, in modo esplicito certamente delle impostazioni di un Vassalli, ma, staremmo per dire, anche, più o meno sotterraneamente, di una parte significativa della discussione complessiva: alludiamo alla nozione di 'economia regolata' connessa al governo di « grandi masse ». E il campo in oggetto è quello rappresentato dalla discussione anglo-americana, sulle *rationes decidendi*, sui *legal-standards* e sulla giurisprudenza 'sociologica', inaugurato, com'è noto, tra gli altri, dal Roscoe Pound di « The Administrative application of Legal Standards » (1919), ma

(52) Cfr. M. CABASSI, recensione a HEDEMANN J. W., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, in *Rivista di diritto privato*, vol. V- parte prima, 1935, pp. 82-83. Sulla questione delle clausole generali nel codice del 1942 qualche rapidissimo accenno da ultimo in S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, cit., pp. 9-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che vede variamente protagonisti anche autori della levatura di un Llewellyn, di un Holmes, di un Gray (nonché dei loro 'corrispondenti' europei) e che non a caso ruotava attorno all'opposizione nei confronti della 'mechanichal jurisprudence' e al binomio antitetico 'rule-standard', con la prospettiva, una volta sposatane la seconda dimensione, quella delle 'norme sociali', della realizzazione di un programma di una scienza giuridica integrale aperta ad un permanente contatto con l'economia, la storia, la sociologia; programma che evidentemente si incentrava sull'applicazione giudiziale degli *standards* in quanto garanzia di apertura dell'ordinamento giuridico ad altri sistemi normativi — norme etiche, convenzioni sociali — « que garantizan la osmosis evolutiva de derecho y sociedad » (53). Orbene esistono indizi sufficienti per ritenere — in una appunto con l'interesse e l'attenzione manifestati in certi settori della riflessione giuridica e socio-economica, schierati con le intenzioni e le realizzazioni modernizzatrici del regime, per l'esperienza del *New Deal* roosveltiano e della 'codificazione industriale', ma anche della sua genesi nel *Welfare Capitalism* degli anni 1919-1922 (54) — che la discussione anglo-americana (magari anche per il tramite di mediazioni in particolare germaniche) abbia svolto un qualche ruolo, che andrebbe meglio definito, come modello possibile, trovando talora, proprio nell'ambito della discussione sui codici, 'sponde' dichiaratamente simpatetiche (magari con obbligata e 'ingenua' retorica romanistica), fin nei confronti di creazioni istituzionali in tesi del tutto peculiari al mondo del *common lawyer*: « Egli conosce soltanto, per esperienza pratica, le « *norme sociali* », le valutazioni sociali soggette sempre a cambiamenti… Il giudice — sostengono tutti gli scrittori anglo-americani — deve sempre procedere in

(53) Si possono da ultimo consultare in proposito le intelligenti analisi di C. PETIT, *Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert*, in L. MAYALI, B. DURAND (eds.), *Mèlanges André Gouron*, Robbins Collection, Berkeley-Ca, 2000 (in corso di stampa; colgo l'occasione per ringraziare l'autore e amico per avermene consentito la visione in manoscritto).

(54) Cfr., ad es., M. PIERRO, *L'esperimento Roosevelt e il movimento sociale negli Stati Uniti d'America,* Milano, 1937; dello stesso autore vedi anche *Corso di legislazione comparata del lavoro,* Roma, 1931. Per un quadro generale vedi J.Q. WHITMAN, *Of Corporation, Fascism, and the First New Deal*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35 (1991), pp. 747-778.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

armonia con le norme sociali; e dovrà anche validamente contribuire a dirigere l'evoluzione futura della vita sociale in determinate direzioni. Cosicché i più insigni e moderni pensatori (Holmes, Gray, Kantorowicz, Hermann) assegnano al giudice anche un « *compito fondamentalmente sociologico* »; che gli consente di valutare l'evoluzione, ricercando di « *conciliare la vita con il diritto* »; facendo prevalere i sentimenti della sua coscienza morale di cittadino e di giudice a norme fisse e malsicure. Le grandi correnti del pensiero giuridico americano hanno portato alla creazione, dal 1923, dell'*American Law Institute:* per la esposizione completa del diritto americano, dalle decisioni delle magistrature. Istituto del quale sono membri tutti i magistrati del Tribunale Federale Supremo, i presidenti degli altri tribunali federali e statali importanti, e giuristi di valore, che sommano a circa 700. Queste correnti di pensiero filosofico e giuridico determinano un movimento scientifico, nel campo del diritto, che importa una notevole elevazione della funzione giudiziaria e della figura del giudice. Essa nettamente si collega al Pretore Romano e ricostituisce l'*jus honorarium*; gloria fulgida dell'antica Roma; ammonimento ed esempio all'Italia nostra » (55). Atteggiamento trasversale, si accennava, che potrebbe indurre qualche 'revisione' su eventuali equivalenze strutturali e funzionali — per il solito negate od occultate — rispetto alle esperienze dell'apparentata e innegabilmente, in fatto, molto più estremistica vicenda germanica, ben caratterizzata dalla espressività della formula, coniata da B. Rüthers, di « unbegrenzte Auslegung » (56). Atteggiamento che comunque ritroviamo, approfondito — è facile intenderlo — in direzioni più tecniche, eppure sostanzialmente non contraddittorie, anche in molti interventi posteriori all'entrata in vigore di un codice del quale, del resto, proprio chi poi non riteneva di dover accedere a proposte di radicale accantonamento, non poteva esimersi dal riconoscere — nell'immediatezza e concretezza del suo iniziale funzionamento e con una 'confessione', vista la posizione assunta, di una sincerità tanto più sintomatica, in

(55) Così A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *La civiltà del lavoro nel mondo giuridico: i Codici Mussolini*, Roma, 1936, pp. 46-50.

(56) B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni caso andata successivamente un po' dispersa nelle nebbie dei distinguo difensivi — il carattere marcatissimo di apertura ad una pluralità di figure dell'arbitrio soggettivizzante e di vero e proprio 'scardinamento' in senso social-realistico di alcuni basilari pilastri delle certezze garantite dall'ordinamento giuridico liberal/liberista: « Senonché quale comportamento del privato esigeranno gli organi dello Stato? *Fioriscono nel codice formule incerte e dubbie:* « sentimento nazionale », « esigenze della produzione », « regole di correttezza », « indirizzo della produzione e degli scambi ». *Il privato è posto in partenza nel pericolo di ogni possibile arbitrio.* Che può portare ad estremi rigori o a nessun rigore: *per valutazioni soggettive*. Con che si giunge a deprimere l'individuo o a farlo risorgere nella sua realtà. *Talora poi si attribuiscono al soggetto rapporti che non fonda alcun contegno. Si scardina la classica teoria del negozio giuridico* negando alla volontà il ruolo che le spetta: se ha rilevanza il negozio dell'incapace di intendere e di volere e quello affetto da errore ostativo: per l'affidamento che ne può trarre il destinatario. *Si scardina il concetto del contratto* negando l'esistenza dell'incontro delle volontà: se nell'interesse della famiglia è perfetto un contratto senza bisogno dell'accettazione. In ambo i casi, il soggetto dell'atto è dimenticato a vantaggio di un altro soggetto, non sempre più meritevole di riguardo. *Con che l'individuo emerge per un lato, talora nel senso deteriore, scompare nell'altro* ». Notazioni che, se confermavano, come confermavano, l'alterità del nuovo codice, venivano naturalmente intese in senso assai più positivo negli interventi cui accennavamo, incentrati a valorizzare l'elasticità sociale della 'nuova simbiosi' istituita tra poteri del giudice e codice 'costituzional/complementare'; tra i quali, non ultimo per importanza, uno in particolare meriterà, per gli spunti che offre, che gli sia prestata particolare attenzione in sede di conclusioni; segnaliamo fin da adesso che vogliamo alludere ad una significativa e sinora trascurata presa di posizione, quella di un giurista per null'affatto qualificabile d'iconoclasta come A. Groppali, non per caso icasticamente intitolata: « Echi e riflessi morali nel nuovo Codice civile », e tutta dedicata a chiarire e svolgere quell'osmosi evolutiva tra categorie morali e sociali e nozioni giuridiche, che doveva rappresentare agli occhi dei primissimi, sincronici, 'contemporanei' del codice 'fresco di stampa' uno degli aspetti di maggiore innovazione sia della sua

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struttura, sia del nesso che essa avrebbe potuto andare ad istituire con gli organi e le istanze preposte alla sua 'realizzazione' (57), di

(57) L'intervento per primo ricordato nel testo è dovuto alla penna 'postbellica' — come indica anche il titolo implicitamente, anche se in modo blando, polemico con le prese di posizione di un Mossa o di un Valeri, contenute nello stesso fascicolo della rivista (non ci è chiaro perché R. BONINI, *Dopo il codice civile del 1942*, cit., p. 420, parli di un accodarsi, « con ulteriori sfumature » del nostro ai primi due, laddove « per una semplice revisione » sarebbe stato Betti, vista l'esplicita sua dichiarazione, a p. 27: « Esclusa la riforma totale: possibili revisioni parziali: Sta a decidere quante e quali »; del resto, nel senso qui indicato si era già a suo tempo espresso un acuto lettore come Giuseppe Ferri, nel celebre saggio *Del codice civile, della codificazione, e di altre cose meno commendevoli*, cit. infra sub nt. 87, col. 34, nt. 1) — ma, nonostante il suo attuale schierarsi, appunto, sul nutrito fronte degli avversari dell'abrogazione, non per questo immemore delle primitive impressioni o affermazioni, di G. B. FUNAIOLI, *Il codice del popolo italiano*, in *Rivista del diritto commerciale*, vol. XLIII, (1945), parte prima, pp. 23-31; 28-29. Vedi invece il testo di A. GROPPALI, *Echi e riflessi morali nel nuovo Codice civile*, in *Rassegna Corporativa. Organo della Scuola sindacale di Firenze,* anno XII, serie IV, n. I, gennaio 1943, pp. 1-11 (interessanti informazioni ed analisi sulla cultura delle scuole sindacali — aperte nel 1927 a Napoli, Firenze e Genova, con corsi operativi già dall'inizio del 1928 per le ultime due, poi anche a Torino, Milano, Pavia e Trieste; la rivista succitata nasce nel 1932 sotto la direzione di M. Gambassi e due anni dopo diviene l'organo della locale scuola — e, più in generale, sul ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali fasciste come punto di riferimento per gli esponenti del fascismo 'sociale' vedi l'ottimo G. PARLATO, *La sinistra fascista. Storia di un progetto mancato*, Bologna, 2000, pp. 75-88, che contiene anche (ivi, p. 81 e 84) un indicazione meritevole di approfondimento e ulteriore valutazione, ovvero la presenza come docente nella scuola genovese, voluta dall'economista Corrado Marchi, dall'esperto di diritto sindacale Antonio Uckmar, da Dario Guidi e Giuseppe Landi, presidente confederale negli anni trenta e quaranta del settore bancario e industriale, docente di diritto del lavoro, nonché nel secondo dopoguerra fondatore della CISNAL, la presenza, dicevamo, come docente di diritto privato, almeno negli anni 1930-1931, dello stesso Filippo Vassalli). Cfr. ancora, in modo ondivago, ma alla fine abbastanza caratteristico, D. GRANDI, *Discorso del Ministro guardasigilli alla Commissione delle Assemblee legislative per la riforma dei codici (25 maggio 1940-XVIII)*, in *Il Foro italiano*, vol. LXV (1940) parte quarta, coll. 19-24: « Non sono stato contrario a mantenere un'ingerenza *discrezionale* del giudice nell'ambito del rapporto obbligatorio. Questa ingerenza non fu giudicata favorevolmente da coloro che presero in esame il progetto del 1936, ma è invece a volte necessaria per regolare *situazioni concrete non suscettibili di una precisazione legislativa generale e astratta*; e può in altri casi raffigurarsi come *un intervento dello Stato nel campo riservato all'autonomia della volontà quando* le parti non hanno creduto di usarla, *o non l'hanno usata utilmente o hanno creato un risultato non corrispondente ai fini per cui essa fu consentita* ». Dopo aver ribadito di non potere, in conformità del resto con gli intendimenti del regime, accettare un 'generale' principio d'ingerenza, che avrebbe « distrutto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carattere magistratuale o amministrativo che fossero (58). Così l'osmosi di diritto e società, l'idea — che per solito si tende ad attribuire all'ala 'estremistica' e pannunziana degli avversari della codificazione tecnico-tradizionale, dei sostenitori insomma di una strada poi non percorsa, quella della codificazione 'per principi', generali e portanti, non andando oltre i quali si sarebbe evitato « il blocco dell'esperienza, la fine della 'rivoluzione' » — l'idea, in breve, del codice non come legislazione definitiva, a sé stante e soddisfatta nella sua conclusività, in una parola 'centrale' e chiusa, ma piuttosto

---

le basi stesse della libertà di determinazione », formula però poi i casi 'eccezionali' di quando quell'intervento sull'autonomia diventa auspicabile (e, in tesi, richiedente « una specificazione legislativa dei casi in cui tale intervento può essere attuato », invero non sempre così perspicua), facendo appunto riferimento al fatto piuttosto 'vago' « che il Fascismo [la] nega solo quando contrasta con l'interesse collettivo o quando si attua con abuso dell'iniziativa » (col. 23). Lo stesso Vassalli, intervenendo sul tema, parlerà con assoluta chiarezza di « funzione *del tutto complementare* » del diritto patrimoniale dei privati rispetto alle esigenze dell'economia regolata *amministrativamente o corporativamente*, esigenze da farsi valere anche con una del tutto nuova configurazione attribuita al ruolo del giudice: « È chiaro che nel nuovo quadro della politica economica il diritto patrimoniale dei privati assume una funzione del tutto complementare rispetto al regolamento amministrativo o corporativo dell'economia. In questa configurazione s'inserisce tra i motivi del codice la preoccupazione costante di stabilire un raccordo tra i due momenti, privatistico e pubblicistico, mirando ad assicurare il coordinamento delle attività private, nella *residua sfera* ad esse *eventualmente consentita,* con le attività dei *complessi politici o con le finalità dei medesimi*; s'inseriscono *i vasti poteri attribuiti all'autorità giudiziaria per compiere l'opera del legislatore* nel dosaggio degli interessi in contrasto e per *ricercare il punto di equilibrio in considerazione del quale la tutela dell'interesse privato è accordata*, i frequenti richiami all'*equità, assunta come strumento per la tutela del pubblico interesse:* tipica espressione la revisione del contratto da parte del giudice in caso di lesione e nel caso di sopravvenuta modificazione della ordinaria previsione contrattuale ». (*Motivi e caratteri*, p. 622;sul punto cfr. anche infra, sub nt. 155).

(58) Non solo di 'commercializzazione' del diritto civile — sul punto cfr. da ultimo le importanti riflessioni di G. Levi, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, 1996 — si sarebbe dovuto all'epoca discorrere, ma fors'anche di una certa (almeno parziale) 'amministrativizzazione' (ci si perdoni l'orrenda espressione, per il suo solo pregio, quello di una certa sintesi) del medesimo; cfr. ad es. G. Scherillo, *Affiliazione e adozione*, in *Il Foro Italiano*, vol. LXIV, 1939, parte quarta, coll. 259 ss.: « Fra le novità del primo libro del nuovo codice civile una delle non meno importanti è rappresentata dal titolo XI, artt. 398-408, dei minori affidati alla pubblica o privata assistenza e della affiliazione. *Invero parte delle norme in esso contenute son quasi più di diritto amministrativo che di diritto privato…* ». Ma confronta anche le espressioni di Vassalli appena citate alla nota precedente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come strumento di una riforma sempre in corso, « permanente e continua come continua è la produzione del diritto » (59), pare anch'essa pervadere con sia pure diversificate sfumature i molteplici fronti della dottrina dell'epoca, inclusi quelli più attivi nell'opera di collaborazione al compito legislativo: « Né, del resto, è dal codice civile che si può desumere la visione *integrale* di un dato ordinamento. Il codice civile, come sanno lo storico e il sociologo, *difficilmente dà l'immagine esatta dell'ordinamento della società politica* nella quale vige: più spesso rappresenta un mondo ch'è stato *o un mondo com'è prospettato o desiderato. Lo studioso dell'aspetto politico deve considerare le norme del codice nel quadro di tutte le norme,* spesso assai più importanti nella vita, *che sono al di fuori di esso e dentro le quali o subordinatamente alle quali le norme del codice devono trovare la loro applicazione*. Le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono più spesso — e soprattutto quelle che hanno attinenza con l'attività economica — delle *norme complementari* » (60).

Se dunque esistono tracce, indizi in forza dei quali è possibile ritenere che nel corso di quello che fu già per tempo da taluno — i cui contorni oggi si sono ormai sbiaditi e allontanati nella memoria collettiva, ma che allora era protagonista di vicende, lotte politiche e forensi di primo piano, accanto ad Amendola, Turati, Gobetti e, particolarmente, Matteotti — acutamente definito il « trentennio fascista » (61), ad opera di non irrilevanti, ma soprattutto trasversali settori della civilistica italiana si sia messa in opera una strategia tale da poterci far parlare di rapporto 'organico' con la struttura socio-politica in trasformazione, da farci insomma ritenere che quei civilisti siano appartenuti « alla categoria degli *intellettuali organici,* che accompagnano le nuove forme della produzione e conferiscono 'omogeneità e consapevolezza' alle élites dominanti », senza che un tale rapporto, come pure è stato autorevolmente sostenuto, debba cioè considerarsi « interrotto con la prima guerra mondiale » e non

(59) Cfr. S. PANUNZIO, *Motivi e metodi*, cit., pp. 42-43 e vedi P. COSTA, *La codificazione fascista*, cit., p. 583.

(60) F. VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 623.

(61) Cfr. S. TINO, *Il trentennio fascista. Rilievi e appunti*, Roma, 1944, spec. pp. 16 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più ricomposto (62); se dunque ciò è o può esser plausibile, non ci si potrà più attendere che il valore di quella caratterizzazione destinata a diventare in certo qual modo tralatizia sia mai potuto risiedere nel suo 'realismo', ovvero nella capacità di suscitare euristicamente, sul piano della cronaca prima, della storiografia poi, una adeguata conoscenza dei fenomeni usati come punto di riferimento o, anzi meglio, di partenza. Bisognerà, in una parola, cercarlo su di un altro piano. E, anzitutto, in un ambito, per così dire soggettivo-'generazionale', in relazione ad un pratico 'che fare' connesso alla (ri) selezione del personale da riadibire al funzionamento delle istituzioni (in questo caso scientifiche e professionali): « E chi saranno, si domanda, questi capi responsabili, quando verranno spazzati via i capi fascisti grandi e piccoli? È questa una domanda che ci si fa sovente all'estero. La risposta che ne soglio dare è piena di fiducia benché non sia né precisa né decisiva…i burocratici tecnici potranno essere utili se controllati e tenuti lontani dalle responsabilità politiche. Gli uomini che al momento della marcia su Roma avevano 30 o 35 anni, domani saranno fra i 50 e i 60: è l'età matura atta a portare il peso della vita pubblica. La gioventù che è cresciuta sotto il fascismo, a parte gli entusiasmi nazionalistici e l'educazione falsa e chiusa data nelle scuole, già da parecchio comincia a sentire che l'Italia è stata tradita. La crisi spirituale, specialmente della gioventù universitaria e intellettuale è grande. La incomprensione del mondo al di fuori del fascismo e della stessa storia d'Italia, li fa impreparati ad affrontare i problemi del dopo guerra. Ma poiché l'italiano non solo è intelligente ma ha la facilità del riadattamento, l'intuizione rapida e la impressionabilità vivace, così non ostante gli errori e le deviazioni, si avrà una massa che più che essere educata, si autoeducherà rapidamente. Tutti coloro, poi, che hanno per venti anni reagito al fascismo o apertamente affrontando la prigione e il confino, ovvero segretamente, o anche indirettamente…saranno in

(62) Così invece N. Irti, *Una generazione di giuristi*, cit., p. 23. Bisogna sottolineare però che tale tesi è dall'autore soprattutto sostenuta avuto riguardo alla impostazione successiva della civilistica italiana a partire dagli anni '50: e, in relazione a questo specifico problema — fatti salvi i necessari approfondimenti — ci sentiamo di condividerla, appunto segnalando però come una simile condizione assuma il suo senso a partire da quella diversa situazione del periodo fascista, nei confronti della quale si inaugura una sorta di rimozione (-reazione), come stiamo cercando di specificare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grado di riprendersi facilmente e di ritrovare nel nuovo ambiente, la pratica amministrativa e politica che per non uso potrebbe essere perduta. E gli emigrati che ritorneranno, se non sono imprudenti od orgogliosi, e moltissimi non lo sono, si uniranno ai loro fratelli dell'interno per cooperare, non per dominare. I nomi? Nessuno li conosce e solo si sapranno quando sventolerà la bandiera della libertà in zona italiana » (63). Questa lucida, ma articolata ed equilibrata sintesi, dovuta alla penna di un Luigi Sturzo ancora in esilio, ci avvia nel migliore dei modi all'enunciazione della prima parte della risposta: la tesi dell'estraneità come schermo alle seduzioni ideologiche del fascismo, anche in considerazione della tipologia degli esponenti di ceto che l'hanno fatta propria, deve aver svolto un ruolo intradisciplinare di autoimmunizzazione e, sturzianamente, di 'auto-educazione' rispetto alle 'crisi' spirituale e intellettuale — più in concreto alle residue fascinazioni o infiltrazioni dell'ideologia del trascorso regime —; un ruolo necessario a 'traghettare' (pessima formulazione, lo sappiamo) verso l'altra riva una scienza giuridica — o perlomeno quei suoi rappresentanti dall'età più o meno corrispondente alla descrizione appena rammemorata — in parte già nobilitata dalla rivendicazione di un suo primato anche in precedenza effettivo sulla politica e di una sua capacità di cogliere e di tradurre tecnicamente, al di là delle momentanee contingenze ideologiche, come tali 'dimenticabili', i tratti salienti della realtà in evoluzione. Detto in estrema sintesi, il carattere operativo di quel discorso ha consistito in qualcosa che potrebbe definirsi come pensato in omologia strutturale — e perciò in fondo con una logica 'sostitutiva'; non è per null'affatto un caso, crediamo, se a tutt'oggi, salve alcune

(63) Questo scritto di L. STURZO, *Dopo il Fascismo* (originariamente pubblicato come articolo dal titolo *L'Italia di domani* nella rivista americana *Foreign Affairs* nell'aprile dello stesso anno, e poi in opuscolo a Londra dagli editori Macdonald e co.) è qui citato dall'estratto omonimo pubblicato ne *Il Mese. Compendio della stampa internazionale*, numero I, ottobre 1943 e successivamente ristampato in *Sei Mesi. Raccolta completa dei primi sei numeri di Il Mese*, s. d., ma 1944, pp. 1-3. La stessa redazione, oltre a sommarie indicazioni biografiche in questo come negli altri casi idonee alla diffusione di primo orientamento culturale 'postfascista', aggiungeva la seguente nota: « Questo scritto non solo non appare superato dagli eventi seguiti al 25 luglio, ma si può dire anzi che dalla caduta del fascismo esso deriva maggiore importanza e significato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notizie di dettaglio, non disponiamo di una ricerca complessiva sulla sua incidenza nell'ambito del ceto degli scienziati-giuristi (64) — rispetto a quello che avrebbe dovuto realizzarsi come procedimento di epurazione (65). Così questa come quello sono state 'inscenate'

(64) Al di là del caso eclatante di un Giuseppe Maggiore, 'epuratore' lui stesso di cinque docenti dell'Ateneo palermitano (Emilio Segrè, Maurizio Ascoli, Camillo Artom, Mario Fubini e Alberto Dina), però non epurato a sua volta, anche per la tolleranza del Rettore voluto dagli alleati, Giovanni Baviera, e tornato recentemente agli 'onori' della cronaca per vicende 'toponomastiche' e letterario-editoriali, si potranno ricordare le vicissitudini di Giorgio Del Vecchio, sottoposto ad un procedimento nel novembre del 1944, terminato con lieve sanzione (cfr. V. Frosini, voce *Giorgio Del Vecchio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 1990, pp. 394-395), o quelle analoghe di Emilio Betti, sospeso dall'insegnamento nell'agosto del 1945 e sottoposto al giudizio, con esito di proscioglimento l'anno successivo (cfr. M. Brutti, voce *Emilio Betti*, ivi, 1988, pp. 413-414). Sul procedimento, seguito invece da proposta di dispensa dal servizio, contro Santi Romano, si sofferma da ultimo R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milano, 1999, pp. 61-65, testo che offre tuttavia in generale un quadro piuttosto episodico ed impressionistico dell'intero fenomeno, e comunque non dedica alcuna specifica attenzione al mondo universitario.

(65) Vedi, per es., E. Gabrielli (consigliere di Corte d'Appello, delegato provinciale di Firenze dell'Alto Commissariato Aggiunto per l'Epurazione), *Epurazione. Discorso pronunciato in Palazzo Strozzi il 4 dicembre 1944 in occasione dell'insediamento delle commissioni d'inchiesta per l'epurazione. Norme ed istruzioni impartite alle Commissioni d'inchiesta per la retta applicazione della Legge sulla Epurazione*. Pubblicato a cura dell'Unione degli Antifascisti intransigenti mai iscritti al partito fascista, Firenze, 1945. Ci si riferisce, in particolare, specialmente al D.L. del 27 luglio 1944, n. 159: ma tutta la materia sarebbe meritevole d'indagini storico-giuridiche approfondite, in buona misura ancora da realizzare, e magari da condurre, quando possibile, esaminando anche le singole realtà territoriali: anche solo un rapido sguardo al versante 'giudicante', ovvero alla composizione personale delle Commissioni (d'inchiesta) d'epurazione approvate dall'Alto Commissario — citando senza alcuna pretesa di completezza, incontriamo per esempio: per *Industria, commercio e lavoro*, Codignola prof. Tristano; *Ospedali cittadini*: Pieraccini prof. Piero; *Consorzio agrario,* Seeber dott. Bernard; *Amministrazione provinciale e manicomio,* Ramat prof. Raffaello; *Lavori pubblici,* Salvini prof. Roberto; *T.E.T.I.*, Gambogi dott. Adriano; *Comunicazioni*, Cappugi Renato; *Comune*, Barile dott. Paolo; *Istruzione,* Levasti prof. Arrigo, Luporini prof. Cesare, Francovich prof. Armando; *Giustizia*, Zoli avv. Adone; *Assicurazioni,* Padoin dott. Francesco; *Previdenza sociale,* Cappellini dott. Francesco (ivi, p. 11) — rende possibile comprendere quale 'fonte' una simile ricerca potrebbe costituire, ampliata alla concretezza delle attività svolte, per avere un quadro più preciso del formarsi e ricomporsi della società della Firenze postbellica (in questo caso; qualche brevissimo ragguaglio, con riferimento ai testi giuridici e agli autonomi e migliori, rispetto al quadro nazionale, criteri elaborati autonomamente dalla Commissione di giuristi del C.T.L.N., nonché alle molteplici ragioni che resero inope-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con finalità intermedie diverse, e fin dall'origine diverse, da quelle apparenti e dichiarate, per raggiungere lo scopo finale di una palingenesi collettiva: lo strumento dichiarato era rappresentato dall'investimento di procedure (giuridiche) nel compito di recupero della memoria (storica), ma in realtà di un 'uso dell'oblio' (ben noto agli studiosi di metodologia storica) era invece questione. Una larga e rappresentativa fascia del mondo dei giuristi si mostrò assai precocemente consapevole dell'importanza di questa nuova forma di emersione dell'antico problema del rapporto tra diritto e memoria, in particolare esprimendo — in un manifesto ai nostri fini straordinariamente rivelatore, recante, non per caso, tra le altre, le firme di molti grandi 'tecnici' del diritto, quali un Rosario Nicolò, un Giuseppe Stolfi, un Virgilio Andrioli, un Massimo Severo Giannini, un Arturo Carlo Jemolo (66) — una più che cauta diffidenza verso

---

rante l'epurazione dei responsabili dei ceti finanziari, economici ed industriali, in C. L. RAGGHIANTI, *Disegno della Liberazione Italiana*, Firenze, 1975, 3. ed., pp. 272-73, nt. 3). Comunque i più interessanti lavori 'generalisti' sul punto — al di là degli interventi coevi (cfr. ad es. G. VASSALLI, G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, 1946; ma per un ottimo orientamento cfr. S. VINCIGUERRA, voce *Fascismo* (III. *sanzioni contro il*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pp. 902-926) — ci sembrano, da ultimo, H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, 1997, e L. D'ANGELO, *I socialisti e la defascistizzazione mancata*, Milano, 1997.

(66) Ci riferiamo al *Manifesto dei giuristi*, pubblicato da *Domenica*, a. I, n. 4 del 27 agosto del 1944, p. 2, che per il suo rilievo, nonché non facilità di reperimento (vedine però il testo anche in S. LENER, *Le sanzioni contro il fascismo*, Roma, 1945, pp. 88-90), qui di seguito restituiamo, non senza osservare — qualunque cosa si voglia pensare di un testo che esprime una forte tensione verso il valore del diritto, forse non del tutto congruamente collegata all'intento 'politico' sottostante — che, vista la successiva partecipazione di più di qualcuno dei firmatari (ad es. Andrioli, Micheli, Lefebvre D'Ovidio) al processo ufficiale di 'defascistizzazione' dei codici, e con tali premesse, essa non poteva certo dirsi aperta e condotta sotto gli auspici di un particolare 'radicalismo': « I sottoscritti professori di diritto, appartenenti a diverse tendenze politiche e scuole:

mentre riconoscono quanto v'è di nobile e di giusto nell'aspirazione a che non restino impuniti delitti, colpe politiche, offese gravissime al senso morale, che per oltre venti anni si sono accumulati ed hanno condotto l'Italia alle attuali ore dolorose;

mentre riconoscono essere incontestabile il diritto dello Stato di rivendicare tutti i patrimoni male accumulati attraverso la gestione della cosa pubblica, a sollevare le stremate finanze italiane, ed altresì il diritto di allontanare da delicati uffici chi ha proclamato per tanti anni principi in assoluta antitesi con quelli che sono i convincimenti essenziali e gli ideali comuni a tutte le frazioni del popolo italiano;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intervento *esterno* di ricostruzione (e sanzione) di quegli eventi: privilegiando, insomma, l'opera non soltanto *autonoma,* ma implicitamente, nel caso della scienza, anche 'endodisciplinare', del giudizio morale e storico. Il fatto si è che — lo aveva lucidamente intuito uno dei protagonisti di quella travagliata fase a proposito della genesi 'psicanalitica' del fascismo — così come quest'ultimo sembrava essere stato un fenomeno di 'rimozione' delle tendenze combattive e bellicistiche originate dal primo conflitto mondiale (poi inevitabilmente prima riproiettate e infine riemerse in tutta la loro

---

memori però del loro dovere di difendere i principi sommi di quel diritto che professano e in cui credono, quante volte paiano oscurarsi nella coscienza sociale;

riaffermano il convincimento che non possa esserci vera giustizia ov'essa si separi dal diritto, che l'ideale eterno della giustizia non abbia via più sicura per attuarsi della legalità;

ricordano che secoli di pensiero hanno portato a considerare come una delle conquiste più fulgide di cui una civiltà si onori l'affermazione del principio « nullum crimen sine lege » e della irretroattività della legge penale, che tutto l'ottocento, non soltanto nelle realizzazioni liberali, ma pure in quelle reazionarie, come le restaurazioni del 1814-15, tenne fermo il principio che nessuno possa essere punito per un fatto che al momento in cui venne commesso non costituisse reato; che del pari la coscienza sociale e giuridica si è affermata nel senso di ritenere intangibile la cosa giudicata, quante volte non vi siano motivi legali per addivenire alla revisione del processo ed intangibilmente altresì la prescrizione dell'azione penale, quante volte non sianci stati elementi che ne abbiano sospeso o interrotto il corso;

rammentano anche l'avversione, che l'esperienza storica ha ben giustificata, contro tutti i tribunali speciali;

fanno presente che, pur rispettando questi capisaldi, non sfuggiranno a punizione da parte della magistratura ordinaria i fatti che più hanno commosso la coscienza popolare;

ammoniscono comunque a non confondere l'ambito del diritto con quelli della morale e del giudizio storico; a ricordare che non possono assurgere a reato, se non si vogliano disconoscere i compiti ed i limiti della funzione punitiva dello Stato, molte azioni che possono invece e debbono essere severamente condannate dalla morale e dalla memoria dei popoli;

rammentano che l'opera degli uomini politici, dei maestri, di quanti vogliono dirigere il popolo, consiste nello stimolare la sua coscienza morale, che non deve aver bisogno del segno esterno di una condanna del giudice per individuare l'azione riprovevole.

V. Andrioli - G. Astuti - U. Brasiello - G. Capograssi - S. Cicala - A. D'Angelo - P.A. D'Avack - F.M. Dominedò - P. Fedele - Achille D. Giannini - Massimo S. Giannini - A.C. Jemolo - A. Lefebre D'Ovidio - G. A. Micheli - G. Morelli - R. Nicolò - Ruffini Avondo - M. Scerni - G. Stolfi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

virulenza) (67), nello stesso modo, quasi per una coazione a ripetere, d'altro segno sì, ma pur sempre imperiosa, il meccanismo si riattivava per l'apertura della nuova fase. Insomma i giuristi italiani del dopoguerra avvertivano anch'essi forse emergere sullo sfondo una latente sensazione che in molti casi « la presa di distanze dall'« Italia in guerra » e dal regime e il passaggio all'antifascismo degli intellettuali… furono tardivi — più di quanto molti di essi abbiano voluto far credere — e furono determinati nella maggioranza dei casi dall'esperienza della guerra e in particolare dal precipitare, con la fine del 1942, della situazione militare e non dalla partecipazione dell'Italia al conflitto » (ovvero neppure, aggiungeremmo, dall'emanazione delle leggi razziali) (68), cosicché, soprattutto (ma non solo) i meno giovani, che in quel clima politico e culturale almeno non si erano formati (69), sceglievano di *costruire* la loro situazione opera-

(67) Ci riferiamo, cioè, a Novello Papafava, tra l'altro, non casualmente acuto critico, da posizioni cattoliche, dell'attualismo gentiliano come filosofia strutturalmente (precorritrice e) omogenea al fascismo, e in particolare al saggio pubblicato su « Il caffè », rivista antifascista i cui ispiratori furono Riccardo Bauer e Ferruccio Parri, con il significativo titolo *Psicanalisi e fascismo* (1924), che conteneva anche una sottile descrizione del carattere fondamentalmente antinomico e ambiguo del 'pensiero fascista'; cfr. N. BOBBIO, *Italia fedele*, cit., cap. IV, *Novello Papafava*, p. 245. Quanto all'interpretazione 'psicanalitica', essa riveste certo « soprattutto un interesse storico », come vuole Bobbio, ma non nel senso ch'essa rappresenti, e del resto lo stiamo vedendo anche a proposito dei giuristi, quasi una mera curiosità: si potrà notare invece ch'essa precorre, sia pur fatte le debite proporzioni, i tentativi di W. REICH, *Die Massenpsychologie des Faschismus (1933-34)* , trad. it. dell'ed. inglese (1946), 1970, Milano, 1982 e del decisivo testo di Bataille, già richiamato supra, sub nt. 18, e in particolare in riferimento alle notazioni di quest'ultimo sul fascismo come specifica espressione di un potere che si pretende religioso e militare insieme e quale « forma sovrana dell'eterogeneità », assai bene coniugabili con le riflessioni cantimoriane, ovviamente ispirate a quello Schmitt, di cui fu esperto traduttore, sul periodo come sede del riemergere di schemi teologici e controversistici del dibattito politico-giuridico, tali da rappresentare elementi di affinità delle nuove con le antiche « guerre di religione ». Riflessioni, tra l'altro, che potrebbero consentire una migliore contestualizzazione di certi passaggi vassalliani che abbiamo già segnalato.

(68) R. DE FELICE, *Mussolini l'alleato 1940-1945*. I. *L'Italia in guerra 1940-1943*., vol. 2., *Crisi e agonia del regime*, Torino, 1990, pp. 845-846. Siamo comunque ben lontani dal condividere in toto l'interpretazione defeliciana, per delle ragioni analoghe a quelle opportunamente esposte da A. D'ORSI, *Il Prof. De Felice, Mussolini e il Fascismo*, in *Quaderni Piacentini*, 56 (1975), pp. 123-138.

(69) R. DE FELICE, loc. cit., p. 846 con esplicito riferimento a Calamandrei e alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva — cosa del resto non sorprendente sotto il profilo della loro

---

sua non interruzione della collaborazione per la redazione del codice di procedura civile (nonché ai fisici della scuola romana ch'era stata di Fermi, che decisero solo nell'autunno del 1942 di « mettere la sordina » alle loro ricerche di fisica nucleare e a dedicarsi invece a quelle sui raggi cosmici per non correre il rischio di essere coinvolti dai tedeschi nella preparazione della bomba atomica). Ad onor del vero — ma con tono che non è difficile riconoscere come dubitativo (e sulla scorta della testimonianza dello stesso P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, II, Firenze, 1968, pp. 211 ss., spec. 213 ss., nonché di A. GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, Milano, 1987, pp. 164-172 che tuttavia, a questo proposito non citato dal De Felice, a p. 170 conclude, ponendo esplicitamente la questione del « revisionismo », cui abbiamo più volte accennato, « da tutto quel che si è detto appare quanto fosse inconsistente, stolida e malvagia l'accusa mossa ripetutamente a Calamandrei, o accolta senza reazione da chi pur ben lo conosceva, di aver « collaborato ai codici fascisti » — a onor del vero, dicevamo, il De Felice aggiunge (in nt. 2). « Nel dopoguerra, a chi gli contestava questa collaborazione, Calamandrei avrebbe replicato che si era trattato di una consulenza, richiesta da D. Grandi a lui, Carnelutti, e Redenti in quanto critici del progetto di codice preparato dal suo predecessore, A. Solmi, e ben conoscendo le sue idee politiche, e avrebbe aggiunto che si era trattato quindi di « opera indipendente di scienziato volta a rendere migliore (o meno peggiore) un codice che doveva servire non ai fascisti ma agli italiani », non diversa da quella di « un clinico che si interessava di costruire nel modo migliore un sanatorio o di un ingegnere che perfezionasse i congegni delle locomotive in uso nelle Ferrovie dello Stato ». Per la precisione leggermente diverso, ad una attenta disamina, risulta il quadro proveniente dall'interno del mondo giuridico, che richiamiamo perché, ci pare, presenta più di una sintonia con quella che cerchiamo di accreditare e potrebbe forse essere generalizzata, ad indicare percorsi di valutazione congrui anche rispetto alle partecipazioni dei civilisti, almeno di quelli più avvertiti, alla codificazione: « Sulle ragioni di questa partecipazione, per lui e per gli altri, si discute ancora con molta cautela. Certamente, per il C. non può valere la spiegazione puramente 'tecnica' avanzata per giustificare il lavoro di molti altri: sappiamo che egli era stato sempre ben consapevole delle implicazioni politiche del lavoro 'tecnico' del giurista. Dovrebbe, quindi, valere un'altra spiegazione: la partecipazione di alcuni giuristi fu il modo attraverso il quale si riuscì a spuntare (o a limare) gli aculei ideologici della più ambiziosa opera legislativa concepita dal regime fascista. Il C. considerò appunto il lavoro di codificazione come un compimento, sia pure parziale, del disegno chiovendiano: e si sforzò di dimostrarlo nel primo volume delle *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* (Padova, 1941), anche con una copia di riferimenti alla dottrina corporativa che oggi riescono, a dir poco, fastidiosi. Ad ogni modo, se allo stato attuale delle ricerche la spiegazione fondata sulla volontà di resistenza all'interno del 'sistema' può *ancora* apparire plausibile, *non lo è invece quella che, attribuendo alla partecipazione del C. un significato diverso da quella di altri accademici, la intende come una sorta di resa della scienza 'ufficiale' del fascismo, incapace di portare da sola a compimento l'impresa di riforma del codice e quindi costretta a ricorrere agli uffici di chi aveva fino ad allora ignorato o isolato* ». (S. RODOTÀ, voce *Calamandrei*, in *Dizionario Biografico degli Italiani,* Roma,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identità disciplinare (70) — sotto il segno del concetto di *continuità*

1973, vol. 16, p. 409). Non per caso la seconda tipologia interpretativa sembra essere quella fatta propria dallo stesso Guardasigilli, nella sua veste di memorialista 'postbellico' — che non immeritatamente potremmo considerare una delle migliori esemplificazioni di quella che Mossa aveva, pensando a circostanze largamente analoghe, definito « tecnica dell'autopompa » —, allo scopo, soprattutto, di far 'passare', tramite l'affermazione del suo 'oggettivo' ruolo di salvaguardia della tecnicità e 'afascisticità' dei codici, una retrodatazione della sua personale scissione di responsabilità dalle politiche del governo cui partecipava e del Duce medesimo, che si sostanzia poi nella interessante, ma ambiguissima formula della 'transitorietà' del regime (con conservazione delle sue 'migliori' realizzazioni): « Tra i miei doveri di ministro Guardasigilli vi è quello di portare a termine la riforma dei codici. Sono fascista, ma di un fascismo eretico e tutto mio particolare. I codici che confido porteranno la mia firma non dovranno avere alcunché a che fare con il fascismo. Dovranno essere i codici degli italiani, degli italiani di tutte le fedi politiche e sopravvivere al fascismo che, come tutti i regimi politici, è transeunte nella vita delle nazioni, così come lo sono stati e saranno tutti i regimi politici. Ciò ho dichiarato apertamente in un mio discorso alla Camera dei deputati il 29 maggio 1924; non ho mutato pensiero. Ma non è per dirle questo che l'ho disturbata. Quando studiavo all'università diritto processuale sognavo che sarebbe venuto un giorno in cui l'Italia avrebbe emanato un codice di procedura civile come lo proponeva e lo insegnava con tenacia di apostolo il grande maestro Giuseppe Chiovenda. Il ghiribizzo del caso ha voluto affidare a me questo compito. Ella è il discepolo prediletto di Chiovenda; vuole aiutarmi nel formare un codice quale Chiovenda insegnò e non si stancò mai di difendere e di augurarsene l'avvento? La politica non c'entra. Il partito fascista è fuori questione. Accetta il mio invito? » (D. GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, a cura di R. De Felice, Bologna, 1985, pp. 486-487). A prescindere dai sogni giovanili dello 'studente' Grandi e dai ghiribizzi del destino, se si vuole avere un'immagine meno edulcorata delle reali funzioni svolte nell'alta carica certamente non affidata dal destino a colui che fu definito, non a caso, « iperbolico acrobata » politico, si possono cominciare a leggere — per tacer d'altro, di cui in seguito — le pagine dedicate all'autore della famigerata e monumentale relazione ministeriale (1931-1940) — cfr. D. GRANDI, *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, voll. I-II, Roma, 1941, pp. 7-404 e 11-406. — da G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, spec. 275 ss. Per il fatto poi del discepolato 'chiovendiano' invocato nella *captatio benevolentiae* (ricostruita *ex post*) di Grandi, ma inconsistente — Calamandrei, come Finzi, era allievo di Lessona — cfr. F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e oligarchi*, Milano, 1991, pp. 102 ss. Quel Finzi che anche a proposito del codice di procedura civile — così come appunto per il caso di cui ci occupiamo della riforma dei codici fascisti, e per ragioni parzialmente sovrapponibili — prenderà una posizione ben diversa: bene fa da a ricordarcelo, recuperando anche qui da un parziale oblio un lucidissimo testo finziano, G. MONTELEONE, *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero politico moderno*, 26 (1997), pp. 363-375, 366: « Esso è un codice sostanzialmente autoritario, che tende — specie con l'istituto del giudice istruttore, ma anche con altre disposizioni — più o meno consapevolmente, a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con un 'mondo di ieri' (71) del quale comunque restavano pudicamente non indagate le responsabilità in ordine alla genesi di quella vicenda ventennale (o meglio, appunto cosa occultata, 'trentennale') non per niente presentata come cataclisma *naturale* (quasi indipendente da umane volontà e scelte) e, ovviamente in quanto tale, imprevedibile. Il richiamo alla memoria storica serve, in breve, contro l'intervento laceratore dell'autorità pubblica politicamente rinnovata; ma una volta raggiunto, su quel piano, l'obbiettivo dell'affermazione di un reale processo di democratizzazione sì, a patto però di non procedere a una troppo radicale cesura rispetto al passato (ritenuta in un ottica prudenzial-conservatrice eventualmente foriera di pericolose instabilità) — quando si tratterebbe cioè di assumersi effettivamente, all'interno delle proprie competenze di ceto, l'onere di far fronte alla richiesta di indagine critico-storiogra-

---

trasformare il nostro processo civile, tradizionalmente fondato sulla libera iniziativa delle parti, in un processo inquisitorio » (così E. Finzi, 1956); 369: « Quanto alla ispirazione dei principi fondamentali del codice, anch'essi risalenti al Chiovenda, si tratta di una favola che fa il paio con quelle, così leggiadre e fascinose, scritte da Calamandrei per i bambini. È già stato osservato che basta un raffronto tra il codice del 1940 ed il progetto Chiovenda del processo di cognizione per mettere in evidenza le rispettive ed incolmabili differenze. Il vero è che i principi ispiratori dell'attuale processo civile furono tratti dal progetto Solmi e dal regime politico del tempo, cui Chiovenda era inviso al punto da essere sottoposto a sorveglianza e controlli di polizia, e da essergli finanche negate dal Rettore del tempo le esequie nella sede accademica romana, dove aveva insegnato per decenni » (G. Monteleone, 1997). Ciò è per noi rilevante sotto due profili. Non soltanto perché la dice lunga sulle reali mire del regime, via Grandi, e ricolloca al giusto posto certe solidarietà di 'versione', ma soprattutto perché, né ci pare che sinora alcuno l'abbia chiaramente visto, uno dei punti di forza della tesi poi minoritaria di cui ci occupiamo — e comune appunto sia a Finzi, sia, in tutta indipendenza, a Mossa — era che il giudizio sul grado di fascistizzazione del codice civile era strettamente legato ad un *medesimo* giudizio dato relativamente al codice di procedura, talché l'argomento concernente il primo trovava una conferma anche, per così dire, dal *'combinato disposto'* dei due codici considerati nel loro complesso.

(70) Si vedano, sotto questo profilo, i risultati dell'analisi di P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit. spec. pp. 443 ss., nonché Id., *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, in *Filosofia politica*, anno V, n. I (1991), pp. 51-69.

(71) L'espressione, ricavata come è noto da un titolo di Stefan Zweig, è esplicitamente rievocata da G. Capograssi, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in *Rivista di diritto processuale* (1950), p. 2. Cfr. anche A. Guerra, *Il mondo della sicurezza. Ardigò, Labriola, Croce*, Firenze, 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fica sulle ragioni e di conservazione delle risultanze di un tale lavoro — la memoria, dialetticamente si trasforma nel suo contrario, quel desiderio di 'oblio' che — comprensibilissimo nella immediatezza e anche stanchezza di tragici eventi — casomai, avrebbe potuto di quel lavoro costituire un iniziale e transitoria premessa. E nessuno meglio di chi di quella iniziale stanchezza, e di quel disgusto quasi, si era fatto magistrale (de) scrittore (72), ci può illustrare — e siamo di nuovo contemporanei dei primi '50, un'epoca però nella quale, è bene non dimenticarlo, lo snodo verso la normalizzazione viveva della contraddizione, strisciante ma forse più marcata di quanto

(72) Cfr. P. CALAMANDREI, *Lettera di Capo d'Anno a un Amico dell'Al Di Là*, Firenze, 1945, p. 10 (originariamente pubblicata il 2 gennaio 1945 su *La Nazione del Popolo*): « Appena spirata quell'aria, gli orrori sofferti fino a ieri ti appariranno miracolosamente vani come larve d'incubo: uscito da quel flagello, anche il tuo cuore si rifiuterà di continuare a credere che quei carnefici e quegli aguzzini siano mai stati vivi nella realtà. Qualunque strage consumino, qualunque tortura apparecchino, non riusciranno a rimaner vivi neanche nella memoria: tornerà la libertà, e l'aria sarà pura e tersa come al primo mattino ». Si noterà, al di là della suadenza un po' elegiaca della scrittura, che già nel '45 andavano maturandosi, sul piano più prettamente umano, le premesse — a nostro avviso poi anche largamente rappresentative della coscienza di ceto — che stanno alla base dell'auto-rappresentazione successiva, premesse segnate da un singolare astoricismo per quanto concerneva una realtà tutt'altro che 'superata'. Più tardi Calamandrei sembrerà rendersi conto — in un interessante e trascurato saggio pubblicato sul Ponte con il titolo *Per una storia del costume fascista* (vedilo ora in P. CALAMANDREI, *L'oro di noi poveri e altri scritti letterari, 1945-1956*, a cura di C. Forti, Firenze, 1994, pp. 136-147) — che un tale atteggiamento aveva avuto 'strani' risultati: « La storia del fascismo è stata scritta, in questo primo decennio dalla sua caduta, quasi esclusivamente da fascisti; l'antifascismo, salvo qualche eccezione di cui si dirà, non ha avuto nulla da obiettare. La causa di questo silenzio è stata, prima di tutto, la stanchezza e la nausea: il desiderio umano di non sentir più parlare di questo regime che per vent'anni ha dato all'Italia tanto dolore e tanta vergogna; la gioia di cercar nell'avvenire il rinnovamento e la pace, allontanandosi in fretta senza più volgersi indietro, dai miasmi ammorbanti del passato ». (p. 136). Però poi, nel compilare un interessantissimo elenco dei settori dove l'intervento del sociologo e dello storico avrebbero potuto portare chiarezza (che si apre giustamente col riferimento all'aspetto 'religioso' dei « riti fascisti » (p. 142), e rimanda anche allo studio delle « cattedre di mistica fascista; delle 'lecturae ducis', della cultura e intellettualità del dittatore, della cultura dei suoi ministri, della 'fascistizzazione' della lingua, del razzismo etc.), il riferimento ai temi universitari e in generale giuridici si esaurisce nelle seguenti indicazioni: « Il fascismo nelle Università; i GUF; i littoriali della cultura; gli esami e lauree in camicia nera; i professori per « chiara fama » … la giustizia sotto il fascismo; il Tribunale speciale; l'esercizio dell'avvocatura ». (p. 143). Non una parola, come si vede, sul processo di codificazione del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sturzo, lo abbiamo visto, avrebbe desiderato, di tre tendenze contrastanti, quali la riemersione di personaggi già in auge nell'epoca liberale, la pretesa degli uomini di cultura e dei professionisti affermatisi durante il regime di conservare posizioni di potere (73), la spinta ad affermarsi delle giovani generazioni formatesi nella lotta clandestina, e taluno già segnalava come addirittura si tentasse « di ristabilire una continuità al regime, in base agli stessi interessi di classe che, oggi come in passato, agiscono in senso antiliberale e antidemocratico » (74) — nessuno meglio di Calamandrei, uno dei principali esponenti e artefici di questo indirizzo di democratizzazione 'moderata' (non della società, ma) della scienza giuridica, ci può far 'vivere' il clima e sentire il senso di quell'operazione metalinguistica o di pragmatica del discorso, come si veniva definendo sotto i suoi occhi: « Dal tempo in cui si tenevano congressi, come questo d'oggi che riprende l'antico costume, di liberi studiosi volontariamente operanti al servizio della verità e non di poveri funzionari in divisa, irreggimentati al servizio di una tirannide…è passato sul mondo *un periodo tenebroso del quale vorremmo non ricordare più gli eventi*: come in quelle plaghe *inesplorate*, piene di *misteriosi* terrori, sulle quali gli antichi geografi scrivevano « hic sunt leones », noi vorremmo limitarci a scrivere su questi vent'anni della storia del mondo che stanno dietro alle nostre spalle, un solo motto: *« Hic sunt ruinae »*: e ripigliare il cammino, senza voltarci indietro. *Anche noi giuristi ci siamo rimessi al lavoro, cercando di non voltarci indietro.* Per gli abitanti di certe plaghe sismiche non vale la prova delle periodiche devastazioni ad allentare il loro attaccamento a quella patria malferma, *e dopo ogni cataclisma ricominciano a co-*

(73) Istruttive in questo senso le vicende di alcuni giuristi che ci concernono; da Antonio Azara, procuratore generale e primo presidente della Corte di Cassazione, membro del comitato scientifico della rivista *Il diritto razzista*, autore, tra l'altro di due interessanti e sintomaticamente intitolati saggi, *Direttive fasciste nel nuovo codice civile* (Milano, 1939) e *L'etica fascista nel I libro del Codice civile* (Empoli, 1939), poi senatore e, nel 1953, ministro guardasigilli; a Giuseppe Chiarelli, a Giuseppe Ermini, a Nicola Jaeger, a Leopoldo Piccardi, e si potrebbe continuare; come ironicamente negli anni '60 ebbe a commentare qualcuno: « si era cominciato minacciando di epurare tutta l'Italia e si finì per nominare presidente della Corte Costituzionale un uomo che era stato presidente del tribunale della razza » (cfr. N. Tripodi, *Intellettuali*, cit., pp. 475 ss.).

(74) Cfr. C. Muscetta, *Avvertenza*, in G. Dorso, *Mussolini alla conquista del potere* (*Opere di Guido Dorso*, vol. I), Torino, 1949, p. XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struire su quella stessa terra vacillante: così noi giuristi siamo di nuovo intenti a dissotterrare dalle macerie le travature dei nostri edifici logici, e a restaurare le nostre cattedrali di concetti… Ripigliamo il discorso come se l'avessimo lasciato ieri; ricominciamo. Heri dicebamus » (75). Così, in un percorso che l'appuntita penna del nostro incide con nettezza paradigmatica — è il caso di dirlo — di contorni e chiaroscuri, la ricostruzione della vicenda che si ipotizza appena conclusa, manifesta finalmente la sua preconscia premessa con tutta la precisione della metafora: si tratta di un processo pragmatico *attivo* (non di un'« ermeneutica », non della registrazione, magari 'comprendente', di una realtà esteriore all'agente), si tratta di etichettare in un certo modo una realtà che *non si vuole per determinate ragioni conoscere (o ri-conoscere come in parte anche propria)*. Lo ripetiamo; la metafora è una macchina precisa: laddove predominano l'inesplorato e il misterioso, essi devono venir simbolizzati (che poi vi siano o no i leoni, o le rovine, o qualche altra cosa ancora, non ha molta importanza). È però anche sintomatico lo 'slittamento' della metafora: restano infatti quasi completamente non indagate le responsabilità disciplinari in ordine agli eventi, se essi si presentano con l'ineluttabilità del cataclisma *naturale,* e i giuristi, quali ignari ed estranei abitanti possono ricominciare a costruire, però formalisticamente, legalisticamente si badi, le loro architetture concettuali, che appunto hanno incarnato la postulata 'innocenza'. E tuttavia; presi nel gioco della metafora, velatamente, impercettibilmente sembra quasi che si sia costretti a prendere su di sé il senso di colpa di tale rimozione, appunto lasciando trasparire dal 'banco di nebbia' da cui emergono le rovine anche una possibile ammissione: il nuovo (vecchio) inizio ha luogo in rapporto alla non volontà di abbandonare un terreno sismico e, per ciò stesso, « vacillante ». Ma questo è, semmai, il barlume di un attimo, e non può, né ora né poi, inficiare la partecipazione al gioco principale. Piuttosto quello che adesso ancora manca è un tassello importante. L'azione in corso ha bisogno di precisare uno snodo significativo e, in qualche modo, paradossale. A questo compito dovranno essere allora dedicate le migliori risorse

(75) P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia* (Discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenuto a Firenze il 30 settembre 1950), in *Rivista di diritto processuale*, vol. V-Parte I (1950). pp. 273-274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intellettuali e retoriche dei giuristi più saldamente ancorati ai pilastri portanti della cattedrale (la scienza) da restaurare, più saldamente radicati al 'centro' dello schieramento che si fa portatore del progetto di 'riscatto' disciplinare. Si tratta, in una parola, di confinare nella marginalità e far ritenere non udibili, non 'discutibili', quelle voci e quelle interpretazioni che, se accolte, avrebbero rischiato, con la loro temuta radicalità, di rendere implausibile e alla fine forse, in relazione ad alcune generazioni di giuristi in attività, vana la difficile opera di rileggittimazione democratica della scienza giuridica. Al prezzo di una piccola inconseguenza: la trasformazione di quella codificazione che aveva voluto essere, pur in maniera tutt'altro che perfetta, come con rammarico confesserà Vassalli in un interessante lettera, 'monumento' — e in un rapidissimo attimo di 'distrazione' uno dei più sorvegliati e lucidi corifei di questa strategia, Giuseppe Ferri, se lo lascerà sfuggire, come vedremo — e che quindi ci si sarebbe forse non indebitamente aspettati di veder collocata nell'« hic sunt ruinae », tra le macerie, la sua trasformazione pura e semplice, dicevamo, in cattedrale, al massimo da parzialmente restaurare.

3. *Dalla parte del torto; Finzi e Massa presi sul serio.*

Anzitutto bisogna — in questa breve rassegna dei tuttora possibili risvolti storiografici delle principali questioni che al crollo del regime e nel momento della Liberazione emersero con più forza nel contrappunto delle voci — sgombrare il campo da un possibile equivoco: non tanto di un sereno dibattito si tratta (e non ce lo si poteva neppure attendere, vista la tensione, passionalità e drammaticità dell'ora), e neppure, in prima istanza, di un dialogo distesamente e partitamente inteso a vagliare tutte le argomentazioni portate pro o contro una determinata soluzione. I due fronti — certamente omogeneo l'uno, destinato al sopravvento, ed anche, allo stato attuale delle conoscenze apparentemente più frequentato; apparentemente 'solistico', talora speculare e non concorde nelle prese di posizione e nella ricerca di alternative, 'dalla parte del torto', insomma, l'altro — sono entrambi portatori di una decisione fondamentale: è a partire da questa che il discorso si dipana in una serie di monologhi, o al massimo semi-dialoghi, che non trovano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'adeguata camera di compensazione; basterebbe ascoltare in proposito le secche, e sotto sotto ironiche, parole di Calamandrei — il quale aveva iniziato ad intervenire sul tema in una ampia e « vivace » intervista pubblicata sullo stesso giornale, organo del Comitato Toscano di Liberazione Nazionale, che ospiterà poco dopo l'intervento di Finzi, il 13 novembre del 1944, per poi riprenderlo più distesamente, e tenendo (poco, a conti fatti) presenti alcune delle riflessioni di quest'ultimo, su *La Nuova Europa* del marzo 1945 — per rendersene conto: « Ma da questo alla riforma dei codici, ci corre: della quale si può senza danno cominciare a parlare fino da oggi tanto per acquistare tempo (magari adunando apposite commissioni per conversarne con più comodità), purché si sia tutti ben d'accordo che per ora ci si sfoga a parole e non a fatti » (76). Ché infatti, anche ad una riflessione superficiale, la proposta di una conversazione un po' frivola nella sua attuale insignificanza, quasi borghese-salottiera, in commissioni 'non prese sul serio', doveva sembrare invero ben modesta replica al collega fiorentino Finzi. Quel Finzi del quale in proposito si sottolinea — a nostro avviso facendo gran torto alla lungimiranza e complessità del suo intervento — quasi esclusivamente l'elemento più eclatante e atto a colpire la fantasia, ovvero il ritorno, sia pur temporaneo, dopo l'abrogazione pura e semplice dei codici fascisti, ai codici liberali e segnatamente al codice civile del 1865 (77). Ma quel Finzi che aveva

(76) P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici* (originariamente in « *La Nuova Europa* », II, n. 9, 4 marzo 1945; n. 10, 11 marzo 1945), ora in ID, *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. I. *Storia di dodici anni*, Tomo primo, Firenze, 1966, pp. 86-99. Poi anche in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*. Con un saggio introduttivo di PAOLO BARILE, Firenze, 1995, pp. 57-73; 59; dal quale d'ora in poi citiamo, non senza rivolgere un reverente pensiero all'insigne costituzionalista della Facoltà fiorentina, che del primo fu allievo, anch'egli purtroppo appena scomparso.

(77) In verità bisognerebbe dire che si sottolineava piuttosto, spesso senza riferimento diretto, in taluni scritti coevi. La storiografia recente anche quando dedica qualche attenzione a « giudizi espressi quasi 'a caldo', e cioè immediatamente dopo la fine della guerra…. (con conseguente richiesta, in qualche caso, di abrogazione del codice stesso) » spesso finisce per contentarsi del profilo (preteso oggettivo) e conclude pertanto ch'essi « appaiono oggi nettamente superati, a favore di valutazioni più equilibrate (ed anche espresse con maggiore articolazione nei confronti delle varie parti del codice) », e lo fa senza prendere conoscenza diretta del testo di Finzi: così l'appena citato R. BONINI, *Premessa storica*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece appena, in modo non solo intelligentemente innovativo, ma, quel che più conta — lui 'allievo' e lettore acutissimo dei Calderoni e Vailati (78) — pragmatisticamente accettabile, accolto l'argomento

1. *Premesse e disposizioni preliminari* (seconda edizione), Torino 1999, pp. 201-308, 267-268, che, pur costituendo la più completa trattazione compendiosa dell'intera vicenda, dalla prima guerra mondiale al 1942, sul punto non fa che riproporre la vulgata dell'operazione essenzialmente 'tecnica', senza mai citare il contributo di Finzi, né, per il vero, anche altri nello specifico; il riferimento al dibattito è rapido, seppur più puntuale nel recente *Dopo il codice del 1942*, cit., pp. 420-421, ma anche qui di Finzi non si dà conto). Lo stesso Teti che pure discute puntualmente un contributo di rilievo del nostro (*Verso un nuovo diritto del commercio*, 1933; *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 117-118), non ne fa poi più cenno: ma abbiamo veduto come ciò fuoriuscisse dalla sua impostazione generale, ed anche, in tale prospettiva, dal tema specifico dell'unificazione. Da ultimo anche P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 287-288, nel breve sguardo dedicato alla polemica, non menziona l'intervento di Finzi. Inizia invece a riconsiderarne più appropriatamente, seppur rapidamente, la collocazione nel quadro della polemica C. Salvi, *La giusprivatistica*, cit., pp. 259-262, anche se non diremmo, appunto, che per Finzi « l'abrogazione del codice è prospettata … per tornare al passato » (specularmente rispetto a Mossa) e nemmeno così nettamente, con una sfumatura, ci rendiamo conto, un po' più difficile da cogliere, che « se per Finzi il vizio d'origine, il carattere fascista del codice, è nel superamento dei principi liberali, per Mossa, al contrario, è nel non aver realizzato davvero e fino in fondo quel superamento, con un'operazione trasformista, imputata alla « maldestra, affannosa, curiale opera » dei « giuristi ufficiali », che avevano operato con « tecnica di servi, non tecnica di scienziati » (ivi, pp. 260-261), e all'asservimento dei medesimi « al rigore giuridico del capitalismo ». Per Finzi, che aveva del resto partecipato, come Mossa, al rinnovamento 'corporativo' della dogmatica, il problema è certo (anche) la contrarietà al principio liberale (si noti, al singolare), ma principalmente in quanto negazione del diritto alla libertà individuale nella prospettiva della democratizzazione della nuova codificazione; Mossa è piuttosto assorbito dal diverso (ma non opposto) problema del superamento del *liberismo capitalistico*: insomma, se si dovessero usare formule che in qualche modo accomunino le due posizioni, diversificate negli accenti e nella scelta dei tempi, ma, anche per le loro esperienze pregresse, non *toto coelo* contrapposte, si potrebbe prendere quella, certo ambigua, ma legittimata dall'epoca (e dal rispettivo destino delle proposte) di liberalsocialismo per l'uno, e quella, come vedremo legittimata da un'informativa della polizia fascista, di « vago socialismo », per l'altro.

(78) Su Finzi (1856-1973), sulla sua opera e sul suo rapporto con il pragmatismo diffusosi negli ambienti letterari e culturali in genere nella Firenze del tempo, pagine definitive si leggevano in P. Grossi, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, pp. 168 ss.; vedi però ora Id., *Scienza giuridica italiana*, cit., spec. pp. 208 ss., 232 ss. Poiché ancora a tutt'oggi il nostro è pretermesso dal *Dizionario Biografico degli Italiani* può rivestire qualche interesse il recuperare un dato biografico anch'esso connesso con la fase immediatamente successiva alla liberazione. Come infatti ricorda Ragghianti, che del progetto di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principe (usato però spesso come vero e proprio cavallo di Troia, rivisitando così, per intendersi, il celebre adagio: « quod differtur … aufertur ») degli avversari, quello della precedenza da assegnare alla riforma costituzionale rispetto a quella dei codici: « Riconosciamo senz'altro che un rifacimento, nel momento attuale, dei Codici sembra impossibile e assurdo. La codificazione deve seguire e non precedere l'assetto definitivo istituzionale del paese; essa deve segnare la cristallizzazione dei risultati raggiunti, essere la conclusione, destinata a durare, *di un profondo processo di trasformazione che abbia espresso una volontà consapevole e costante del popolo tutto* ». Finzi, riprendendo idealmente la parte migliore del suo sforzo di svecchiamento dogmatico e di recupero di un diritto che scaturisse dal basso, dalle cose, poneva cioè, in questo modo, il problema, poi in parte eluso, di una democratizzazione profonda dell'intero ordinamento giuridico, connessa ad una trasformazione altrettanto profonda dell'atteggiamento elitistico della scienza giuridica, chiusa nella sua formalistica cattedra(le) concettuale: « Non solo: ma deve essere il frutto di un'ampia, pubblica, generale discussione, per modo che nel suo stesso formarsi venga seguita dalla opinione pubblica, che deve, in qualche modo saturarsi dei principii e delle norme fermati nella nuova legge. Processo, quindi, di necessità lento e lungo, gestazione che domanda il suo tempo e che se affrettata, conduce ad un aborto non vitale. Ma questa situazione *di fatto* non importa *di necessità che per lunghi anni si debba ancora mantenere in vita il complesso delle leggi fasciste, come ha ritenuto il nostro*

---

costituzione a Firenze di un Ente provinciale per la Ricostruzione fu promotore e presidente (progetto esemplato sul modello dell'Ente per la ricostruzione delle Tre Venezie creato all'indomani della guerra 1915-18 e fatto proprio dal C.T.L.N.), a far parte di una delle commissioni — « che avevano il compito di accertare, in relazione ai problemi a ciascuna connessi, ogni elemento utile alla determinazione del piano di ricostruzione, non soltanto dal punto di vista tecnico », ma anche « in riguardo alla futura sistemazione sociale ed economica della Provincia, delle necessità e delle aspirazioni delle popolazioni »: « Era dunque un vero e proprio esperimento autonomistico che si tentava, senza nasconderne la natura, e gli effetti scontati » — e precisamente della commissione per l'Ufficio legale furono chiamati Francesco Berti, Enrico Finzi, Mariano Bulizza, Piero Calamandrei, Massimo Portanova (cfr. C. L. RAGGHIANTI, *Disegno della Liberazione Italiana*, cit., pp. 183-85). Sarebbe naturalmente interessante indagare, ove possibile, sulle modalità di lavoro e le opinioni espresse in quella sede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governo » (79). Lucidamente viene colto uno dei momenti più 'impalpabili' di debolezza di un argomentare diffuso sull'altro fronte — basterebbe ricordare che, esattamente un mese dopo l'intervento di Finzi, Giuseppe Ferri ribadiva, in piena consonanza con Calamandrei, come « riforme sostanziali non possono essere apportate fin quando l'intero territorio italiano non sia liberato e prima che il popolo si sia pronunciato attraverso la costituente, sulle forme istituzionali dello Stato » (80) —; argomentare che sembrava aver per sé « il tradizionale buon senso italiano » anche sotto il profilo 'costituzionalistico' e, inoltre, un'adeguatezza storica all'ora del tutto inattaccabili: anzitutto l'inconseguenza del rapporto tra premessa e conclusione, dato che accettata la prima, come Finzi, ma non lui solo, appunto faceva, non per questo l'altro problema doveva necessariamente, com'era la verità 'vera' della contraria impostazione, indefinitivamente (e poi in concreto molto definitivamente) accantonarsi. Ma, soprattutto, l'osservazione, implicita eppure assolutamente centrale, che l'evidente precedenza / primato della Costituzione, non importava affatto la sottovalutazione della *portata costituzionale del codice civile* (81), del suo carattere di 'costituzione della società civile', lampante nelle codificazioni liberal-napoleoniche, ma chiaro ormai, seppur con ovvia diversità d'intenti, anche nel vassalliano carattere 'complementare' del codice del 1942, codice che « era destinato a nascere, ed effettivamente nacque, come fonte non esclusiva né prioritaria in ordine alla disciplina dei rapporti privati », epperò, appunto per questo, all'ombra di un (rinnovato e assorbente) « nesso indissolubile fra diritto e politica » (82). Così

(79) E. Finzi, *Il problema dei codici fascisti*, in *La Nazione del Popolo* - Organo del Comitato Toscano di Liberazione Nazionale - Giovedì 25 gennaio 1945, p. 1. Per l'intrinseca importanza della testimonianza, per la densità della concatenazione concettuale che segna l'articolarsi del percorso argomentativo di un testo di difficile reperimento, il quale meritatamente figurerebbe in una molto auspicabile e tuttora mancante raccolta degli scritti finziani, abbiamo ritenuto di ristamparlo in appendice I, a cui sin da ora rinviamo per i passaggi di cui non daremo conto nel testo e per la visione d'insieme.

(80) G. Ferri, *La riforma dei codici*, in *L'epoca*, 25.2.1945, ora ristampato in Id., *Scritti giuridici*, Volume primo, Napoli, 1990, pp. 20-21.

(81) Cfr. P. Ungari, *Per la storia dell'idea di Codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 207 ss.

(82) Cfr. G. Furgiuele, *Ipotesi e frammenti tra teoria e storia del diritto civile nell'Italia repubblicana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 25 (1996), pp. 616-651, 649.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come Finzi aveva chiaramente enunciato, tutta la questione, una volta assodato « che il vero problema relativo ai codici fascisti non è quello della loro conservazione o della loro riforma », visto che « come tale il problema è già stato risolto per volontà di popolo e di governo, ed è già stato ufficialmente dichiarato coll'unanime consenso che « il ritorno dello Stato italiano ai principii democratici impone di dare al paese una legislazione generale del tutto svincolata dalla ideologia del regime fascista, e di intraprendere quindi, la revisione dei codici che, preparati e pubblicati sotto l'influenza di detta ideologia, vanno ora da essa purificati », tutta la questione non rappresentava che « un problema essenzialmente contingente…: come per la costituzione che, in attesa della costituente, deve pur provvedere a fornire di organi il più possibile adeguati la sovranità dello Stato: si propone *per le leggi fondamentali che riguardano i privati*, il problema dell'assetto provvisorio, interinale più idoneo a garantire quel minimo di libertà e di giustizia che i tempi consentano ». Sulla contingenza, e quindi intrinseca 'politicità' della scelta almeno Ferri sembrava apparentemente concordare: « Si devono mantenere i codici in vigore o si deve tornare all'antico? Il problema è tutto qui e i suoi termini non possono essere ampliati o spostati. Si tratta di un problema squisitamente politico, che va pertanto affrontato e risolto in sede e con criteri politici: ogni questione tecnica è e deve rimanere per ora fuori discussione ». Ma subito il giurista interviene a spostare sottilmente il terreno, per precostituirsi, possiamo dir così, fin dal principio una prova a favore. Infatti, ad avviso di Ferri, dato che siamo di fronte ad un problema politico, persino un'ovvia, e appunto, normalmente dilatoria, procedura di preparazione di un'eventuale decisione governativa appare inficiata da un eccesso di improprio tecnicismo: « la competenza stessa delle Commissioni ministeriali e cioè di organi essenzialmente tecnici è da porre in dubbio. Le commissioni ministeriali potranno essere chiamate ad attuare le determinazioni prese in sede politica e a risolvere i problemi tecnici che ad esse conseguono » (83). Non si tratta di una posta di poco conto, come fra un attimo ce ne informerà Lorenzo Mossa. Prima però dobbiamo aprire una piccola parentesi, per spendere almeno una parola su quest'ultimo, senz'altro uno degli

(83) G. FERRI, *La riforma*, cit., p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attori principali, com'è noto, del fronte 'abrogazionista'. Ma il solitario e lungimirante introduttore in Italia della teoria dell'impresa derivata dai modelli degli autori tedeschi e austriaci, di cui era conoscitore attentissimo, solidarista, antiindividualista, antiborghese, un vero e convinto 'modernista' giuridico, per non dire quasi un giusliberista del diritto commerciale, doveva risultare un sostenitore piuttosto scomodo e alla fin fine controproducente per le tesi per le quali con così sincera passione combatteva, in sostanza a causa della sua originalissima marginalità scientifica, ma in via 'ufficiale' per quegli aspetti della sua personalità e del suo dire che da sempre avevano urtato l'establishment accademico; entusiasmo, umoralità, la talora scarsa sorvegliatezza dell'espressione, sovente alla ricerca d'immagini e metafore barocche, turgide, molto spesso contrassegnate da una verve polemica aggressiva, non erano certo biglietti da visita tali da conciliargli di primo acchito le simpatie di molti (84). Così nel 1928, nel corso di una polemica inaugurata dalle critiche radicali del nostro al progetto di codice di commercio D'Amelio, volte a sottolineare l'eccessiva attenzione prestata dallo stato agli interessi imprenditoriali, Alberto Asquini, che invece interpretava in maniera più tradizionalistica il suo ruolo di giurista del regime, accentuando gli aspetti liberisti che quest'ultimo avrebbe dovuto assumere in materia di politica economica e di sua traduzione

(84) Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 197. Anche R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 95, nt. 94, nel ricostruire la polemica tra Mossa e Asquini sulla natura del diritto commerciale, e nel sottolineare la modernità delle proposte del primo — diritto commerciale come ormai da considerarsi su base soggettiva diritto dell'impresa, di contro alla nozione « scolorita » e, soprattutto, « atomistica » di atto di commercio; responsabilità extra-contrattuale da ricostruire, di conseguenza, riferendola semplicemente alle nozioni di impresa e pericolo, e non più al tradizionale concetto di fatto illecito; un nuovo sistema del diritto delle obbligazioni, costruito *ex novo* in diretta polemica, stavolta, con le soluzioni adottate dal libro III del progetto del nuovo codice civile (cfr. L. Mossa, *Sul codice delle obbligazioni* (*Parte generale*), in *Rivista del diritto commerciale*, 1940, I, pp. 440 ss.) — opportunamente osserva: « E si comprende, nonostante la non sempre facile intellegibilità della prosa di Mossa, la modernità di queste proposte che, singolarmente, pressoché ignorate dalla dottrina dell'epoca sono state riprese dalla dottrina più recente, che spesso peraltro ha disconosciuto o sottovalutato il contributo di Mossa ». Se la ricostruzione che cerchiamo di delineare ha qualche parvenza di plausibilità, si potrebbe aggiungere, non tanto singolarmente, poi, vista la sconfitta anche politica del fronte 'defascistizzante' che il nostro rappresentava.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislativa, già lo bollava in modo inequivocabile, approfittando delle sue intemperanze verbali, e accusandolo, senza tante perifrasi di assumere « un tono quasi messianico nella propagazione del suo nuovo… vangelo » (85). È proprio il caso di sottolineare come, anche per il profilo che ci riguarda, la storia, che non lo dovrebbe, si ripete. Certamente nel *Flugschrift* lapidariamente e passionalmente intitolato, non per caso, *Per il Diritto dell'Italia*, con il quale contemporaneamente annunciava la rinascita della gloriosa Rivista del Diritto Commerciale e attaccava i codici fascisti, le qualità e i difetti del suo stile venivano elevati all'ennesima potenza, e parevano, alla prima impressione, costituire inconfutabile conferma all'ironia di diciassette anni prima: « Se qualcuno osa difendere un codice cosiffatto difenda pure il proprio prestigio, acquistato con la moneta spicciola di ruminazioni infeconde, ma non pretenda difendere il codice del popolo italiano. Quando un codice rappresenta essenzialmente un regime infranto ed una gloria caduta nella viltà e nel fango, quando rappresenta con esso il lutto ed il tormento del popolo, e commemora le ore sinistre, opache della nostra storia, non c'è che un passo, la distruzione. Si incenerisca il codice dei fascisti come per loro colpa, si sono incenerite le case, le fabbriche, le chiese. Si annienti lo spirito nemico della libertà che ha pervaso l'opera della codificazione. Non si può tenere in piedi un codice che segna il tempo del disastro, del disonore della nazione, al solo fine di non disperdere istituti sani e buoni in esso accolti » (86). Come infatti ben si sa, lo scritto più noto e diretto — pubblicato anch'esso in una sede prestigiosa, il *Foro italiano*, all'atto della rinascita — con il quale Ferri partecipa allo scontro tra le due compagini (*Del codice*

(85) A. ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto comparato annesso alla Regia Università commerciale di Trieste*, II, Padova, 1928, pp. 69-92. Il testo in questione, rispetto a quello pubblicato con lo stesso titolo l'anno prima nella *Rivista del diritto commerciale* (1927, I, pp. 507 ss.), contiene appunto una *Postilla* (pp. 92-95), con la quale colui che nel 1925 era stato tra i firmatari del manifesto degli intellettuali fascisti, risponde col tono che leggiamo nel testo al Mossa de *Per il nuovo Codice di commercio* (*Rivista del diritto commerciale*, 1928, I, pp. 16-33).

(86) L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Rivista del diritto commerciale*, XLIII, 1945, pp. 1-10, 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli) (87), costituisce una replica e una confutazione piuttosto infastidita dal tenore personalizzante di chi pretendeva parlare a nome dei « giuristi liberi che non si sono mai arresi alla bestia », certo reclamando a gran voce l'abrogazione di questo « codice di Babele e d'inganno », ma soprattutto tuonando ch'esso era frutto della « tecnica di servi non della tecnica di scienziati », e scritto « da giuristi conformisti e tecnici dell'autopompa ». Si possono comprendere le ragioni della legittima irritazione — espressa anche con toni di altrettale durezza (« espressioni… poco consone alle nobili tradizioni di quella rivista », 'esibizionismo democratico', testo « scritto in un momento di cattivo umore » e contraddicente la precedente vicenda di entusiasmo per l''ordine nuovo' corporativo, la ritorsione dell'accusa di autopromozione, etc.), appena mitigati dal riconoscimento che « questa volta però le espressioni provengono da un giurista serio e autorevole, il quale ha sempre preferito rimanere ai margini della politica, per occuparsi della scienza e della scuola » —, le ragioni, dicevamo, di uno appunto dei più rilevanti partecipanti all'opera tanto duramente criticata, anche se andrebbero forse indagati più a fondo i risvolti personali che traspaiono da molte interessanti allusioni (88). Quel che a

(87) G. Ferri, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Il Foro Italiano*, vol. LXIX, Anno 1944-46, coll. 34-40.

(88) Pur riconoscendogli di aver sempre « preferito rimanere ai margini della politica » — senza tuttavia dar notizia o aver conoscenza delle recenti vicissitudini di Mossa proprio in relazione alla codificazione (cfr. infra sub nt. 91): in ogni caso stranamente Ferri non fa cenno alle evidenti simpatie 'socialiste' del nostro quando parla dei nuovi ideali di giustizia e libertà verso cui egli mancherebbe di indirizzare la società — l'autore aggiunge, laddove parla di « distinguere gli scienziati dai servi e di individuare i veri tecnici dell'autopompa » (col. 35), una postilla 'maliziosa', che avendo in realtà poco del pettegolezzo, comunque ormai implicitamente 'lanciato', meriterebbe d'essere approfondita da chi può avere memoria orale o documentale dei fatti a cui si allude, quale tassello non inutile a restituire la specifica carta topografica delle singole collocazioni rispetto all'*iter* codificatorio: « Se dovessi scendere al pettegolezzo, potrei anche ricordare le ragioni di un mancato invito e di un successivo rifiuto, nonché le origini, lo svolgimento e la fine di una polemica » (col. 36, nt. 4). Tutta la vicenda delle partecipazioni (o non partecipazioni) personali appare, ora qua ora là, circondata da una nebbia di allusioni, mancate pubblicità o scomparsa di documenti, ricostruzioni *ad hoc*, che saranno forse anche frutto « dei ghiribizzi del caso », ma che talora ci fanno quasi credere che il « cattivo umore » del Mossa avesse almeno il pregio della sincerità (o di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostro avviso ha però pesato troppo negativamente, fino quasi ad interdire, tanto ai civilisti quanto agli storici, l'utilizzazione dei molti spunti sia critici, sia, vorremmo sottolinearlo, 'ricostruttivi', per parte loro non retorici, e talora assai puntuali, di questo come d'altri interventi di Mossa — alcuni anche di non agevole reperimento, altri, come vedremo, invece assolutamente trascurati — è stato, era quasi inevitabile attenderselo, dopo quanto accennato, il liquidatorio giudizio sul valore scientifico della sua presa di posizione — singolarmente portato avanti, per esplicita ammissione, spesso richiamando « le idee e le opinioni dei legislatori del secolo passato », al fine di evitare « che le idee esposte in questo scritto ... possano ritenersi influenzate dal desiderio di difendere attraverso il codice il proprio personale prestigio » — senza tener conto né della sua specifica complessità tecnica (ricavabile dall'*Heranziehung* di più testi), né, un po' contraddittoriamente, dei suoi forse non così precisi, ma deducibili risvolti politici: « Lasciamo perciò da parte le frasi e guardiamo alla sostanza, anche perché, guardando alla sostanza, si potranno distinguere gli scienziati dai servi e individuare i veri tecnici dell'autopompa. Mossa vuole adunque sopprimere il codice civile del 1942. È questa una soluzione possibile e potrà essere anche una soluzione necessaria, quando saranno conosciute le basi della nuova costituzione attualmente allo studio. Mossa però non ritiene di potere attendere e

---

un sincero 'esibizionismo', se a taluno piaccia persistere nella valutazione negativa). « Una compiuta e ordinata documentazione manca, né sarà agevole ricostituirla, molte determinazioni essendo state prese dal Ministro della giustizia nelle conferenze coi principali collaboratori. Accennai altra volta che mi sarei forse indotto a dar fuori i *Protocolli inediti del codice civile,* se non mi verrà fatto, chi ne avrà un giorno vaghezza (*l'interesse di un codice è meno nel suo pregio intrinseco che nell'influenza politica del paese che se l'è dato*) potrà trovare a disposizione, in luogo di pubblico deposito e conservazione, le filze della mia documentazione personale » (F. VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 612, nt. 1). Anche Grandi dichiara che avrebbe dovuto scrivervi un volume sopra subito dopo il 25 luglio, « volume che dichiaro per mia colpa di non avere scritto » e aggiunge che purtroppo il suo archivio con il diario di quei quattro anni è andato perduto (D. GRANDI, *Il mio paese*, cit., p. 477). Sullo stato dei documenti esistenti cfr., salvo quanto aggiungeremo a suo luogo, M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Documenti d'archivio sulla codificazione del 1942*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, 1978, pp. 563 ss. Ma vedi soprattutto, da ultimo, G. B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pone il problema della soppressione come un problema immediato e improrogabile. Non si può arrivare sino alla nuova costituzione con un codice fascista… Nel campo scientifico la maggiore o minore simpatia che possa aversi per gli uomini, l'opinione più o meno alta che possa aversi della loro levatura morale e intellettuale non contano; contano soltanto i risultati raggiunti. Critica scientifica è critica delle idee e non critica degli uomini e in essa soltanto la ragione può essere una guida, non l'impulso. Si può distruggere, ma a patto di riedificare; si può eliminare un codice, ma a patto di sostituirlo con un altro migliore e cioè più moderno e aderente alla vita. La distruzione non può essere fine a sé stessa, ma deve essere il presupposto di una ricostruzione…. Mossa si limita a distruggere, nessuna proposta egli fa circa il modo di colmare il vuoto lasciato dalla sua distruzione. Si deve pensare con ciò che egli intenda tornare indietro alla regolamentazione dei secoli passati, ispirata ad idee e principii ormai definitivamente sepolti, anche per il Mossa, nel cimitero polveroso delle memorie? Se fosse così, la sua proposta si condannerebbe da sé: nel diritto, come in politica, la soluzione può essere quella di indirizzare la società verso nuovi ideali di giustizia e di libertà, non quella di risospingerla verso mete da lungo tempo superate…Nessuno penserebbe di disperdere gli istituti sani e fecondi, che lo stesso Mossa riconosce essere stati accolti nel codice. Nessuno penserebbe oggi di tornare indietro soltanto per una questione di etichetta » (89). Il modo in cui le contraddittorie visioni del problema a questo punto si coagulano è certamente delicato: né si può trattare, ai nostri fini puramente storiografici, di 'rifare al contrario' il percorso della polemica, visto che qui come altre volte, proprio l'invocato canone — del resto ormai in assoluto forse un po' datato — di una scientificità totalmente avulsa dalle soggettività degli agenti storici non sembra funzionare. Quello che è certo è che bisognerà collocarsi in una zona neutra rispetto alle affermazioni più controversistiche (e, forse perciò, più atte a incidere la memoria) anche in quel testo contenute, per poter 'rileggere' più equamente il palinsesto 'positivo', sotto forma di tracce, in parte cancellate, di indizi, di

(89) G. Ferri, *Del codice civile*, cit., coll. 35-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affioramenti, in entrambi i discorsi rinvenibili (90). Comunque, e ancora funzionalmente a quel recupero di prospettive ermeneutiche nuove, sempre presenti in testi, come questi, non ancora del tutto 'esauriti' da una pressione troppo continua degli interpreti, varrà anche la pena di smussarne alcune asperità, restituendo a Mossa, nel bene e nel male, quel che è di Mossa: non solo era proprio l'intenzione, almeno soggettivamente non revocabile in dubbio, di Mossa, quella di « indirizzare la società verso nuovi ideali di giustizia e libertà », che si esprimevano nel richiamo, tale da attirare le certo non necessariamente benevole attenzioni degli informatori di polizia e delle gerarchie del regime, non soltanto alle tradizioni endodisciplinari, seppur marginali del 'socialismo giuridico', ma anche di un socialismo politico, le cui valenze andrebbero meglio focalizzate (91); non solo non era, ovviamente

(90) Come abbiamo accennato Ferri per lunga parte del suo intervento si appoggia ad una argomentazione che fa riferimento al fatto che « altra volta il problema si pose: alla caduta di Napoleone ». Ora, a parte la considerazione che appare certamente un po' singolare richiamare l'ordinanza del 17 luglio 1816 di Luigi XVIII (che disponeva la semplice soppressione « delle denominazioni, espressioni e formule che non fossero in armonia con i principii del nuovo governo e che richiamassero tempi e circostanze che si sarebbero voluti distruggere persino nel ricordo »), perché, a parte quello che si potrebbe dire in sede di approfondimento storiografico specifico sull'omogeneità socio-proprietaria delle due ideologie che si succedevano, qui in parole povere sembra sfuggire e urgere un non solo psicologicamente, ma anche storicamente interessante parallelo tra (Resistenza) periodo post-bellico e Restaurazione; a parte questo, dicevamo, l'argomentazione porta vicinissimi, di nuovo, ad una certa atmosfera di 'pessimismo parlamentare', che pare riproporre un parallelo tutt'altro che perspicuo tra le due parabole: « Non è senza interesse rilevare come, nonostante la lunga elaborazione precedente, i lavori di codificazione si siano conclusi in Francia con Napoleone e in Italia con Mussolini » e lo corrobora appunto con una citazione di Ripert che si conclude « con il rilievo che « le réformes capitales demandent une préparation appliquée dont les assemblées parlamentaires sont incapables ». Il rilievo è forse pessimistico, ma non del tutto privo di fondamento » (loc. cit., col. 37, nt. 9). Utili notizie, con riferimento ad una larga documentazione inedita del periodo nel quale partecipò alla lotta partigiana che sarebbe molto interessante conoscere, per poter meglio ricostruire il clima dell'epoca (il nostro ebbe anche a mostrare tutta la sua umanità in una difficile situazione che vedeva E. Betti prigioniero sull'altro fronte) in F. TREGGIARI, voce *Giuseppe Ferri*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 47 (1997), pp. 156-161.

(91) Utilissime notizie in proposito in una testimonianza molto illuminante, L. MOSSA, *Corto epistolario per i codici fascisti*, Livorno, 1946. Il testo non ci è stato purtroppo ancora accessibile, nonostante alcune ricerche (probabilmente non era noto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— ma anche qui lo spirito polemico fa aggio sull'obbiettività, né sarebbe stato giusto attendersi diversamente, data l'alta temperatura passionale del momento — una mera questione « di etichetta » (92); ma neppure la svalutazione in blocco dell'utilità/scientificità delle posizioni di Mossa, oggi che le ragioni delle contrapposizioni di allora possono leggersi non con distacco, ma con un diverso coinvolgimento, ci sembra meriti d'essere condivisa. La prima indicazione di Mossa, utile per una ricerca ancora tutta da fare, e torniamo così a riprendere il filo del 'dibattito', ci sembra

---

neppure al Ferri). Per fortuna R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp, 242-245, nella amplissima nt. 26, né da esauriente descrizione (contiene tre lettere di Asquini a Mossa, una lettera con intervento censorio del ministro Grandi presso Carlo Alberto Biggini, nella sua qualità di direttore dell'« *Archivio di studi corporativi* », con la quale, oltre a sconsigliare quest'ultimo ad ospitare la polemica Mossa-Asquini sulla sua rivista, « faceva in parole povere intendere che ogni critica di Mossa alla codificazione avrebbe significato una critica al ministro e alla sua politica », e inoltre « una raccomandazione riservatissima » proveniente dal segretario del partito fascista Vidussoni e diretta a Bottai). Quest'ultima molto opportunamente è dal Teti pubblicata integralmente, per il suo effettivo alto interesse; ai nostri fini varrà stralciare il seguente passo di un'informativa poliziesca, peraltro analiticamente tutt'altro che sprovveduta: « Richieste le dovute informazioni sul conto del detto professore è stato riferito quanto segue: « Il contegno del prof. Mossa dentro e fuori dell'Università è molto riservato, guardingo, ma è a tutti noto il suo antifascismo e il suo vantarsi di aver sempre rifiutato la tessera del Partito. Si è interessato, oltre che di problemi di puro diritto commerciale, di problemi giuridico-sociali e del lavoro: e da questo punto di vista, ha dovuto inevitabilmente occuparsi di legislazione fascista e di politica sociale fascista. Ma tutta la sua costruzione è di un vago e vacuo socialismo, fondato sul giusnaturalismo di origine tedesca … certamente il suo spirito non è con noi e molte parole, molte allusioni, molti concetti, anche apertamente manifestati, sono, sia pure ammantati di scienza, antifascisti. È uno dei professori che va seguito e sorvegliato attentamente… » (ivi, pp. 244-245). Particolare interesse riveste inoltre l'informativa nel momento in cui sottolinea l'intima amicizia di Mossa per Adolfo Zerboglio « noto e acido oppositore del fascismo e del regime « , visto che quest'ultimo era stato collaboratore di 'Critica sociale', aveva nel 1922 redatto in un volume collettaneo curato da Mondolfo un saggio di critica sul fascismo, che, stranamente, nella riedizione per cura di De Felice non è stato riprodotto, ed era stato anche nei primi anni venti membro e presidente del gruppo parlamentare democratico 'Rinnovamento', in cui militava, tra gli altri, Silvio Trentin.

(92) La questione di 'etichetta', problema sul quale torneremo, si riferisce quasi sicuramente all'osservazione seguente di Mossa (*Per il diritto dell'Italia*, cit., p. 3, nt. 3), che, lo dobbiamo confessare, non ci pare così, diciamo pure, del tutto priva di qualche giustificazione: « È inaudito che il diritto dell'Italia sia retto da un Codice che porta i nomi di Mussolini e di Grandi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio fornire più di una traccia utile alla interpretazione del senso contestuale delle opinioni espresse da Ferri, ma evidentemente anche politicamente condivise, in ordine al ruolo della istituzione e competenza della commissione ministeriale. La notizia e gli accenni valutativi vanno attentamente considerati, specialmente in relazione alle appartenenze politiche e, soprattutto, alla scansione dei tempi della svolta moderata, che, come vedremo, si collocano in un sintomatico parallelismo, subito individuato dal nostro — ma evidente anche ad altri protagonisti della vicenda politico-giuridica — con gli sviluppi complessivi del fenomeno della c.d. defascistizzazione: « Non è razionale e richiede una spiegazione, il silenzio osservato dai politici italiani innanzi al Codice Civile dei fascisti. Una commissione ministeriale fu nominata da un Ministro della Giustizia Tupini, e non si rinnovò dal ministro Palmiro Togliatti. In questa sede ci limitiamo a dire che non fu rispettato neppure il gioco dell'alchimia dei partiti. Ci basta dire che ne sono esclusi i giuristi che furono nemici del Regime Fascista, e vi sono domini i responsabili del Codice Fascista » (93). Orbene, al di là della ovvia persistenza mossiana nella denuncia del codice fascista, questo passo pone sul tappeto alcune questioni rilevanti: alcune già di per sé suscettibili d'essere usate come indizi utili e meritevoli di sviluppi, altre degne d'essere invece ulteriormente approfondite. Tra queste ultime, in particolare, le ragioni e i retroscena che portarono a quella determinata composizione e la verifica dell'interessante notazione relativa al mancato rispetto delle 'quote' di rappresentatività politica. Riflessioni, tuttavia, che andrebbero messe in rapporto con la considerazione sulla predominanza del fronte degli 'artefici' e sostenitori del codice: dato il quale, a sua volta, andrebbe 'incrociato' con la seconda importante indicazione di ricerca che Mossa, dopo aver accennato nel 1945, precisa nel 1949 — a processo ormai concluso, e in una forma perciò più distesa e, se si vuole, 'scientifica', anche perché lingua impiegata e platea di destinazione di questo rilevante e sinora trascurato testo lo riportavano necessariamente a quella cultura tedesca ch'era stata la sua personale àncora di salvezza (e forse altresì arma a doppio taglio) dinnanzi al sostanziale misconosci-

(93) L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, cit., pp. 3-4, nt. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento patrio —, ovvero quella, allora in certo modo ovvia, ma poi scolorita agli occhi degli stessi civilisti e storici del diritto, relativa al fatto che il codice del 1942 non sarebbe stato il frutto dell'intera scienza civilistica italiana, ma soltanto di una parte di essa. Che anche qui, in una parola, si trattasse di riandare, con più acribia di quanto ancora e finora non si sia fatto, a disegnare i contorni e i confini — e, perché no? i variegati arcipelaghi interni — della composizione personale di ciascun schieramento, nonché delle diverse soglie personali di collaborazione, non collaborazione (puramente) tacita e astensiva, ma anche di esclusione esplicita o implicita, nonché di rifiuto esplicito agli inviti di partecipazione; insomma, una storia un po' meno irenica e più 'polemologica' delle personalità e delle scuole civilistiche italiane negli atteggiamenti tenuti rispetto al codice, che ci rimane davanti come compito largamente inevaso: « Vorwegzunehmen ist, dass das Zivilgesetzbuch nicht das Werk der gesamten Zivilrechtswissenschaft ist. Manche ihrer Vertreter standen abseits, sei es, dass sie ausgeschaltet wurden, sei es, dass sie freiwillig ihre Mitwirkung versagten. Viele der Mitarbeiter wurden von den der Politik und Interessenvertretung verhafteten Machern in den Hintergrund gedrängt. Kann man allensfalls für den Zivilprozess auf den massgebenden Einfluss von Giuseppe Chiovenda verweisen, so gibt es hierzu kein Gegenstück für das Zivilgesetzbuch. Grosse Lehrer des bürgerlichen und Handelsrechtes haben es abgelehnt, von Leonardo Coviello bis zu Cesare Vivante. Die Rechtstechniker, die sich bei der Abfassung des Gesetzes den Anforderung der Politik gebeugt haben, standen in Wahrheit nicht auf der Höhe ihrer Aufgabe » (94). Ma se la storia degli 'esclusi' (in una con quella dei diversi gradi di inclusione) resta da fare, un carattere già operativo riveste il richiamo alla apparente discrasia di atteggiamenti tra Umberto Tupini, ministro della Giustizia democristiano nel primo governo Bonomi, che pure era stato, per tacer d'altro, uno degli estensori del decreto legislativo luogotenenziale del 31 maggio

(94) L. Mossa, *Die Kodifikation des Privat-und Prozessrechtes in Italien 1939 bis 1948*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 150. Band, 1949, pp. 315-328, 319. Sulla, pretesa da Grandi, partecipazione 'esterna' di Vassalli cfr. R. Teti, *Codice civile*, cit., p. 215, nt. 84.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1945 n. 346 sul sequestro dei beni appartenenti ai profittatori di regime e il Palmiro Togliatti, Guardasigilli di De Gasperi. È vero infatti che la storiografia più avvertita è dovuta giungere alla conclusione che, a voler essere molto precisi nell'identificazione delle fasi, si deve collocare, in apparenza paradossalmente, il declino irreversibile dell'epurazione, « la vera svolta moderata nel processo di defascistizzazione… quando al governo vi era un progressista come Ferruccio Parri, quantunque non certo per volontà o per colpa diretta dell'uomo politico pinerolese e… gli atti più importanti volti ad attenuare la spinta epurativa furono compiuti tra il luglio e il dicembre del 1945, sotto il ministero Parri, e non già prima o dopo, allorché presidenti del consiglio erano due moderati come il demolaburista Bonomi e il democristiano Alcide De Gasperi » (95). Tuttavia le ragioni di ciò vanno certamente ricercate in un atteggiamento di smobilitazione, frutto della delusione infine generalmente imperante riguardo ad uno stato di cose ormai già compromesso e dovuto alle modalità inadeguate e forse talora intenzionalmente 'rallentate' sino a quel momento adottate, e alla (forse mal reputata) necessità politica, a fronte delle esigenze di accordo con le forze più moderate per far entrare al più presto in funzione l'Assemblea Costituente, di usare la disponibilità ad una rapida conclusione dell'opera di defascistizzazione (nonché alla smobilitazione del regime dei comitati di liberazione nazionale), per così dire, come 'moneta di scambio': un complesso di ragioni che riguardava, nel quadro generale della sinistra, meno gli azionisti, in realtà assai eterogenei nelle impostazioni e divisi sul punto, ma principalmente Nenni e la classe dirigente socialista. Questi ultimi, infatti, inizialmente erano stati tra i più accesi fautori di una effettiva conduzione a termine dell'intrapresa, fino a definirla « il banco di prova della democrazia italiana » e a denunciare, per bocca di Giuliano Vassalli, la perniciosa rincorsa ad ogni costo del « sofisma della legalità » e il pretestuoso rispetto del dogma della continuità dell'ordinamento statale, utilizzato per la difesa ad oltranza di quella continuità giuridica e « costituzionale » dello stato: pretesa continuità che rappresentava appunto, per contraddizione della sorte, sempre

(95) L. D'ANGELO, *I socialisti e la defascistizzazione mancata*, cit., pp. 84-85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle parole del figlio di uno dei padri del codice — e nel suo campo (ma con ovvie, più ampie implicazioni), di quella tesi portavoce — « la peggiore nemica di una vera giustizia, la matrice di ogni confusione e d'ogni illegalità » (96); guarda caso proprio quel dogma della legalità e della continuità dello stato che uno dei principali esponenti dell'azionismo, giuridico e politico, il nostro Piero Calamandrei utilizzava, con malcelato conservatorismo, anche nella polemica che ci concerne. Orbene, una volta assodato che le ragioni dell'indebolirsi della tensione andavano al di qua e al di là del momento-apice del loro manifestarsi, non ci sorprenderemo più di tanto nel notare che l'altrimenti non certo notissimo ministro Tupini, che pur aveva provveduto con quelle modalità alla nomina della suddetta commissione, fosse anche fin dal principio impegnato, anzitutto in un tentativo di mitigazione 'legalistica' che andasse nel senso di modificare il decreto di maggio « in modo da conferirgli una base più seria e *più certa* »; e successivamente, col pretesto dell'insufficienza dei quadri della magistratura, a negare all'Alto Commissariato i necessari strumenti e supporti istruttori: e che, finalmente, durante il secondo governo Bonomi, ormai ex-guardasigilli, proseguisse in un'aperta opera di autorevole sostegno agli avversari del processo che pure aveva ufficialmente contribuito ad avviare (97). Ma ancora più chiaro e decisivo apparirà il senso della mancata rinnovazione togliattiana, essendo nota la direzione di marcia, solo in parte tatticamente riconducibile alle motivazioni precedentemente addotte per le componenti più radicali della sinistra, della scelta sua (e poi del suo partito); direzione di marcia, della quale la sua attività di guardasigilli — anche, come è noto, in relazione al problema dell'epurazione, visto che quella « soluzione geniale » (98) dell'*impasse* nella quale era venuto a trovarsi il governo, che fu l'« amnistia di limitata ampiezza » del 22

(96) Sulla posizione di Giuliano Vassalli e per l'indicazione dei suoi numerosi interventi, cfr. *ibidem*, spec. pp. 59-60 (ivi anche il giudizio sul carattere tutt'altro che rivoluzionario del decreto del 27 luglio del 1944, e invece restaurativo dell'ordine giuridico violato: non è questa la sede per approfondire il discorso sulla questione certezza/legalità in quel contesto; speriamo di poterlo presto fare in altra occasione).

(97) Cfr. H. WOLLER, *I conti con il fascismo*, cit., p. 195, nonché L. D'ANGELO, loc. cit., pp. 56-57, 81.

(98) Così H. WOLLER, *I conti con il fascismo*, cit., pp. 535 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giugno del 1946 è passata non casualmente alla storia come « amnistia Togliatti » — può considerarsi una delle prime e migliori realizzazioni: una scelta, cioè, « di tempo lungo, di continuazione del vecchio Stato da conquistare, progressivamente, dal di dentro ». Si potrebbe definire, se non si dovesse temere di suscitare qualche reazione, una scelta, sia pure in un'ottica ben diversa, di rigorosa ortodossia calamandreiana: continuità dello Stato, « legalità, rispetto della legge ». Uno dei suoi primi atti — ricorderà Ferruccio Parri — « è di inviare ai procuratori della repubblica delle severe disposizioni perché facciano rispettare la legge e la proprietà » (99). In un tale quadro non vi poteva, del tutto ovviamente — ma di un'ovvietà, appunto, storicamente 'divenuta', non dedotta dalla oggettiva assenza del problema — essere alcuno spazio per soluzioni (ormai qualificabili come intemperanti o addirittura) 'estremistiche' relative alla (d)epurazione non solo del codice civile, ma dell'intero complesso codicistico: il disinteresse e il silenzio osservati dai politici sono anche politicamente motivati, sono mossi dall'accettazione di un ordine di idee che il fronte moderato condivide, anzi forse aveva fin dall'inizio precorso, nello stesso senso anche fra i giuristi. Mossa di tutto questo, pur non rinunciando a dire quelle che gli dovevano sembrare due verità, l'una politica, l'altra scientifica, tra loro indissolubilmente intrecciate, è a tratti lucidamente consapevole. Il parallelismo strutturale tra le due vicende gli salta fin da subito agli occhi, al di là dell'uso effettivamente eccessivo del riferimento ai giuristi « della libertà » — trascurando cioè che quella scelta politica passava (non soltanto, certamente, ma) anche all'interno del fronte dei giuristi « della liberazione », e quivi rispecchiava, come la sua del resto, la variegatura dell'arco di collocazione politica — e gli fa intuire, seppur intimamente avversato, l'analogia del conclusivo epilogo: « Oggi non possiamo sopportare che al codice della tirannide siano portate semplici modificazioni, da commissioni che non rappresentano il popolo italiano, e non rappresentano i giuristi

(99) G. BOCCA, *Palmiro Togliatti*, Roma-Bari, 1973, pp. 451 ss. Sull'attività di Togliatti come guardasigilli cfr. anche G. NEPPI MODONA, *Togliatti guardasigilli*, in A. AGOSTI (a cura di), *Togliatti e la fondazione dello Stato democratico*, Milano, 1986, pp. 289 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della libertà. *Non possiamo ammettere un'opera di epurazione per il codice, sulla riga anch'essa falsa delle epurazioni ridicole e inconsistenti* » (100). In una parola, giunti quasi al termine di questo itinerario, possiamo azzardare una formulazione riassuntiva che è anche un'ipotesi, come dicevamo all'inizio, 'sperimentale': la sorte dell'epurazione del codice è quella stessa del processo generale di epurazione, per la semplice ragione che ne costituisce un caso particolare. E altresì, se, come è plausibile per il processo in generale, si deve alla fin fine parlare di defascistizzazione 'mancata' — almeno in quella fase e come (d)epurazione diretta —, transitivamente si può avanzare l'ulteriore ipotesi esser questa anche per il nostro problema mancata, non per l'inconsistenza scientifica o la carenza di plausibilità delle argomentazioni sul carattere del codice, ma *per le stesse ragioni*. Né varrebbe, a nostro sommesso avviso, a depotenziare l'eventuale parallelismo e la simmetria molto concreta che sembra derivarne, sottolineare come in fondo, in quest'ultimo caso, si tratterebbe soltanto di poche isolate voci fuori dal coro. A parte la considerazione che l'intervento nella disputa di un giurista della levatura di Emilio Betti, non pare, ad una attenta disamina, potersi semplicemente collocare nella schiera dell'unanimità (101) — del resto anche un Funaioli, pur non accedendo per 'realismo' pratico alle soluzioni e conclusioni negatrici della tesi in questione, da quest'ultima su qualche momento diagnostico sostanziale, l'abbiamo visto, non era poi molto distante — l'essere finiti a 'spulciare' testi poco frequentati per il buon o

(100) L. Mossa, *Per il diritto dell'Italia*, cit., p. 3.

(101) E. Betti, *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, XLIII (1945), parte prima, pp. 20-22. La soluzione finale, oltre ai molti apprezzamenti contenuti nel testo per le posizioni sociali (certo non si rifugge neppure, in omaggio ad una posizione di coerenza e di non rinnegamento dei suoi trascorsi di fede politica che, come ricorda Baldassarre, gli costarono molto isolamento nel dopoguerra, a usare l'espressione « socialismo nazionale », per accennare ad un intervento di critica costruttiva), pur non volendo « contrapporre programma a programma », né accettando la tabula rasa, è comunque, in sede di revisione, assai vicina, su di un'altro fronte, alle idee di Mossa: « i criteri … non potrebbero essere quelli… di far tabula rasa di quel che si è fatto *e innovato* nella recente riforma, ma piuttosto quelli di ponderare *una serie di innovazioni sostanziali e sistematiche* e di portare, mediante adeguata elaborazione, ad un più maturo sviluppo quelle innovazioni che meglio rispondono alle esigenze moderne di *socialità* nella funzione normativa del diritto » (p. 22).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cattivo motivo che sono stati scritti da coloro che avversavano la scelta che, in pratica, è poi risultata vincente, ci permette di rilevare, ancora una volta, se ce ne fosse bisogno, la verità di quella osservazione secondo cui « chiunque ha riportato sino ad oggi la vittoria, partecipa al corteo trionfale in cui i dominatori di oggi passano sopra quelli che oggi giacciono a terra. La preda, come sempre si è usato, è trascinata nel trionfo. Essa è designata con l'espressione 'patrimonio culturale' ». In concreto, per quanto riguarda il nostro argomento, la storia scritta dai vincitori ha fatto letteralmente sparire, ha reso 'invisibili' — chiediamo scusa per la ripetitività o l'abuso di questa immagine iniziale, ma ci sembra imprescindibile — tutta una serie di soggetti reali, una ricerca sui quali avrebbe potuto dare certamente una diversa e più attendibile misura alle forze in campo. Ma leggiamo i testi e togliamo un po' di polvere a qualche altro indizio, ch'è tutto quello che per adesso possiamo fare e che comunque, in attesa dei necessari approfondimenti, era l'obbiettivo massimo che ci eravamo proposti. Cominciando da Enrico Finzi, giurista affinatissimo, ma allontanato da pindarici o chisciotteschi voli da una diuturna esperienza forense — della quale, in inciso, sarebbe un prezioso arricchimento poter sapere di più (ed è invito o petizione in persona certa) — non potremmo dire ch'egli si senta accerchiato dalla solitudine, ché anzi ci consegna una interessante pista d'indagine: « Non è questa la sola soluzione possibile né la migliore. Con istintiva spontanea sensibilità politica già *la massa dei giureconsulti del mezzogiorno* ha chiesto più volte — come regime transitorio — la abrogazione pura e semplice dei codici fascisti e la restaurazione temporanea dei cessati codici liberali; ed a noi questo pare ancora il minore dei mali ». Sorprendentemente, la seconda indicazione — prescindiamo qui dall'indizio che già Mossa aveva dissepolto, ovvero la linea che va da Coviello a Vivante, come linea di 'non partecipazione' o esclusione — proviene da uno dei principali esponenti dell'altro fronte, sempre quel Calamandrei, che qualificava addirittura di « truffa, alla quale, a forza di dirlo, hanno finito col credere gli stessi truffatori! » o di trucco « annessionista » il ventilato carattere fascista dei codici. Ebbene, dopo aver ripetuto, fornendo anche una precisa indicazione d'indirizzo — come accennato, tutt'altro che priva di seguito — che le commissioni ministeriali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nominate dal ministro della giustizia ben potevano riunirsi a discuter tra loro i problemi della riforma, ma sempre restando inteso « che esse non hanno altra funzione che quella di esprimere le opinioni individuali dei valentuomini che le compongono », ci informa dell'esistenza di un nutrito gruppo di giuristi pratici che non parevano proprio così convinti dell'ineluttabilità del realizzarsi delle sue tesi, e lo fa appunto con il tono del vincitore sicuro del fatto suo, che se non addita loro come sede appropriata (di discussione?) « la spazzatura delle storia » è forse solo perché la frase apparteneva a un rivoluzionario troppo 'intemperante'. Ma ascoltiamo questo passo dal tono sorprendente: « Che un gruppo di rispettabili e colti avvocati adunati a Roma si presentino come fautori di questa o di quella tendenza attorno ai lineamenti che dovrà aver nell'avvenire la legislazione della nuova Italia, questo è un episodio di cronaca, da mettersi accanto, proprio sullo stesso livello, a quello di altre adunanze che allo stesso scopo sono state o potranno esser tenute da altri avvocati a Firenze o a Palermo, a Genova o a Milano. Le opinioni che esprimeranno queste commissioni romane saranno altamente interessanti e degne di attento studio; ma l'opinione dell'Italia, che pur dovrà dir la sua parola per risolvere il problema dei codici italiani, sarà evidentemente un'altra cosa » (102). In realtà, però, a differenza che nei testi di Finzi o Mossa, che 'l'Italia' volevano far parlare e subito, qui l'invocazione così « evidentemente » sicura dell'esito (e *pour cause*) serve come espediente retorico per non prender troppo sul serio le posizioni del ceto forense; anche perché, come ricerche recenti hanno mostrato, le proteste degli avvocati contro « l'ideologia politica dichiaratamente autoritaria e illiberale » dalla quale anche il 'suo' codice « traeva *apertis verbis* ispirazione », furono piuttosto veementi e molto spesso implicitamente (ma neanche tanto) indirizzate *ad personam*, visto che culminarono « addirittura in una pubblica manifestazione ove si fece in una piazza di Roma un falò di numerosi esemplari del novello codice, chiedendosi senza mezzi termini la sua abrogazione ed il ripristino di quello del 1865 » (103). Mossa e Finzi non più soli, dunque. In ogni caso,

(102) P. Calamandrei, *Sulla riforma*, cit., pp. 66-67.

(103) Cfr. F. Cipriani, *Gli avvocati italiani e l'« esperienza fallita » (il codice*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

com'è chiaro, sul punto non ne sappiamo abbastanza, e le ricerche devono allargare il loro raggio, a chiarire circostanze, uomini, ideologie, soluzioni tecniche.

Ma torniamo ora al problema dell'epurazione poiché v'è un altro aspetto che può esser ridiscusso grazie alle suggestioni dei nostri 'eretici'. Sgombriamo anzitutto il campo da una possibile obiezione, speculare al nostro *iter* ermeneutico. La consapevolezza dello strettissimo legame tra i due procedimenti epurativi attraversa i fronti; ed anzi, laddove si propone di assecondare una versione smussata e sostanzialmente elusiva dell'uno, ci si rende conto della 'singolarità' del doppio binario, quasi della 'doppia verità' molto tattica che così si perora e si cerca di aggirare l'ostacolo con la celebre 'formula' che già abbiamo incontrato — « Prima la costituzione e poi i codici », come recita appunto uno dei titoletti redazionali dei paragrafi del testo di Calamandrei — e alla cui sola prima parte in realtà fermamente si credeva e poi si pose mano: « *In un momento in cui si parla tanto di epurazione, può parere strano che non si cominci ad epurare i codici*, che riproducono, fissata in articoli, la fisionomia giuridica del tempo fascista: mentre da tante parti si sente invocare il ritorno al senso di legalità, non ha torto chi osserva che un tale ritorno non sarà praticamente possibile finché continueranno ad esserci imposte leggi di marca fascista, che rappresentano alla nostra coscienza la espressione sopravvissuta e lugubre di un regime di odioso illegalismo finalmente crollato. Tutto questo è esatto. Ma basta questa situazione di innegabile ambiguità e disagio, questa tormentosa incertezza che deriva dal trovarsi così, anche per quel che riguarda i codici, tra due mondi, a render plausibile una immediata radicale riforma di essi, o addirittura, come alcuni sostengono, la loro immediata abolizione? » (104). Certo una risposta realmente interlocutoria, seppur di segno negativo, al quesito avrebbe ben potuto arrestarsi alle giustificazioni pratiche o all'indicazione che nella forzata attesa fosse la cosa più saggia « sopportarli alla meglio così come sono: in modo che il necessario prolungarsi del loro *esperimento* possa servir sempre meglio, ora che c'è la libertà a

---

processuale civile 1942), in *Rassegna forense*, 1997, pp. 179-202; G. MONTELEONE, *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, cit., p. 364.

(104) P. CALAMANDREI, *Sulla riforma*, cit., p. 59-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

far da reagente, a render visibili e a far precipitare gli elementi impuri che vi sono ancora disciolti, e a facilitare, quando alla riforma si potrà pensare sul serio, la definitiva chiarificazione di quel che rimarrà » (105). Ma, come sappiamo, il *furor polemicus* o *mathematicus*, il coinvolgimento, od anche un diverso e sovrapponentesi ordine di idee — che riguarda, lo anticipiamo, o meglio lo riaccenniamo, il ruolo della scienza giuridica — farà proseguire la dimostrazione ben al di là di questa soglia, verso l'affermazione della radicale 'superficialità' degli inserimenti a quella ideologia ispirati. Allora il codice del '42, pur se non si osi sostenerne la pura 'tecnicità', diventa fascista solo per l'« etichetta »; solo il processo di accellerazione della codificazione può realmente essere valutato come contributo del regime e non come espressione di un altrimenti continuo « barare al gioco »: « e la funzione politica del fascismo, più che quella di suggerire nuove soluzioni giuridiche dei problemi sociali già posti prima di esso, è stata semmai quella di accellerare i tempi della riforma in corso, in modo da farla arrivare *affrettatamente* a conclusione, e da poterla poi presentare ufficialmente, *anche se mal compiuta*, come un'opera originale del regime » (106). Resterebbe da chiarire come questa valutazione, abbastanza realistica per il risultato, anche se non in relazione al contesto — visto che cade, come continuamente in proposito capita (anche a Vassalli), nella petizione di principio di dare per dimostrato che laddove un problema (tecnico-giuridico, sociale, politico) fosse stato posto precedentemente, o eventualmente corrispondesse ad uno sviluppo 'all'altezza dei tempi' in più strutture politico-sociali, questo automaticamente, per definizione quasi, escludesse la possibilità di una 'modalità', di una 'via' specificatamente fascista per giungervi, esimendosi così da un circostanziato onere della prova storica — possa accordarsi con quanto il nostro sosteneva, poche pagine prima (e in piena consonanza, tra 'codificatori', con certe opinioni di Vassalli), per frenare gli ardori abolitivi, dato che un progresso tecnico non dovrebbe poter essere talmente avanzato e irrinunciabile, fino al punto da non doversi quasi mettere in dubbio la sua desiderabilità, e contemporaneamente mostrarsi affrettato e mal

(105) *Ibidem*, p. 60.
(106) *Ibidem*, p. 63.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compiuto: « Bisogna tener conto di questo per non affrettarsi ad abolirli solo perché si vuole abolire la loro etichetta: altrimenti si farebbe come chi volesse abolire le ferrovie elettriche, e tornare magari alle diligenze, solo perché l'elettrificazione di certe linee, che è stata indubbiamente un progresso tecnico, è avvenuta *mentre* c'era il fascismo, e perché le locomotrici, che pur erano macchine capaci di portare velocemente un treno, ostentavano sulla testata il solito fatidico emblema » (107). Come al solito la scelta dell'immagine è estremamente significativa e, di nuovo, a doppio taglio. Essa mostra bene verso quale scopo il discorso si intenziona, eppure anche il carattere fin dall'inizio assolutamente riduzionista dell'ottica, che conferma — ce lo dirà in conclusione una voce molto meno 'conciliata' e tranquillizzante — la difficoltà di una cultura che si richiama al positivismo di stampo 'progressista' ad intendere non solo la reale novità del fascismo, ma a prendere del tutto sul serio l'ipotesi che la sua influenza potesse essere — come pure scorgeva il contemporaneo e anche lui giurista Giovanni Miele — « intimamente » attiva anche al di là della mera superficie delle cose. Comunque per il momento ci interessa vedere la ricaduta semplificante sul problema che ci riguarda, che è del resto in apparenza nelle grandissime linee nota, e comune anche ad altri collaboratori di un'impresa codificatoria che diventa improvvisamente di *routine*, « di ordinaria amministrazione … di assoluta normalità » (108). Però anche qui varrà la pena di fare attenzione all'immagine retoricamente felicissima che quasi ipnotizza lo sguardo del lettore, ma non si limita a questo: « Certamente era necessario cancellare subito dai codici alcune più repugnanti sconcezze, che, per ragioni diciamo così di decenza, non si potevano lasciare in vigore un giorno di più dopo la caduta del fascismo: alludo a tutte quelle disposizioni, isolate o facilmente isolabili, che erano state inserite *alla superficie* dei codici per dare ad essi il colore del regime, e che si son potute cancellare *senza per questo alterare menomamente la struttura giuridica degli istituti entro i quali* avevano preso stanza. Gran parte di queste disposizioni sono già state cacciate via coi provvedimenti d'urgenza dei mesi scorsi, *come bestioline parassite che si estirpano*

(107) *Ibidem*, p. 61.
(108) G. FERRI, *Del codice civile*, cit., col. 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con le pinzette e si buttano nella spazzatura… » (109). Sappiamo bene a quali disposizioni Calamandrei pensava (artt. 145, 155, 1175, con la famosa « solidarietà corporativa », art. 16 del c.p.p.), ma quello che merita problematizzare, e finora non ci sembra sia stato particolarmente sottolineato, è appunto il come. Il metodo della disinfezione 'provvisoria' può anch'esso definirsi una mossa di « geniale » semplicità, come la soluzione togliattiana della amnistia di « limitata ampiezza »; anzi, visto che le due operazioni portano lo stesso segno, non di disinfezione provvisoria bisognerebbe a rigore parlare, ma piuttosto di « disinfezione di limitata ampiezza ». In realtà il metodo proposto, e poi adottato *in toto* nella vicenda successiva anche dai "Comitati della ricostruzione", per lo studio della defascistizzazione, come pure visivamente ci è dato percepire — comitati che, sarà stato solo un ghiribizzo del caso, con tale metodo ridurranno, tra l'altro, a mezza paginetta gli interventi sul codice di procedura civile e, pur tentando anche la revisione del codice a detta di tutti più pesantemente 'infetto' (quello penale) e della legge fallimentare, neppure a quel modesto risultato riusciranno a pervenire — appare la semplicissima applicazione (in negativo) del metodo *esegetico* del positivismo legislativo: un metodo utilizzato in forma di isolamento di singole disposizioni nel presupposto implicito — ovvero il *thema demonstrandum* era già dato per scontato — che la struttura complessiva assumesse un mero carattere di 'contenitore' neutro. Ma proprio in questo delicato punto sorgeva o avrebbe dovuto sorgere il problema. Per capirsi cerchiamo di prendere un esempio da un analista che parta non per caso da una metafora analoga, appunto quella di un « rattoppo », di una serie di 'rammendi' e 'rappezzature', ma da un angolo di osservazione diverso, né importa, nella fattispecie, se il nostro avrebbe in concreto potuto conoscere il saggio in questione. Alludiamo alla anche in generale interessante disamina — che aprirebbe un nuovo capitolo nell'elencazione delle lacune delle nostre cognizioni, quello relativo ai rapporti reciproci tra le due civilistiche e, inoltre, delle reazioni germaniche alla codificazione italiana — alla quale nel 1941 un autore che abbiamo già incontrato, Justus Wilhelm Hedemann, sottopone il nuovo libro delle obbligazioni. Ebbene, dopo aver sottolineato il ruolo che si

(109) P. CALAMANDREI, *Sulla riforma*, cit., pp. 57-58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attribuiva all'unificazione del diritto privato, e alla 'Spannung' con la quale si potevano seguire gli effetti indotti dai principi commercialistici, Hedemann mette però in guardia il lettore dal credere che solo di quella si tratti, nel senso di considerarla una semplice e pallida 'inserzione' o riverniciatura generalizzante del vecchio diritto commerciale; in verità la stratificazione delle inserzioni è molto più complessa e innovativa: « Aber, wie gesagt, das Bild wäre ganz schief, wenn man dabei nur an die verblassende Schicht des alten « Handelsrechts » dachte. *Andere, neue, viel bedeutendere Schichten* haben sich hinzugestellt. Darum eben müssen wir in Deutschland an das freilich in seiner Peripherie verschwimmende *Wirtschaftsrecht* denken. In Italien tritt noch eine weitere höchst bedeutsame Note hinzu. Denn hier ist zu Anfang dieses Jahre der kühne Entschluss gefasst worden, auch das *System der korporativen Ordnung* mit in den neuen Codice civile aufzunehmen. Allerdings ist dafür in erster Linie das besondere « V. Buch » gedacht, das « Unternehmen und Arbeit » im Titel führen soll und das Glanzstück des neuen C. c. werden wird. Aber auch in das Obligationenrecht schlagt diese Neuordnung sichtbar und elementar hinein. Das tritt an einigen markanten, ja dominierenden Stellen des Obligationenrechts in Erscheinung. *Zunächst konnte man einen Augenblick daran denken, dass es sich hier um das handelt, was man einen « aufgesetzten Flicken » nennt. Aber wegen des dominierenden Platzes, an den der Flicken aufgesetzt ist, handelt es sich eben um eine elementare Neuerscheinung* » (110). Dunque la nuova articolazione delle fonti delle obbligazioni, lo slittamento dell'accordo delle parti, apparentemente ancora centrale, ma che si trova invece 'spiazzato' — è questo « ein zweiter Höhepunkt » dello stesso tipo e livello, anche se « purtroppo nascosto » — dall'inserzione automatica di clausole riguardanti prezzi di beni o servizi imposti dalla legge o dalle norme corporative, la nuova configurazione dell'illiceità della causa, alcune norme relative all'interpretazione del contratto e numerose altre, benché ad una rapida occhiata possano apparire toppe aggiunte dal di fuori, facilmente 'estraibili', in realtà, in forza della *posizione dominante* nella quale sono state collocate, producono (o se si vuole

(110) J. W. HEDEMANN, *Das neue italienische Obligationenrecht*, in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht,* 8. Jhg., Heft19, Oktober 1941, pp. 305-308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produrrebbero) un effetto *sistematico complessivo,* sono momenti qualificanti l'intero sistema, tanto è vero altresì che: « Ohne weiteres ist klar, wie stark auf solchen Pfaden auch *der Richter der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit* an das Gesamtgebiet der korporativen Ordnung herangeführt wird. *Der deutsche Richter* wird die hier einsetzende Entwicklung mit Aufmerksamkeit verfolgen müssen » (111). Né si può a questo proposito credere soltanto ad una interpretazione 'addomesticata', o sopravvalutante il ruolo 'sistematico' o i poteri attribuiti al giudice italiano, per additarlo addirittura ad esempio al collega germanico, messa in opera da un esponente di un paese « di corrispondente cultura », visto che la testimonianza relativa all''ispirazione' fornita dallo stesso Vassalli in un momento non sospetto — e cioè ben prima, in fase di progettazione del libro — indica, senza falsi pudori in relazione ad una sede (diventata poi) molto *politically incorrect*, che a dare al medesimo « un aspetto nuovo sarebbe sufficiente trarre ad applicazione alcuni orientamenti manifestati e discussi nelle riunioni del Comitato per le relazioni giuridiche italo-germaniche », ed inoltre testualmente suggerisce al ministro un'indicazione della quale, l'abbiamo già veduto, quegli sarà prontissimo ad appropriarsi: « Altro punto è quello dei poteri del giudice nella revisione del contratto: *è un punto che può caratterizzare, sotto il profilo politico, tutta una legge delle obbligazioni* » (112). In verità

(111) *Ibidem*, p. 306. col. 1, in fine, 2.

(112) I testi a cui in questo caso e più avanti nel corso del discorso faremo riferimento fanno parte di un gruppo di carte vassaliane relative alla codificazione (cfr. supra nt. 88), per il vero non molto nutrito e per ora piuttosto disorganico e disarticolato, che si son potute visionare e utilizzare nel corso di una ricerca impostata in comune con referente il prof. Giovan Battista Ferri, al quale va il merito dell'individuazione e il nostro più sentito ringraziamento. La minuta dattiloscritta a cui ci si riferisce nel testo reca la data 14 agosto 1939, è indirizzata a Grandi e fa riferimento ad una fase nella quale ancora si volevano tenere distinti i tre nuclei tradizionali di materie (Successioni; Cose, Proprietà e altri diritti reali: parte questa bisognosa « di molte e radicali cure »; appunto Obbligazioni) che, allo stato dell'epoca, attendevano ancora il testo definitivo. A proposito di queste ultime, il nostro osservava appunto: « A parte il crisma di opera di collaborazione italo-francese, diverse riserve potevano farsi al progetto: genericamente e discretamente ne vedrai fatte da me nella commemorazione del De Ruggiero (pag. 520 sgg. Nel vol. II dei miei *Studi*), vivacissime e gravi dal Betti, in più di uno scritto. Non è dunque senza seria giustificazione un rinnovamento. Un rinnovamento *ab imis* in breve ora non è facile. Ma già a dargli un aspetto nuovo sarebbe sufficiente trarre ad applicazione alcuni orientamenti manifestatisi e discussi nelle riunioni del Comitato per le relazioni giuri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che una considerazione meramente esegetico-atomistica — costruita appunto in quell'età ottocentesca della sicurezza a cui, non ultimo paradosso, 'codicisticamente' ci si rifiutava, seppur temporaneamente, di tornare — fosse, per così dire, a-priori, insuscettibile di offrire una descrizione euristicamente del tutto plausibile di un codice nato in un clima culturale largamente venato di spinte ('irrazionaliste' se viste da quell'ottica, ma in ogni caso anche) antiformalistiche, privilegianti il riferimento a 'norme concrete' e ai fatti normativi; un codice certo « a formazione multipla e frammentaria come questo », ma a maggior ragione connesso al valore strutturante e all'uso politico della sistematica — alla consapevolezza insomma che anche qualora gli istituti presi di per sé isolatamente conservassero in ipotesi il nome tradizionale, i nuovi principi e riferimenti ne mutassero la casella nel sistema del diritto privato, e talora, come da tempo lo stesso Vassalli andava dicendo, ne togliessero addirittura l'essenza di diritto privato —; una simile consapevolezza non poteva non serpeggiare più o meno esplicitamente e

---

diche italo-germaniche. Un punto di grande rilievo è l'unificazione dei principi delle obbligazioni in materia civile e in materia commerciale: praticamente ciò importa trasferire nel diritto generale delle obbligazioni alcune regole già proprie delle obbligazioni commerciali. Senza difficoltà, e anzi congruamente, esse possono divenire regole di diritto comune e, se mai, si potranno costituire in regole di diritto singolare per alcuni speciali rapporti civili (per esempio attinenti all'agricoltura) regole che oggi sono di diritto comune. Altro punto è quello dei poteri del giudice nella revisione del contratto: è un punto che può caratterizzare, sotto il profilo politico, tutta una legge delle obbligazioni. Nel convegno di Vienna ci fissammo su una formula più cauta di quella del progetto italo/francese. Forse la responsabilità obiettiva dovrebbe trovare un'affermazione di principio, relativamente almeno a certe materie. Innovazioni che si raccomanderebbero, anche rispetto a posizioni già acquisite nei nostri ordinamenti vigenti, sarebbero la considerazione nel codice dei *contratti-tipo*, sconosciuti al vecchio codice e al progetto, e fors'anche la considerazione del *contratto di lavoro* (quest'ultimo io ho compreso, con uno speciale volume, nel Trattato di diritto civile da me diretto). Quando Tu avrai dato le Tue direttive rispetto a questi punti e a quanti altri Ti parranno dover dare la fisionomia alla legge, si potrà subito vedere come mettere in cantiere il nuovo progetto: a seconda delle direttive sarà facile vedere chi potrà dare il sussidio d'una collaborazione più concludente. Per qualche cosa potrebbe anche servire il Betti, per il contratto di lavoro avremmo il Greco, che ha dato alla luce in questi giorni il volume sul medesimo di cui dicevo poco sopra, per l'unificazione del diritto delle obbligazioni civili e commerciali ha fissato qualche idea l'Asquini, egli o altri potrebbe collaborare per un titolo o comunque per quel richiamo che si facesse ai contratti tipo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

largamente. Né coinvolgeva solo i grandi o i più celebrati, come si può constatare leggendo questa a nostro avviso pungentissima osservazione, che pur essendo riferita a libro del lavoro, ha un valore esplicativo più ampio: « *Il lavoro soggetto dell'economia* si traduce giuridicamente nel lavoro che *non può essere oggetto* di alcun rapporto giuridico. Se il lavoro è oggetto di un rapporto giuridico, se cioè non ne è elemento essenziale se non nel contenuto, esso non potrà mai essere soggetto dell'economia. È quindi il lavoro da considerarsi come espressione di attività personale, ed è sotto questo aspetto che il Codice lo considera non come oggetto di obbligazione, ma come manifestazione di libera volontà dell'individuo. *Sotto questo profilo, il concetto di lavoro appare come elemento strettamente connaturato al concetto di impresa*, onde può dirsi che nell'ambito dell'impresa organizzata lo stesso diritto consideri il lavoro come manifestazione, sia di colui il quale è responsabile della impresa, sia di colui il quale è chiamato a collaborare nell'impresa stessa… È la stessa figura dell'imprenditore e quella dei collaboratori dell'impresa che costituiscono l'attuazione concreta dei principi fondamentali del Corporativismo; *ed è proprio lo stesso sistema del codice civile che supera nel campo del diritto ogni concezione individualistica, così come tale concezione è stata superata nel campo dell'economia.* Il fatto lavoro è al centro di quella parte del codice che attiene alla disciplina giuridica del fenomeno produttivo, *onde, se anche le norme fossero per avventura diverse, la stessa posizione per così dire topografica, avrebbe di per sé un significato sociale, politico e giuridico* » (113). Chi

(113) E. FODALE, *Il lavoro nel nuovo codice civile*, in *Carattere. Rassegna del lavoro italiano*, Anno VII, n. 6, 2ns., 20 giugno 1941-XIX, p. 7. Ma anche A. GROPPALI, *Echi e riflessi morali nel nuovo codice civile*, cit., p. 1, osservava acutamente come nella dottrina coeva spesso ci si fosse limitati a richiami generici al senso delle novità 'sociali', senza procedere invece, come sarebbe stato necessario, e di cui il suo testo è un buon esempio, ad un'analisi sistematica delle medesime: « Che il principio della solidarietà sociale, che, in armonia con le dichiarazioni della Carta del lavoro, sta al centro del Codice civile entrato in vigore il 21 aprile scorso, abbia impresso un più deciso carattere etico a tutto il nuovo diritto costituisce una verità fuori discussione: ma quali siano poi in concreto i più rigorosi limiti etici che sono stati imposti dalle nuove disposizioni all'esercizio del diritto ancora non è stato dimostrato. Più in là dell'affermazione generica che, sotto l'impulso del principio della preminenza dell'interesse generale su quello individuale e di categoria, il diritto di proprietà è stato gravato di nuovi doveri in relazione alla sua funzione sociale, e che nel diritto di obbligazione l'autonomia delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scriveva queste righe — che, lo affermiamo abbastanza tranquillamente, in mancanza, avremmo potuto o forse dovuto 'comporre' autonomamente, tanto la logica storica della ricerca verso di esse 'trascinava' — non poteva forse sapere, al momento almeno, quel che Vassalli, riconsiderando la sua collaborazione nella revisione postbellica (certo dopo averla posta alla luce di qualche diversa e temporalmente più che comprensibile sfumatura, rispetto alla fase precedente, al meglio espressa dalla notazione secondo cui solo « un osservatore superficiale o politicamente prevenuto potrebbe credere che con ciò il codice si ricolleghi necessariamente ad un indirizzo politico tramontato e inviso. Ma costui s'ingannerebbe a partito ») avrebbe detto. Ovvero che avrebbe confermato, richiamando un disaccordo a suo avviso inesistente rispetto alle critiche di Valeri e Messineo, con intensa e 'depurata' partecipazione, quello che aveva rappresentato un punto che gli era sempre stato a cuore; appunto che il libro in questione configurava — all'interno di quella specifica sistematica del diritto civile, attuando la quale a preferenza di un'altra « si vorrà consentire che il legislatore…attui il suo proprio intento di politica legislativa » e quindi non fuori di essa, posto che « il legislatore del 1942 non *volle* collocare la legge del produttore in un testo separato da quello stesso contenente la legge delle altre attività civili » — proprio per quella sua qualità 'soggettiva' nient'altro che il sostanzialmente richiesto 'libro della produzione': « Il libro *Del Lavoro* (le bozze di stampa relative per varie successive edizioni han portato l'intitolazione *Dell'impresa e del lavoro*, poiché il Ministro per qualche mese non credette opportuno aderire alla mia originaria proposta che si denominasse soltanto *Del lavoro — la produzione individuale o organizzata in impresa, non è lavoro?* — è appunto il *libro della produzione*, che al termine delle sue osservazioni, auspicava in subordinata il Messineo ». Fino a qui il nostro avrebbe avuto di che rallegrarsi, ma forse ancora di più l'avrebbe avuto, se, essendogli stata offerta in ipotesi l'occasione di conoscere l'uso piuttosto scettico e un po' svalutativo che Vassalli faceva nel dopoguerra del concetto di « topografia legislativa », rivolgendolo

---

parti è stata contenuta in più ristretti confini, non si è proceduto oltre, mentre sarebbe stato sommamente interessante studiare analiticamente e cercare di ordinare in sistema tutti i principali limiti di natura etica che affiorano dall'esame del nuovo Codice civile ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro i sullodati Valeri e Messineo — e in ispecie contro il primo che aveva, guarda caso, sostenuto essere stato il codice di commercio « ucciso in coerenza con una concezione fascista estremista », e invocava il ritorno del medesimo come « doveroso atto di risanamento politico » (« È dunque piuttosto una questione di topografia legislativa che sembra inquietare codesti scrittori... ») (114) — forse ancora di più avrebbe avuto di che essere interessato, stavamo dicendo, se avesse avuto modo di accorgersi di quanta importanza invece egli — che era sempre stato del resto ben consapevole, nel suo evidentemente sincero rapporto d'amicizia e reciproca fiducia col ministro, del controllo politico da questi esercitato — sembrava attribuire, come in verità spesso soleva fare, alla sistematica nella fase finale del travagliato *iter*, fino probabilmente a aver l'intenzione d'invocare l'attenzione e l'appoggio di Grandi su di una assai rilevante modifica della medesima. Una modifica che sarebbe stata senza dubbio alcuno una ulteriore e più coerente sottolineatura, o addirittura il coronamento più consono di quelle ragioni tecniche sì, ma anche dichiaratamente politiche, 'l'ordine conforme all'idea', che il legislatore, affannato da vicende contingenti e dalla necessità di procedere « a vapore », per riprendere un'espressione tipica dei ripetuti solleciti provenienti dagli ambienti ministeriali, non ebbe però molto verosimilmente più il tempo di recuperare. Ma naturalmente non l'aveva. Cerchiamo allora di prendere il suo posto, restituendo la minuta dell'appunto-missiva che reca l'intestazione « *Sull'ordine dei libri del codice civile* » e risale al marzo 1942: « L'ordine nel quale devono seguirsi i sei libri nel codice civile, a mio avviso, deve essere: 1) Delle persone e della famiglia, 2) Del Lavoro, 3) Della proprietà, 4) Delle obbligazioni, 5) Delle successioni a causa di morte e delle donazioni, 6) Della tutela dei diritti.

Il libro "*Delle successioni a causa di morte e delle donazioni*" non può essere collocato come secondo. Fu una mera contingenza, dipendente dal più avanzato grado di elaborazione rispetto ad altri, ch'esso venisse pubblicato come secondo. In nessun codice del vecchio e del nuovo continente, vigenti o cessati, in nessun trattato sistematico di diritto, le successioni vengono collocate prima dei

(114) F. VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 617-620, nt. 1 (in 5 pp., qui p. 619-620).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libri che regolano i diritti nei quali si succede. Non può invocarsi la connessione con il diritto di famiglia, regolato nel libro primo. Difatti solo le successioni legittime si fondano in gran parte sui rapporti di famiglia; ma la successione prescinde da quei rapporti del tutto quando non vi è famiglia e in parte per ciò che riguarda la disponibile. Nel libro delle successioni si trovano affiancate — a torto o a ragione — le *Donazioni.* Le donazioni non hanno niente a che vedere con la famiglia. Esse sono dal codice definite come *contratti* e sarebbe ben strano che di questi contratti si parlasse due libri innanzi a quello in cui tutti gli altri contratti sono regolati. Nel libro delle Successioni e delle Donazioni sono utilizzate come semplici richiami o deroghe una serie di nozioni, le quali sono più compiutamente svolte nel libro delle *Obbligazioni*: le nozioni relative alle dichiarazioni di volontà, modalità delle medesime, vizi etc. Sarebbe una strana inversione riscontrare l'ordine di svolgimento seguito; qualora le Successioni e le Donazioni si trovassero premesse alle Obbligazioni.

Il libro "*Del Lavoro*" è stato *così voluto e tale denominato anche per un motivo squisitamente politico: deve rappresentare un'affermazione del nuovo ordine, il quale tra i pilastri del sistema civilistico pone questo elemento, il lavoro. Già in coerenza con tale premessa il libro del lavoro non può essere collocato al V. posto.*

Ma sussistono anche ragioni tecnico-giuridiche. Il libro del lavoro contiene, oltre la disciplina del lavoro, le imprese e le società, forme strutturali nelle quali più spesso l'impresa si organizza. Questi organismi è opportuno che siano regolati nel libro che segue immediatamente a quello della persona; tant'è che si era perfino pensato di portare nel libro delle persone le società, dopo le persone giuridiche. *Inoltre il lavoro, premesso alla proprietà e ai diritti di credito scolpisce un'altra idea che nella legislazione deve trovare espressione: il lavoro fondamento della proprietà e dei diritti patrimoniali in genere*. Il libro del lavoro tra le Obbligazioni e la Tutela dei diritti è una zeppa e non un'idea: spezza inoltre la successione logica che deve portare al libro finale della Tutela dei diritti.

Voi, Eccellenza, *che avete saputo realizzare l'idea del Libro del lavoro quando tutti brancolavano intorno al vecchio problema del codice unico delle obbligazioni civili e commerciali, non fate rimpic-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciolire o guastare l'idea a questo punto. Imponete, Vi prego, un ordine esteriore che sia l'espressione dell'idea » (115).

(115) Si tratta di una minuta di lettera dattiloscritta datata: Roma, 19 marzo 1942-XX; cfr. supra sub nt. 112. Anzitutto un'osservazione, che ricapitola anche quanto venivamo dicendo. La posizione di 'salvatore' del codice che Grandi autocelebrativamente e col senno di poi (guarda caso, non documentalmente ricostruibile) cerca di attribuirsi, non va smentita solo alla luce del testo che subito dopo prenderemo in considerazione, ma già alla luce di questo, ovvero del clima culturale e politico a cui si accenna: « Il Duce mi ordinava di premettere al codice il memorandum presentato dal partito. Sudai freddo, ma risposi: "Duce, ho già pensato a questo, ma invece di questo mediocre memorandum metterò come premessa al codice civile il testo della Carta del Lavoro, documento di importanza politica fondamentale per lo stato fascista". *Mussolini non era un giurista* ed era *giustamente* orgoglioso della Carta del Lavoro, documento politico importante *ma innocuo e di nessun pericolo per il codice civile*. Mussolini rimase per un momento perplesso, poi scartando il memorandum disse: "così sta bene. La Carta del Lavoro è un documento molto più importante di questo memorandum". *In questo modo salvai il codice civile*. » (D. GRANDI, *Il mio paese*, cit., p. 484). Il meno che si possa dire di questa ricostruzione francamente, non trovo altra espressione, 'grottesca' (che però assai probabilmente 'mette in dialogo' e personalizza la drammatizzazione del contrasto tra le due ali, entrambe interne al regime, della discussione sui principi) è che forse, se colui non era giurista, anche molti altri, a forza di discettare su tali 'innocui' documenti, dovevano aver perso tale qualifica. Ma per uscire dalle ricostruzioni 'addomesticate' e dalle versioni di comodo che spesso si fanno circolare nei periodi di 'decompressione', nei trapassi di regime può piuttosto essere interessante un'osservazione intorno alle critiche di Betti richiamate dal nostro (cfr. sub nt. 112, cit.). Infatti in calce ad un passo che abbiamo già citato e relativo alla concezione vassalliana, identicamente ripetuta nel testo posbellico, in materia di ruolo e nuovo senso, del tutto complementare, del diritto patrimoniale (cfr. supra nt. 29), è aggiunta una significativa precisazione, di cui per solito si tende a sottolineare l'aspetto di critica della modalità con cui Betti sosteneva idee, peraltro, è bene premettere, largamente condivise dal Vassalli medesimo: « Una rappresentazione efficace e d'ampio respiro delle esigenze di politica legislativa che si proponevano alla riforma del diritto patrimoniale, e che in parte si attuarono, in parte si smarrirono per compromessi o si corruppero per insufficienze di tecnica, fu data dal Betti, già durante i lavori (*Per la riforma del c.c. in materia patrimoniale*, *Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*. Nota all'Istituto lombardo di scienze e lettere, *Rendiconti* Lettere, vol. LXXIV, 2, 1940-41, pag. 301 segg.): dove sia lecito rimpiangere il frequente riferimento di codeste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in uomo sì dotto, a cui non poteva sfuggire come si trattasse di motivi diffusi nella coscienza del tempo e discussi o attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura » (*Motivi e caratteri,* cit. p. 622, nt. 2). Ora, a parte che la distinzione tra « esigenze di *politica* legislativa » e il riferimento alle idee che quella politica dettavano, poteva forse essere così precisamente rivendicata solo nel dopoguerra, abbiamo già accennato più volte che la tesi secondo cui vi sarebbe stata incompatibilità tra alta cultura e adesione convinta, e appunto culturalmente motivata, al fascismo, ci sembra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Comunque si voglia valutare la notizia relativa al contributo ministeriale al V libro — nel dopoguerra forse con qualche preci-

---

'noventianamente' intenibile; e inesplicabile non doveva certo essere in particolare in relazione a Betti, la cui esperienza costituisce, non per caso, una delle migliori confutazioni di detta tesi; allora come ora, se, come ha avuto a notare Antonio Baldassarre, quell'adesione, forse 'ingenuamente', lo caratterizzava ancora ben oltre, scolpendo almeno un carattere assai lontano da quello così magistralmente descritto dall'amico di Pavese, Davide Laiolo: « In conclusione, sento di dover ricordare una pagina del libro che mi ha ricordato un momento bello della mia vita. Nelle pagine in cui Irti descrive i centri commerciali, come nella pagina iniziale in cui riprende Einaudi, ho rivisto lo stile di una persona, di un Maestro che allora io e Irti frequentavamo insieme, cioè Emilio Betti. Emilio Betti, nell'Università La Sapienza di Roma, era stato esiliato in uno stanzino al piano superiore. Si sa com'è l'università. Nell'università ci sono delle persone profondamente meschine, che, più che in altri ambienti, vivono la loro meschinità con forte coerenza, da professori, quali sono: Emilio Betti è stato vittima di una cosa di questo genere, perché era un professore controcorrente, che nei primi anni Sessanta si dichiarava ancora fascista. Ai pochi giovani che se ne infischiavano delle sue idee politiche, era concesso di seguire, quasi in forma privata, le sue magistrali lezioni. » (A. BALDASSARRE, Intervento in discussione, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, introduzione di N. Irti, Roma-Bari, 1999, pp. 61-62). Se le cose stanno così può essere assai interessante — altresì, più generalmente, in relazione a quanto veniamo dicendo nel testo sull'atteggiamento vassalliano in tema di coordinamento, « discretamente » alluso anche nell'aggiunta in calce subito sopra richiamata e, soprattutto, per un più libero giudizio sulla qualità complessiva del codice, pur chiaramente espresso in un momento particolare —, può essere di qualche interesse leggere ciò che Vassalli scrive proprio a Betti (e proprio in rapporto allo scritto 'lombardo') alcun tempo prima di perorare presso Grandi un cambiamento sistematico così profondo, e ormai, appunto, non più praticabile: « Caro Betti, Ti sono molto grato del pensiero che hai avuto di mandarmi diversi Tuoi scritti che non avevo. Sai quanto io apprezzi tutte le manifestazioni del Tuo ingegno e della rara Tua cultura. Ho letto con enorme interesse codesti scritti che in fondo sono ricollegati da un filo ideale, e risentono delle stesse preoccupazioni. Caro Betti, Tu sei più giovane di me e per questo ancora soffri più di me. Non c'è niente da fare. Né in questo, né in altro. Per gli uomini di buona volontà ci sarà forse il paradiso. *Nella nota all'Istituto Lombardo hai detto delle cose dure, che saranno spiacevoli a molti: e tuttavia non hai detto che un'infinitesima parte di ciò che si dovrebbe dire (poi, perché?). E tuttavia tradisci nel Tuo accoramento la Tua passione e la Tua fede. Destinate a subire altre delusioni: per esempio, a pag. 340 e prima a pag. 301. Tu mostri di credere al coordinamento e, da quel competente che sei, avverti tutta l'importanza e la delicatezza di un'operazione siffatta, soprattutto rispetto ad un codice a formazione multipla e frammentaria come questo.* Il coordinamento, *che avrebbe potuto salvare il codice*, e ch'era comunque operazione da far tremare le vene e i polsi, è stato *retrocesso* a funzione dell'ufficio legislativo del Ministero, con la collaborazione dei segretari dei diversi comitati di redazione. Ci sono, è vero, tre bravi studiosi come Ferri, Grassetti e Nicolò, ma oltre la dottrina, ci vuole in codeste riunioni energia, combattività, autorità: e neppur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione e reticenza insieme 'ricontestualizzato', senza comunque occultare più di tanto la reale sintonia — contenuta in una chiusa, peraltro, di grande significato per la finale richiesta di un ordine sistematico ancora più *espressivo* un'idea politico-giuridica al tempo null'affatto in contrasto con le specifiche esigenze della tecnica scientifica, una richiesta che anzi vede lo scienziato del diritto su posizioni più avanzate, di modernizzazione strutturale potremmo definirle, dello stesso portatore immediato della volontà politica; comunque si debba, allo stato, considerare l'esplicita fortemente sentita delusione, per vero già affacciatasi e adombrata qualche mese prima, per la fase del (a suo avviso, qui in perlomeno 'oggettiva' e apparente concordia con l'opinione espressa da Calamandrei, e con altri toni anche da Mossa, sostanzialmente mancato) coordinamento — appunto legata a quelle più lucide e avanzate posizioni —, una delusione che lo fa in qualche modo sentire vicino alle posizioni espresse dal Betti in un celebre e controverso saggio; comunque su questi punti si ragioni, due cose ci paiono evidenti. Anzitutto la straordinaria — naturalmente non siamo noi a scoprirlo, si tratta solo di una sia pur importante conferma — intelligenza e finezza giuridica di Filippo Vassalli: le sue riflessioni sull'unità sistematica del codice, tutte pienamente sottoscrivibili sotto il profilo strutturale (ma ci voleva lui per individuarle e così lucidamente formularle),

---

basta! *Quindi, quel che è stato è stato. Rimane il rimpianto che si sarebbe potuto far meglio, assai meglio, anche senza fare opera perfetta, che non è di questo mondo: e saremo invece obbligati a presentarci in giro, una volta di più, con un'opera sulla quale il mondo giudicherà della nostra capacità e che è cento volte inferiore alla capacità medesima.Io non mi posso rimproverare di non aver lottato come e finché ho potuto: ne ho la riprova, quasi infallibile, da quasi un anno nessuno mi ha più cercato. E questo (vedi che non sono uno scettico) mi ha messo la coscienza a posto.*Ora parliamo un istante di ciò che è il campo nostro, dove non ci possono fare né bene né male. Mi sono dedicato di nuovo al Trattato: *si farà sul nuovo codice, e forse rimedierà a tante mende che di lì non si sono potute levare.* Ho rifatto il piano, naturalmente, ma quel volume di parte generale per cui avevo pregato Te e Allorio non lo voglio eliminare: rivedremo la collocazione e un po', forse, la struttura e il contenuto. Sarebbe perciò utile che Tu e Allorio mi faceste conoscere dappresso tutto quello che avete già predisposto: sul concreto parleremo e decideremo.L'editore è una casa signorile, rispetta gli studi, mi ha molta deferenza e mi aiuterà a fare qualche cosa di cui dovremo essere forse più soddisfatti che di quello che ci è stato dato di fare finora. Perciò telefonami o fatti vivo altrimenti. Cordiali saluti e, di nuovo, grazie. » (20 gennaio '42 - XX; tutti i corsivi sono nostri, come ovviamente, dove non diversamente segnalato, anche nei passi citati nel testo.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non solo chiariscono la differenza che sempre sembra intercorrere tra progettualità codificatoria e le circostanze storiche contingenti, talora concrete, talora solo banali, che frequentemente 'resistono', anche solo con la loro opacità, alla integrale realizzazione; ma, secondariamente — e visto ch'esse chiariscono anche al giurista (e principalmente al civilista) colto di oggi molti degli snodi più nebulosi dell'intelaiatura certamente innovativa del nostro codice, di quella topografia che ha sicuramente svolto un ruolo non indifferente in pro del mantenimento del medesimo — per una volta si potrà rimpiangere la mancanza di radicalità e comunque quel calo di tensione finale a livello ministeriale e organizzativo, che ha impedito l'accoglimento di quel suggerimento così illuminante. Anche il dibattito successivo se ne sarebbe potuto avvantaggiare, magari incanalandosi su binari un po' diversi. Resta, in ogni caso, ai nostri fini acquisita, e ce ne possiamo per ora contentare, un'altra dimensione di riflessione e approfondimento: pare, cioè, recuperata una possibilità di discussione sulla problematicità sotto lo stesso profilo concettuale — adesso non più esclusivamente o soltanto politica — della soluzione che sembrò a caldo l'unica plausibile. Anche a questo proposito, a meglio definire il quadro, ci può venire in soccorso una trascurata intuizione di Mossa, che sarà anche stato un insopportabile demonizzatore o « prevenuto politicamente », sì, ma acuto. Dopo aver descritto il tormentato livello di una discussione politica, a suo avviso « völlig eingesponnen in dem Gedanken eines italienischen Verfassungsaufbau » e nel percorso compromissorio e accidentato di contrasti tra « forze capitalistiche e anticapitalistiche, sociali e individualistiche » che ad essa deve condurre nell'incapacità di prestare attenzione ad altre istanze — tra le quali, immancabilmente la sua richiesta, a questa altezza temporale però leggermente modificata, a proporre 'soltanto' « die Beseitigung der das Wirtschaftsrecht betreffenden Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches » — su altri piani ugualmente legittime, al rischio di introdurre nell'Italia in via di democratizzazione qualche germe dei « typischen hassenswerten Mangel des Totalitarismus » — diagnosi che anche se potranno sembrare talora semplicistiche denotano una sensibilità del tutto inusitata rispetto alla sua provenienza disciplinare e alle esigenze dell'ora — Mossa passa a considerare nuovamente, in un contesto di valutazione molto duro delle reali forze e interessi sociali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che vi starebbero dietro, la scelta riduttiva, e aggiunge una qualificazione interessante: « Es wäre indessen hoch abwegig und ungerecht, angesichts dieses in der Neubildung begriffenen Staates, angesichts einer Gesellschaft des Verzichtes und des mangelnden Gemeinschaftsgefühls von einer blossen Fortsetzung der einseitigen faschistischen Gesetzgebung sprechen zu wollen. Und doch bleibt diese Gesetzgebung *formell* bei Bestand. Man hat *nur einzelne mehr oder minder wesentliche Teile* eingerissen, *in der unklaren Vorstellung einer Reinigung der Gesetzbücher,* aber in der bewussten Absicht bestimmter Gruppen und Klungel, im Interesse der Gruppen und wirtschaftlichen Unternehmen, *aus einer rein ausserlichen Reinigung* ohne Ernstlichkeit und Redlichkeit Nutzen zu ziehen » (116). Lasciando da parte uno dei suggerimenti più forti che proviene da questo come da molti altri testi mossiani, ovvero la provocazione, quasi costantemente accolta da un assordante silenzio, a cogliere gli elementi specificamente fascisti del codice (e del movimento politico in generale), anche a causa del 'tradimento' perpetrato nei confronti dei contenuti in astratto socialmente (vivantianamente) sviluppabili delle idee corporative, nella loro corrispondenza e funzionalità alla modernizzazione e ristrutturazione del capitalismo italiano e dei grandi monopoli di interessi organizzati — e quindi anche, in quella medesima direzione interpretare, alla fine, la epurazione 'limitata'; provocazione in ogni caso destinata a restar tale se non sostenuta da un apparato analitico e storiografico capace di approfondirla realisticamente e partitamente — il profilo che ci interessa è quello relativo al nuovo strato ermeneutico aggiungibile, che va al di là della mera contrapposizione, anche parzialmente mantenuta tra codici fascisti/codici tecnici (non fascisti). Questo strato ulteriore implica una dinamizzazione del giudizio ed il cogliere, tuttavia, ancora più in profondità la contraddizione interna della soluzione generalmente accolta. Non ha infatti senso proprio continuare a parlare *staticamente del* codice del 1942 (e discettare sul suo 'fascismo' o meno), come se, nel tragico dinamismo del vero e proprio trapasso storico istituzionale e umano da poco intercorso, esso avesse potuto transitare indenne, mantenendosi, anche prima degli interventi e polemiche discussioni, indeformabile; piuttosto andrà

(116) L. Mossa, *Die Kodifikation*, cit., p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notato che la sua piattaforma non solo 'costituzionale', ma anche sociale, una piattaforma che tuttavia lo innervava profondamente, è già andata distrutta: « *Nun die Kodifikation als politisch-soziales Werk vernichtet ist*, mögen auch seine Schöpfungen in den Gesetzen des Privat- und Prozessrechtes Bestand zeigen, *ist es keine leichter gewordene Aufgabe, den Sinn dessen zu erkennen, was hinfällig geworden ist, und dessen, was überlebt* — sei es vermoge des Gesetzes der Tragheit, sei es aus tiefergehenden und achtungswerteren Grunden » (117). In una parola, se la codificazione come monumento, come opera politico-sociale è andata distrutta, se, su quel livello, su quel piano di stratificazione è venuto meno il contesto, la possibilità di ossigenazione dell'organismo, allora la metodologia stessa del procedimento di 'disinfezione' è non sufficientemente riflettuta o cerca di adeguarsi a dei fini che — giusta la stessa parola d'ordine di attesa della decisione fondamentale della Costituzione — sono prematuri, non coerenti, non capaci per definizione di scendere a incidere in profondità e, soprattutto, anticipabili dalla scienza civilistica solo presupponendo questa capace di farsi carico di una scelta politica innovativa alla quale essa sembra appunto del tutto apertamente volersi sottrarre. Insomma la raffigurazione che correntemente è invalsa di un procedimento di epurazione del codice non è stata sottoposta ad alcuna analisi approfondita in relazione alla sua sostenibilità e praticabilità: « l''idea di una 'purificazione' dei codici è essa stessa non chiara ». L'indicazione di Mossa, lo stiamo constatando, è puntuale ed infatti trova un riscontro inopinato, ma assolutamente inconfutabile nelle stesse parole introduttive alla pubblicazione, anticipata rispetto alla stampa integrale delle relazioni, di quell'assolutamente sintomatico 'specchio dell'epurazione esegetica' che, per l''utilità di consultazione', ma soprattutto per il suo impatto visivo più eloquente di molte parole, restituiamo in appendice. L'ammissione che il processo di defascistizzazione è 'incompiuto', in radicale parallelo con la sua più ampia vicenda, è fatta certo a mezza bocca — tra l'altro, non per caso, depotenziando, in un primo momento, il valore dell'argomento sistematico — ma risulta alla fin fine inequivocabile, specialmente nell'invocazione conclusiva, ma forse scetticamente ottativa nella

(117) L. MOSSA, *Die Kodifikation*, cit., p. 315.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formulazione (quel significativo « dovrà pur... »), di un intervento complessivamente e decisivamente risanatore del legislatore, che doveva (ma beckettianamente o buzzatianamente) attendersi: « Di questa però occorre precisare i limiti. Essa ha anzitutto per oggetto i codici civile, di procedura civile e della navigazione. La revisione dei testi è stata già estesa anche al codice penale, parte generale, e alla legge sul fallimento e le altre procedure concorsuali, ma con risultato per altro negativo. In essa inoltre sono menzionate soltanto le disposizioni di contenuto essenzialmente fascista, *agevolmente isolabili dalle altre e quindi tali che la loro soppressione o modifica non esplica effetti diretti o riflessi su queste.* Non sono invece comprese negli elenchi *le innovazioni la cui ispirazione politica è mediata e indiretta, e le norme rispetto alle quali l'influenza fascista è soltanto estrinseca, nel senso che essa ha inciso sul loro inquadramento, sulla loro ubicazione e su altre sfumature esteriori alla loro essenza, senza corrompere intrinsecamente quest'ultima.* Per tali innovazioni e norme la defascistizzazione è certamente meno urgente, *ma soprattutto è incomparabilmente meno agevole, perché l'eliminazione dell'aspetto fascista richiede modifiche di più vasta portata, varianti nella sistemazione accolta o addirittura decentramenti in leggi speciali. Ora il legislatore dovrà pur proporsi un tale programma, ma questo postula un piano di attuazione più esteso, nell'ampiezza e nel tempo,* di quello che sembra conveniente realizzare senza ulteriore indugio » (118). La precomprensione ermeneutica che, appunto, predetermina i risultati è di nuovo chiara nella sua natura puramente esegetica: non si tratta in questo caso di un tutto storicamente organico, ma se una norma, a facilitare il lavoro, si 'confessa' *essenzialmente* fascista è chiaro che la sua soppressione — con un procedimento molto astratto che richiamerebbe oggi il computeristico 'taglia e incolla' — « non esplica effetti diretti o riflessi » sulle altre. Altrimenti — nonostante il paradossale trasferimento di quella qualifica di estrinsecità, dal Calamandrei riservata alle norme facilmente identificabili, adesso invece a designare la 'topografia', la struttura sistematica medesima — tutto diventa più difficile e ciò che è 'indiretto' e 'mediato' non solo non si apprende, ma viene *sic et simpliciter* demandato al

(118) Cfr. per il riferimento e la restituzione completa del testo, *infra*, *Appendice* II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislatore, con questa ulteriore ammissione, tale comunque da contestare, perlomeno in parte, se non sotto il profilo dell'urgenza, certo sotto quello dell'attendibilità dell'analisi, l'idea poi pacificamente accolta: perché, infine, a questo proposito si richiedono (e sarebbero necessarie) « modifiche di più vasta portata, varianti nella sistemazione accolta o addirittura decentramento in leggi speciali ». Anche qui si apre dunque un compito per lo storico che, almeno (ma ovviamente, non solo) in riferimento agli intendimenti e analisi dei giuristi al tempo membri delle commissioni, e allargando però la visuale anche con riferimento al prosieguo della loro attività, dovrà forse porsi il problema della 'fascistizzazione mediata', e del suo significato complessivo, alla luce della ripresa del discorso sul processo di formazione. Ma resta un'ultima indicazione che, in connessione a quanto appena osservato, bisognerà ricavare dagli interventi coevi; stavolta però dal concretissimo senso esperienziale del diritto che reggeva l'analisi ingiustamente (od opportunamente?) dimenticata di Enrico Finzi, che vogliamo ascoltare ancora una volta: « E si consideri attentamente il Codice Civile, *specie nella sua parte di diritto patrimoniale: esso è tutto fondato sopra un duplice presupposto ideologico e organico: l'autoritarismo asfissiante dello Stato e la struttura corporativa dell'economia*, e si appoggia espressamente, come a premessa logica costante, su quella Carta del Lavoro, che è già stata cancellata dalla nostra legislazione; *possibile che si abbia ad insegnare ed attuare come vero e giusto il corollario di un teorema che sappiamo e proclamiamo errato e ingiusto? E che non si veda il grave pericolo politico e psicologico determinato dalla conservazione, dalla diffusione, dalla illustrazione di leggi che hanno per presupposto immanente una ideologia che neghiamo, respingiamo e combattiamo? Non è forse il modo questo, invece, per diffonderla e radicarla nella coscienza dei giovani? E non è forse bene intervenire senz'altro, finché i codici fascisti non sono ancora entrati nell'uso comune,* ad eliminarli dal nostro mondo giuridico? « Principis obsta », è ancora un saggio ammonimento.

Meglio, non v'ha dubbio, tornare ai vecchi codici, coi loro difetti, con le loro lacune, con il loro stile un poco fuori moda: essi erano e sono i nostri codici, la espressione consapevole, meditata della unità nazionale faticosamente raggiunta, diffusi nella generale coscienza da una lunghissima pratica in regime di libertà, che aveva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portato, attraverso il fecondo magistero della interpretazione giurisprudenziale, ad affinarli e perfezionarli, a farne sopra tutto carne della nostra carne, espressione vera della volontà popolare, rispetto alla quale vigeva, e potrà rivivere, quel senso della legalità, la cui scomparsa tanto giustamente si depreca.

Quel senso della legalità che noi non potremmo predicare ed *insegnare dalla cattedra ai giovani se fossimo costretti ad ogni pié sospinto a contrapporre alla legge lo spirito che la espresse, a svuotarla del suo contenuto spirituale, anzi a condannarla appunto per le finalità essenziali che essa tendeva a raggiungere e per le idee fondamentali che presuppone.*

Né d'altra parte, l'opera di critica feconda, che tenderà ad avviare alla costruzione delle nuove leggi, è bene che parta dalla artificiosa ed arbitraria legislazione fascista, ma, pur tenendo conto anche di questa, deve invece riannodarsi alla vecchia tradizione, cui si devono anche le migliori riforme contenute nei codici nuovi, e che da decenni lotta allo scopo di permeare il nostro diritto privato di quel sano senso di *validità* che valga a renderlo *sempre più aderente alle esigenze di una concezione radicalmente democratica dello Stato* » (119). Infatti anche chi non poteva allora o non può oggi condividere *in toto* storicamente il giudizio sui codici liberali, può consentire col 'pragmatista' (che qui senz'altro pone quel suo patrimonio culturale al servizio di una sottile, ancorché perdente linea di politica scientifica e legislativa) Finzi su alcuni punti tutt'affatto secondari. Anzitutto l'ammonimento — e andrebbero storicamente e sociologicamente valutati gli effetti e soprattutto la misura e la durata dell'eventuale realizzarsi postbellico del suo contenuto — relativo ad una diffusione e a un radicamento, via defascistizzazione 'mancata' in ambito giuridico, di quell'ideologia, sempre in quell'ambito considerata. Di poi l'idea che anche il diritto civile e la sua scienza avessero (abbiano?) bisogno di sentirsi coinvolti ed essere parte di un processo reale di democratizzazione del diritto. Ma a noi interessa adesso richiamare soprattutto l'attenzione sull'individuazione di un percorso di fatto che, poiché appunto la linea da Finzi propugnata non ebbe a passare, può ora tradursi in intuizione storiografica feconda, non andando così del tutto perduto. Se infatti la defascistizzazione

(119) E. Finzi, *Il problema dei codici fascisti*, cit. (cfr. *Appendice* I).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espressa, per i motivi che abbiam visto, non ha potuto essere che di « limitata ampiezza » e se sotto il profilo legislativo quel piano di attuazione più ampio ed esteso nel tempo non è seguito, resta da tematizzare e da valutare quella che, per analogia a quanto sopra osservavamo, potrebbe dirsi, sempre che sia documentalmente possibile seguirne le tracce, la defascistizzazione 'mediata' o strisciante, ad opera principalmente della giurisprudenza e dell'insegnamento: anzi, questa dovrebbe essere l'altra faccia della domanda relativa al radicamento postbellico dell'ideologia, così come Finzi proponeva. E di questa ricerca possibile, proprio nel suo testo troviamo le coordinate, relative a quell'atteggiamento ermeneutico certamente defatigante e sotterraneo che, nella mantenuta vigenza del codice al di là della durata vitale della sua piattaforma storico-sociale, ha proceduto « a ogni piè sospinto a contrapporre alla legge lo spirito che la espresse » e « a svuotarla del suo contenuto spirituale »: il seguire le piste di questo progressivo svuotamento dall'interno e riadattamento di strutture codicistiche ad un nuovo quadro complessivo potrebbe aprire scorci anche teoricamente interessanti sulla effettiva relazione e ricomposizione delle forze in campo nella prima fase del secondo dopoguerra, e fornire spunti interessanti sulla realtà di un'trapianto' delle strutture legislative da un ordinamento all'altro. Naturalmente una tale 'microstoria del codice' dovrà prendere le mosse dalla constatazione di un fenomeno che la proposta di Finzi tendeva a scongiurare e che invece era implicato, e radicalmente implicato, nel discorso minimalista dei vincitori. Ci riferiamo alla conseguenza retoricamente necessitata della scelta produttiva e fondatrice della tesi della continuità tecnica, cui abbiamo alluso anche in precedenza, e che ad uno dei suoi rappresentanti più impegnati cadeva dalla penna, per così dire, 'arrovesciata': *« I giuristi, per la loro insopprimibile natura, hanno funzione di retroguardia*: giungono per ultimi a sistemare il terreno e a sgombrare le macerie là dove sono passate le rivoluzioni. Per questo la legislazione fascista non è stata una di quelle codificazioni che segnano una data, perché nel campo sociale non è stata preceduta da una rivoluzione; né si può qualificare come « fascista » o come « rivoluzionaria » una codificazione che, per gran parte, ha rappresentato soltanto il resultato di *una evoluzione quasi secolare che si iniziò nel 1865, e di cui il fascismo non ha fatto altro che segnare col*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio emblema il punto d'arrivo » (120). In verità, a nostro avviso, la *consecutio temporum* del passo andrebbe — a prescindere dalla singolarissima chiusa, che, giocando un po' coi termini, ci servirà per chiudere — esattamente invertita: proprio l'aver voluto scegliere — in quell'alternativa che, per un momento almeno, lo stesso Vassalli indicava più correttamente come aperta, tra lo stare cioè il codice a rappresentare « un mondo ch'è stato o un mondo com'è prospettato o desiderato » — l'affermazione non scontata ma 'produttiva' della prima possibilità, rendeva necessario raffigurare il passato della scienza giuridica 'durante' il fascismo non come il tentativo di assurgere ad un ruolo d'intellettualità organica, che accompagnasse le novità del mondo produttivo, sociale, e politico, ma, appunto, come lavoro di retroguardia. Il prezzo pagato per l'affermazione di una via 'morbida' alla transizione fu dunque quello della rinuncia, per la civilistica e processual-civilistica, che ora ci affaticano, a svolgere un ruolo di punta nell'opera di ricostruzione, così come per la prima ebbe precisamente a notare, qualche anno fa, non altri che Natalino Irti, parlando felicemente di *straniamento*: « Eppure la nostra disciplina — la dottrina del diritto civile — seguitava per le antiche strade. Sul tavolo di studio campeggiavano il codice civile e le *Dottrine generali* di Francesco Santoro-Passarelli, risalenti al 1944. *Libri simbolici*: l'uno, della legge, che si ordina in unità e stabilità; l'altro, della scienza, che si raccoglie in parole di certezza e in fede di definizioni. Tutto sembrava concluso. Qualche nota di 'aggiornamento', qualche 'appendice' o 'postilla'; e saremmo subito tornati sotto le quiete volte della casa paterna. Questa era la separazione, lo *straniamento* (non saprei trovare altra parola) della nostra dottrina: l'esser lontana, il porsi fuori dalla cultura del tempo. Gli storici, generosi o indulgenti, sogliono vedere in questa estraneità lo schermo difensivo, innalzato contro le seduzioni ideologiche del fascismo. Forse sarebbe stato più utile misurasi con esse, e cogliere il significato dell'esperienza (come pur seguì, fra le due guerre, per la proprietà e per i principi generali di diritto). *L'argine*, comunque, *non cadde con il fascismo*, e mostrò di isolare il diritto civile

(120) P. CALAMANDREI, *Sulla riforma*, cit., p. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche nei confronti della cultura postbellica » (121). Abbiamo cercato di incominciare a vedere perché. Se perciò concludendo il nostro esperimento, volessimo ricapitolare brevemente il percorso, o meglio, le ipotesi degli ulteriori lavori di scavo da compiere, potremmo per semplicità così procedere, in una forma cioè, che più volte abbiamo già incontrato nelle nostre fonti, ovvero l'elenco: *a*) probabilmente il grado di fascistizzazione del codice fu in generale più profondo di quanto si è per solito disposti ad ammettere (122); *b*) la tesi contraria fu il frutto di una scelta politico-

(121) N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, cit., p. 16.

(122) Bisognerà perciò produrre un'analisi a tappeto, come accennavamo in partenza, dell'effettività iniziale del codice, senza trascurare di riesaminare, prendendola 'sul serio', la letteratura 'sistematica' coeva; un buon esempio di ciò che si intende potrebbe essere, anche per cognizione di causa, A. PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, in *Il Foro Italiano*, vol. LXVI, Anno 1941, parte quarta, coll. 41-64; molti altri se ne potrebbero aggiungere.In relazione al punto b) che richiamiamo subito dopo nel testo, una interessante conferma al fatto che lo schieramento dei giuristi (valutati sotto il profilo delle loro ascendenze culturali) sia grosso modo parallelo a quello delle rispettive forze politico-culturali di riferimento ci sembra fornita — oltre che dall'intervento di Santoro-Passarelli (*La riforma dei codici*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 34 ss.), in difesa certo del nuovo codice, ma ancor più, se possibile, negatore della possibilità di anche solo adombrare la sgraditissima tesi di un 'tradimento dei chierici' (Benda non ha mai del resto neppur in altri simili casi goduto di buona stampa), e dalla polemica, pubblicata sulle pagine del periodico politico-culturale *Meridiano*, tra il 1945 e il 1946, sull'assolutismo legislativo(o meno) del Capo primo delle Disposizioni sulla legge in generale (art. 1-9) tra Giuseppe Stolfi, che ne proponeva la soppressione, e Giuseppe Ferri, in modo molto opportuno riportata alla luce da G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione*, cit., pp.396-397(che richiama anche gli interventi e le diversificate sfumature di Pio Fedele e R. Monaco) — dalla presa di posizione in favore della tecnicità dei codici di M. ROTONDI, *La riforma della legislazione privatistica e del codice civile* (1944), ora in ID., *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione*, Padova, 1964, pp. 253 ss. Merita infatti spendere due parole sulla rivista clandestina, *Lo Stato Moderno* di Mario Paggi, nella quale originariamente il saggio fu pubblicato. Infatti si trattava di una rivista riformista, che dedicava particolare attenzione e riferimento alla necessità di ristrutturare l'organizzazione dello stato, l'amministrazione della giustizia e al decentramento, e quasi tutti i suoi redattori militavano nel Partito d'Azione ed erano sostenitori di « un grande partito democratico » sì, ma lontano da tentazioni giacobine o massimaliste (cfr. F. CORLEONE e P. IGNAZI, a cura di, *« Lo Stato Moderno ». Una rivista anticipatrice*, Firenze, 1989). Forse non sarebbe illegittimo scorgere nella scelta di una posizione moderata, 'alla Calamandrei', per intendersi, di nuovo e nello stesso senso del processualcivilista fiorentino, una corrispondenza, sul piano giuridico codicistico, a quelle istanze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica e di 'retorica generativa' operata da uno dei fronti della polemica sull'atteggiamento da assumere nei confronti del medesimo dopo la caduta del regime; *c*) tale polemica sul codice fu un momento di *scontro simbolico* molto rilevante, al di là del risultato finale — comunque in sé e per sé non 'inevitabile', vista, tra l'altro, l'imperfezione del nuovo codice, proclamata anche da voci insospettabili come quella dello stesso Vassalli, il quale già nel gennaio del 1942 giungeva a ritenerlo, in forza del 'retrocesso' coordinamento, che, solo « avrebbe potuto salvare il codice », addirittura « cento volte inferiore alla [nostra, sc. della scienza] capacità medesima », ma dovuto non tanto o soltanto all'assenza di 'massimalismo' della soluzione moderata scelta, quanto piuttosto alla 'spossatezza' della stessa scienza giuridica e all'assenza di volontà politica corrispondente — tra due concezioni della scienza giuridica e del suo rapporto con la società, le quali implicavano anche due concezioni diverse del tempo: di un tempo *lineare*, quella maggioritaria, della necessità di *sospendere il tempo storico* per segnare una volta per tutte la discontinuità rispetto al fascismo e il passaggio ad una democrazia giuridica radicale e sociale, l'altra; *d*) la polemica costituisce un rilevante caso particolare di quella più ampia sviluppatasi nel paese in relazione al processo di epurazione, e i fronti si ripartiscono anche simmetricamente (risultando dunque i principali sconfitti, in entrambi i casi, rappresentanti di impostazioni definibili in senso ampio democratico-radicali, liberal-socialiste, o, propriamente, socialistiche); *e*) la scelta per una defascistizzazione 'mancata' o 'a limitata ampiezza' ha costituito, nella non chiarezza concettuale dei suoi presupposti e svolgimenti, la premessa per la rinuncia ad un ruolo organico e centrale della scienza giuridica civilistica (e non solo) almeno nel periodo iniziale del dopoguerra; *f*) infine, una delle premesse generali a tutti questi punti potrebbe essere costituita dalla ampiamente condivisa, sia da conservatori che da progressisti o rivoluzionari 'istituzionali' (non a caso accomunati nella concezione del tempo), sottovalutazione (anche culturale) della specificità del fenomeno fascista, ridotto in casi limite ad « etichetta » od « emblema » di uno sviluppo indipendente (naturalmente progressivo): « Il fascismo, come non ha potuto durante il suo ventennio impedire agli alberi di continuare a metter foglie ad ogni primavera, così non ha potuto impedire al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensiero scientifico *di continuare a difendere*, con fedele sotterranea ostinazione, *la continuità tra il passato e l'avvenire*. Ciò è avvenuto anche nel campo della scienza giuridica; la quale, nel preparare i codici poi entrati in vigore coll'emblema fascista, ha suggerito soluzioni di problemi tecnici *che sarebbero state adottate identiche anche se non ci fosse stato il fascismo, semplicemente perché a quelle conclusioni portava il progresso* degli studi e *l'evoluzione storica della vita sociale* » (123). Sarebbe inutile e ingeneroso commentare in chiusura autonomamente da parte di chi a quei tempi è ricollegato solo da racconti familiari e letture storiche, se non nella finale sottolineatura del ruolo che la concezione 'soggettiva' del rapporto storia/tempo decisivamente riveste per tutta l'impostazione del problema, che lasciamo però, come avevamo promesso, ad altra e tragicamente più credibile voce: « La tradizione degli oppressi ci insegna che lo « stato di emergenza » in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere ad un concetto di storia che corrisponda a questo fatto. Avremo allora di fronte, come nostro compito, la creazione del vero stato di emergenza, e ciò migliorerà la nostra posizione nella lotta contro il fascismo. *La sua fortuna consiste, non da ultimo, in ciò che i suoi avversari lo combattono in nome del progresso come di una legge storica. Lo stupore perché le cose che viviamo sono « ancora » possibili nel ventesimo secolo è tutt'altro che filosofico. Non è all'inizio di nessuna conoscenza, se non di quella che l'idea di storia da cui proviene non sta più in piedi* » (124). Non possiamo che sottoscrivere.

(123) P. CALAMANDREI, *Sulla riforma*, cit., p. 62.
(124) W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, 1976, p. 76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

APPENDICE I

La Nazione del Popolo - Organo del Comitato Toscano di Liberazione Nazionale
Giovedì 25 gennaio 1945

Enrico Finzi

IL PROBLEMA DEI CODICI FASCISTI

Il vero problema relativo ai codici fascisti non è quello della loro conservazione o della loro riforma: come tale il problema è già stato risolto per volontà di popolo e di governo, ed è già stato ufficialmente dichiarato coll'unanime consenso che « il ritorno dello Stato italiano ai principii democratici impone di dare al Paese una legislazione generale del tutto svincolata dalla ideologia del regime fascista e di intraprendere quindi, la revisione dei codici che, preparati e pubblicati sotto l'influenza di detta ideologia, vanno ora da essa purificati ».

Il problema è un altro. Ed è, come tutti i problemi grossi che ci assillano in questo momento, un problema essenzialmente contingente, che la ineluttabile stessa fatalità delle cose ci impone come immediato e transeunte: come per la economia del paese, della quale non esistono che i brandelli e la ricostruzione sarà necessariamente lenta e ardua, ma alla quale è pur necessario provvedere perché il popolo viva: come per la costituzione che, in attesa della costituente, deve pur provvedere a fornire di organi il più possibile adeguati la sovranità dello Stato: si propone per le leggi fondamentali che riguardano i privati, il problema dell'assetto provvisorio, interinale più idoneo a garantire quel minimo di libertà e di giustizia che i tempi consentano.

Poiché indubbiamente « una completa ed organica riforma del codice civile, di procedura civile e della navigazione — così continua il citato comunicato del Consiglio dei Ministri — costituisce un compito assai arduo che richiederà non breve studio », il nostro governo ha provveduto per ora, con appositi decreti legislativi luogotenenziali « ad alcune urgenti modificazioni che valgono a liberare la legislazione civile dalle più evidenti e più gravi contaminazioni apportate dal regime fascista », lasciando in vita, nel loro sistema organico, i codici fascisti.

Tale soluzione del problema transitorio, che pure ha avuto autorevoli consensi, ha trovato altresì voci discordi, alle quali osiamo aggiungere la nostra.

Riconosciamo senz'altro che un rifacimento, nel momento attuale, dei Codici sembra impossibile ed assurdo. La codificazione deve seguire e non precedere l'assetto definitivo istituzionale del paese; essa deve segnare la cristallizzazione dei risultati raggiunti, essere la conclusione, destinata a durare, di un profondo processo di trasformazione che abbia espresso una volontà consapevole e costante del popolo tutto.

Non solo: ma deve essere il frutto di un'ampia, pubblica, generale discussione, per modo che nel suo stesso formarsi venga seguita dalla opinione pubblica, che deve, in qualche modo, saturarsi dei principii e delle norme fermati nella nuova legge.

Processo, quindi, di necessità lento e lungo, gestazione che domanda il suo tempo e che, se affrettata, conduce ad un aborto non vitale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma questa situazione di fatto non importa di necessità che per lunghi anni si debba ancora mantenere in vita il complesso delle leggi fasciste, come ha ritenuto il nostro governo.

Non è questa la sola soluzione possibile né la migliore. Con istintiva spontanea sensibilità politica già la massa dei giureconsulti del mezzogiorno ha chiesto più volte — come regime transitorio — la abrogazione pura e semplice dei codici fascisti e la restaurazione temporanea dei cessati codici liberali; ed a noi questo pare ancora il minore dei mali.

Certo infiniti sono gli inconvenienti che porta con sé il mutamento delle leggi, certo è sgradevole fare consapevolmente qualche passo indietro rispetto ai progressi della tecnica, riattualizzando norme che possono ritenersi più antiquate e meno perfette di quelle che si devono abrogare, ma una esigenza politica inderogabile impone di affrontare anche questo disagio, non ultimo tra gli infiniti danni che il regime cessato ha inflitto e continuerà ad infliggere al nostro sventurato paese.

È assurdo — e direi quasi disonesto — continuare ad imporre al popolo italiano una legge ispirata ad ideologie non solo diverse, ma contrastanti con quelle che, nel suo intimo, il popolo stesso sente e coltiva: è assurdo, e direi quasi disonesto, insegnare, propagare e diffondere per anni e anni, dalla cattedra e nel foro la legislazione fascista, deformandola e quasi invertendola nello spirito che l'ha creata.

I codici fascisti non sono i nostri codici: sebbene curati tecnicamente anche da alcuni giuristi che non erano certo seguaci delle idee dominanti; sebbene, sotto certi aspetti, segnino il punto di arrivo di una evoluzione già iniziata in regime liberale e rappresentino per ciò un indubbio progresso, essi sono pur sempre volutamente, consapevolmente, espressamente contrari al principio liberale; essi segnano, e vogliono segnare, la condanna e la irrisione degli « immortali principii » che tendevano a garantire ad ogni cittadino una rete inviolabile di libertà, ne difendevano e rafforzavano la personalità; essi segnano e vogliono segnare la supremazia di quel soffocante principio di autorità per cui l'individuo doveva annullarsi nello stato, così come questo, a sua volta, si annullava nel dittatore.

Non vi possono essere equivoci su questo punto: si legga ad esempio la relazione che precede il codice di procedura civile e vi si troverà scritto « apertis verbis » (ed è la verità): « *il fattore decisivo* che ha reso possibile l'attuazione della riforma preparata dalla scienza *è stato indubbiamente il fattore politico. Se il codice del 1865, fu per ragioni storiche forse neppure avvertite dai suoi autori, espressione di quelle premesse individualistiche che stavano alla base dello Stato liberale, il codice del 1940 vuol essere con decisa consapevolezza espressione storica dello Stato fascista e corporativo.* Il rafforzamento del principio di autorità nello Stato si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell'autorità del giudice: rafforzamento, però, che non si riduce ad un semplice aumento dei poteri di un organo dello Stato, né ad una estensione della ingerenza di questo nei rapporti della vita privata e nella sfera dei diritti individuali del cittadino, *ma che è espressione di un mutato rapporto nella valutazione degli interessi tutelati e garantiti dal diritto* ».

E si consideri attentamente il Codice Civile, specie nella sua parte di diritto patrimoniale: esso è tutto fondato sopra un duplice presupposto ideologico ed organico: l'autoritarismo asfissiante dello Stato e la struttura corporativa della economia, e si appoggia espressamente, come a premessa logica costante, su quella Carta del Lavoro, che è già stata cancellata dalla nostra legislazione; possibile che si abbia ad insegnare ed attuare come vero e giusto il corollario di un teorema che sappiamo e proclamiamo errato e ingiusto? E che non si veda il grave pericolo politico e psicologico determinato dalla conservazione, dalla diffusione, dalla illustrazione di leggi che hanno per presupposto immanente una ideologia che neghiamo, respingiamo e combattiamo? Non è forse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il modo questo, invece, per diffonderla e radicarla nella coscienza dei giovani? E non è forse bene intervenire senz'altro, finché i codici fascisti non sono ancora entrati nell'uso comune, ad eliminarli dal nostro mondo giuridico? « Principis obsta », è ancora un saggio ammonimento.

Meglio, non v'ha dubbio, tornare ai vecchi codici, coi loro difetti, con le loro lacune, con il loro stile un poco fuori moda: essi erano e sono i nostri codici, la espressione consapevole, meditata della unità nazionale faticosamente raggiunta, diffusi nella generale coscienza da una lunghissima pratica in regime di libertà, che aveva portato, attraverso il fecondo magistero della interpretazione giurisprudenziale, ad affinarli e perfezionarli, a farne sopra tutto carne della nostra carne, espressione vera della volontà popolare, rispetto alla quale vigeva, e potrà rivivere, quel senso della legalità, la cui scomparsa tanto giustamente si depreca.

Quel senso della legalità che noi non potremmo predicare ed insegnare dalla cattedra ai giovani se fossimo costretti ad ogni pié sospinto a contrapporre alla legge lo spirito che la espresse, a svuotarla del suo contenuto spirituale, anzi a condannarla appunto per le finalità essenziali che essa tendeva a raggiungere e per le idee fondamentali che presuppone.

Né d'altra parte, l'opera di critica feconda, che tenderà ad avviare alla costruzione delle nuove leggi, è bene che parta dalla artificiosa ed arbitraria legislazione fascista, ma, pur tenendo conto anche di questa, deve invece riannodarsi alla vecchia tradizione, cui si devono anche le migliori riforme contenute nei codici nuovi, e che da decenni lotta allo scopo di permeare il nostro diritto privato di quel sano senso di *validità* che valga a renderlo sempre più aderente alle esigenze di una concezione radicalmente democratica dello Stato.

APPENDICE II

DA: ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI. DEFASCISTIZZAZIONE E RIFORMA DEI CODICI E DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. COLLANA DELLA RICOSTRUZIONE DELL'ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. TERZA SERIE (SPECIALE), VOL. XIX, FASC. II, MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1946, PP. 185-194.

DEFASCISTIZZAZIONE DEI CODICI

PREMESSA

Si è parlato ripetutamente della opportunità, anzi della necessità, di liberare la legislazione del periodo fascista dalle norme, che sono espressione più o meno piena delle ideologie del cessato regime. Alcune riforme in tal senso sono state, com'è noto, già compiute. Ma evidentemente sono ben poche di fronte al complesso di quelle che sarebbero necessarie. Il loro numero ristretto per altro è spiegabile, perché una defascistizzazione di ampie proporzioni, o addirittura integrale, presuppone la revisione di tutta la legislazione venutasi formando dal 1922 in poi e non si può quindi compiere che per gradi, via via che si vien preparando la nuova legislazione dell'Italia rinnovata.

Ciò per altro non sembra debba distogliere da quegli ulteriori tentativi di epurazione, che, per la natura delle leggi cui questa si dovrebbe applicare, o per speciali favorevoli circostanze, o per l'una e le altre insieme, si possono compiere piuttosto agevolmente. Tale è il caso, ad esempio, per i codici. I quali, essendo dei corpi organici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di norme, si prestano ad una autonoma completa e non molto complicata revisione. E d'altra parte quest'ultima è molto semplificata, ed in massima parte può essere anzi sostituita, da quella portata a termine per tutti i codici del 1942, e per tanta parte già compiuta per i codici penale e di procedura penale, dai Comitati costituiti dall'*Istituto italiano di studi legislativi* per lo studio dei problemi della ricostruzione e di quelli in particolare attinenti al campo del diritto.

Come infatti fu già rilevato nella *Premessa* alla « Collana della ricostruzione » di questo *Annuario,* nelle Relazioni predisposte dai Comitati medesimi a chiusura dei loro lavori non solo è stato accertato in maniera adeguata quanto dei programmi di fascistizzazione legislativa sia effettivamente penetrato nei codici, ma vi si trovano anche compilati appositi elenchi degli articoli da abrogare od emendare a causa del loro carattere politico.

È parso quindi opportuno che, nell'attesa della stampa delle Relazioni predette — e tale stampa è in corso, come risulta da questo stesso fascicolo e da quello precedente — si pubblichi, in una specie di quadro sinottico, per tutti i codici e per le rispettive disposizioni di attuazione e transitorie il complesso degli articoli accennati. Ciò viene tentato nella presente esposizione.

Di questa però occorre precisare i limiti. Essa ha anzitutto per oggetto i codici civile, di procedura civile e della navigazione. La revisione dei testi è stata già estesa anche al codice penale, parte generale, e alla legge sul fallimento e le altre procedure concorsuali, ma con risultato per altro negativo. In essa inoltre sono menzionate soltanto le disposizioni di contenuto essenzialmente fascista, agevolmente isolabili dalle altre e quindi tali che la loro soppressione o modifica non esplica effetti diretti o riflessi su queste. Non sono invece comprese negli elenchi le innovazioni la cui ispirazione politica è mediata e indiretta, e le norme rispetto alle quali l'influenza fascista è soltanto estrinseca, nel senso che essa ha inciso sul loro inquadramento, sulla loro ubicazione e su altre sfumature esteriori alla loro essenza, senza corrompere intrinsecamente quest'ultima. Per tali innovazioni e norme la defascistizzazione è certamente meno urgente, ma soprattutto è incomparabilmente meno agevole, perché l'eliminazione dell'aspetto fascista richiede modifiche di più vasta portata, varianti nella sistemazione accolta o addirittura decentramenti in leggi speciali. Ora il legislatore dovrà pur proporsi un tale programma, ma questo postula un piano di attuazione più esteso, nell'ampiezza e nel tempo, di quello che sembra conveniente realizzare senza ulteriore indugio.

Come si è detto, la presente esposizione si limita ad una mera elencazione delle disposizioni da sopprimere o emendare. La illustrazione del loro carattere politico e la indicazione delle innovazioni o norme di carattere fascista, mediato o esteriore si trovano nelle Relazioni dei Comitati sopra accennati, alle quali si rinvia il lettore.

Va infine rilevato, che sia nel codice civile sia nel codice della navigazione non si è proposto, nelle Relazioni medesime, alcun emendamento per le disposizioni, in cui sono menzionate le associazioni sindacali, nonostante che in alcune di esse sia presupposta l'esistenza del « sindacato unico ». E ciò perché, non potendosi conoscere quale sarà il definitivo assetto della materia sindacale nel nuovo ambiente economico e sociale della Nazione, non è possibile precisare ora gli emendamenti adeguati. Del resto l'organizzazione sindacale non è legata all'ordinamento corporativo e al regime fascista; si presenta, invece, come un dato storico, che anche in relazione al nuovo assetto economico e sociale della Nazione, o nella forma del sindacato unico o nella forma pluralistica sembra doversi mantenere, coisicché l'attuale sua permanenza nei codici non costituisce un relitto fascista che stoni col rimanente della normativa defascistizzata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CODICI DEL 1942

A) CODICE CIVILE

I) DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE

Art. 1: sopprimere le parole: « 3) le norme corporative »;
" 5: sopprimere integralmente;
" 6: sopprimere integralmente;
" 7: sopprimere integralmente;
" 8: sopprimere il secondo comma;
" 10: sopprimere il secondo comma;
" 11: sopprimere il secondo camma;
" 13: sopprimere integralmente;
" 31: sopprimere il secondo comma;

II) Libro I. - DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA

Art. 1: sopprimere il terzo comma;
" 91: sopprimere integralmente;
" 92: sostituire « Re » a « Re Imperatore »;
" 105: sostituire « Re » a « Re Imperatore »;
" 114: sostituire « Re » a « Re Imperatore »;
" 147: sopprimere il secondo comma;
" 155: sopprimere il secondo comma;
" 261: sopprimere le parole « conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 »;
" 292: sopprimere integralmente;
" 301: sopprimere le parole « conformemente a quanto prescritto dal l'art. 147 »;
" 342: sopprimere integralmente;
" 348: sopprimere nel 4° comma, le parole « conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 »;
" 348: sopprimere il 5° comma;
" 393: sopprimere la menzione dell'art. 348 ult. comma;
" 404: sopprimere il 5° comma;

III) Libro II. - DELLE SUCCESSIONI

Art. 722: eventualmente da sopprimere;

IV) Libro III. - DELLA PROPRIETÀ

Art. 811: sopprimere integralmente;
" 832: sopprimere le parole « esaminando la possibilità di prevedere preferibilmente in una legge speciale, i casi e le conseguenze di un'espropriazione delle cose indicate nel 2° comma »;
" 846 a 856: sopprimere integralmente;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V) Libro IV. - DELLE OBBLIGAZIONI

Art. 1175: sopprimere integralmente;
" 1339: sopprimere, e regolare i casi di sostituzione automatica dei prezzi fissati d'autorità a quelli fissati dai privati mediante *legge speciale*; *Oppure*, in via subordinata, sopprimere le parole « le clausole » e « o da norme corporative » e invece di « delle clausole difformi apposte », scrivere: « dei prezzi difformi fissati »;
" 1371: sopprimere il 2° comma;
" 1419: sopprimere il 2° comma;
" 1474: sopprimere, nel 1° comma, le parole « norme corporative »;
" 1515: sopprimere, nel 3° comma, le parole « o da norme corporative »;
" 1596: sopprimere, nel 2° comma, le parole « dalle norme corporative o, in mancanza, in quello determinato »;
" 1616: sopprimere, nel 2° comma, le parole « le norme corporative »;
" 1623: sopprimere, nel 1° comma, le parole « di una norma corporativa »;
" 1628: sopprimere integralmente;
" 1630: sopprimere l'ultimo comma;
" 1640: sopprimere, nel 4° comma, le parole « le diverse disposizioni delle norme corporative »;
" 1641: sopprimere le parole « le norme corporative »;
" 1645: sopprimere nel 4° comma le parole « le disposizioni delle norme corporative »;
" 1646: sopprimere nel 2° comma, le « disposizioni delle norme corpo rative e, in mancanza »;
" 1647: sopprimere le parole « sempre che …corporative »;
" 1749: sopprimere nel 2° comma le parole « dalle norme corporative »;
" 1750: sopprimere nel 1° comma le parole « dalle norme corporative »;
" 1751: sopprimere nel 1° comma le parole « dalle norme corporative »;
" 1753: sopprimere le parole « dalle norme corporative »;

VI) Libro V. - DEL LAVORO

Art. 2060 a 2066: sopprimere integralmente;
" 2067 a 2081: sopprimere integralmente, per regolare la materia in leggi speciali;
" " In via subordinata, si propone la soppressione:
a) della seconda proposizione del terzo comma dell'art. 2072 « Se i patti … ecc. »;
b) del secondo comma dell'art. 2073;
c) integralmente dell'art. 2081;
" 2084: sopprimere integralmente;
" 2085: sopprimere integralmente;
" 2086: sopprimere integralmente;
" 2089: sopprimere integralmente;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Art.	2090:	sopprimere integralmente;
”	2091:	sopprimere integralmente;
”	2092:	sopprimere integralmente;
”	2095:	sostituire alle parole « norme corporative » le parole « contratti-collettivi di lavoro »;
”	2096:	” ” ”
”	2097:	” ” ”
”	2099:	” ” ”
”	2100:	” ” ”
”	2101:	” ” ”
”	2102:	” ” ”
”	2108 a 2111:	” ” ”
”	2113 a 2116:	” ” ”
”	2118:	sostituire alle parole « norme corporative » le parole « contratti collettivi di lavoro »
”	2128:	sostituire alle parole « norme corporative » le parole « contratti collettivi di lavoro »;
”	2130:	” ” ”
”	2134:	” ” ”
”	2137:	sopprimere integralmente;
”	2138:	sostituire alle parole « norme corporative » le parole « contratti collettivi di lavoro »;
”	2143:	” ” ”
”	2146:	” ” ”
”	2147:	” ” ”
”	2151 a 2153:	” ” ”
”	2155:	” ” ”
”	2163:	” ” ”
”	2164:	” ” ”
”	2169:	” ” ”
”	2172:	” ” ”
”	2178:	” ” ”
”	2184:	” ” ”
”	2343:	” ” ”
”	2409:	sopprimere la prima proposizione del comma 3 e interamente i commi 4, 5 e 6;
”	2459:	sopprimere integralmente;
”	2542 a 2545:	sopprimere integralmente;
”	2595:	” ”
”	2616:	salva la disciplina in leggi speciali;
”	2617:	” ” ”
”	2619:	” ” ”
”	2620:	” ” ”
”	2636:	” ” ”
”	2637:	” ” ”

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Art. 2638: salva la disciplina in leggi speciali;
" 2639: " " "
" 2642: sopprimere la menzione dei « commissari »;

VII) LIBRO VI. - DELLA TUTELA DEI DIRITTI

Art. 2907: sopprimere il 2° comma;
" 2933: " "

VIII) DISPOSIZIONI DI ATTUAZIONE E TRANSITORIE
Approvate con R.D. 30-3-42 n. 318

Art. 57: sopprimere integralmente;
" 83: nel 1° comma, al n. 2, sostituire « le camere di commercio » a « i consigli provinciali delle corporazioni »;
" 85: sopprimere integralmente;
" 86: " "
" 87: " "
" 88: " "
" 89: " "
" 90: " "
" 91: " "
" 92: " "
" 93: " "
" 94: " "
" 95: eliminare la menzione delle « norme corporative »; nell'articolo può rimanere solo il rinvio al R.D.L: 13-11-24 n. 1825;
" 96: eliminare il richiamo all'« ispettorato corporativo « e sostituirvi il richiamo all'« ispettorato del lavoro »;
" 98: sostituire alle parole « norme corporative » le parole « contratti collettivi di lavoro »;
" 103: sopprimere il 2° comma;
" 106: sopprimere integralmente;
" 108: " il 3° comma;
" 111: " integralmente;
" 128: " "
" 250: " "

B) CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Art. 76: sopprimere le parole « imperatore » e « imperatrice »;
" 132: sopprimere le parole « e d'Albania Imperatore d'Etiopia » (v. D. L.t. 27-11-43 n. 11 B);
" 409 a 428: sopprimere interamente;
" 429: sopprimere le parole « che sono o possono essere disciplinati da contratti collettivi o da norme equiparate » (n. 3);

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Art. 430: sopprimere interamente;
" 431: " "
" 432: " "
" 433: " "
" 435: " "
" 438: " "
" 440: sopprimere le parole « e chiede… di conciliazione »;
" 442: sostituire a « l'ispettorato corporativo » « l'ispettorato del lavoro »;
" 443: sopprimere integralmente;
" 444: " "
" 445: sopprimere il primo comma;
" 445: modificare il secondo comma così: « Il collegio, quando rileva che una causa promossa nelle forme ordinarie riguarda uno dei rapporti previsti dall'art. 429, può disporre che il giudizio venga riassunto avanti il giudice istruttore per il compimento dei nuovi atti istruttori che siano necessari »;
" 454: sopprimere il 2° comma;
" 464: " "
" 467 a 473: sopprimere interamente;
" 646: " "
" 667: sopprimere il 3° comma;
" 808: nel 2° comma da « negli accordi economici » sino alla fine.

DISPOSIZIONI D'ATTUAZIONE E TRANSITORIE

Art. 4 a 12: sopprimere interamente;
" 14: sopprimere nel 1 °comma le parole: « imperatore » e « fascista » (salvo modifica dell'intero comma in relazione a quello che potrà essere l'ordinamento delle associazioni professionali);
" 15: Nell'ultimo comma sopprimere il richiamo all'art. 5; e invece precisare la composizione del comitato eliminando la parola « Imperatore » e la menzione della « Magistratura del lavoro » di cui all'art. 5;
" 19: sopprimere la parola « Imperatore »;
" 25: Sostituire alla parola « corporativa » le parole « di lavoro ». Nel titolo della Sezione II, che precede l'articolo, sostituire a « corporativi » le parole « di lavoro »;
" 26: sostituire nel primo comma a « dal presidente del consiglio provinciale delle corporazioni » le parole: « dalla camera del lavoro e dalla camera dell'industria e commercio »;
" 27: sopprimere interamente;
" 30: Nell'ultimo comma sopprimere la parola « Imperatore »;
" 31: " " "
" 32: " " "
" 54: " " "

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Art. 145: sopprimere interamente;
" 146: sostituire nel 1° e 2° comma alle parole « ispettorato corporativo » le parole « ispettorato del lavoro »;
" 147: sopprimere interamente;
" 231: " "

C) CODICE DELLA NAVIGAZIONE

Art. 1: sopprimere le parole « norme corporative »;
" 341: sostituire nel 2° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 342: sostituire « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 351: sostituire nel 1° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 372: sostituire « norme corporative » con » contratti collettivi »;
" 374: sostituire nel 1°, 2°, 3° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 375: sostituire nel 5° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 907: sostituire « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 909: sostituire nel 1° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 910: sostituire « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 911: " " "
" 913: " " "
" 916: sostituire nel 2° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 919: sostituire « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 921: sostituire nel 1° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 923: sostituire « norme corporative » con « contratti collettivi »;
" 933: " " "
" 938: " nel 1° e 2° comma « norme corporative » con « contratti collettivi »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UMBERTO BRECCIA

CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ NEGLI STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale

SEZIONE PRIMA. FRAMMENTI INTRECCIATI NEL TEMPO. I. MEMORIE ORMAI LONTANE. 1. Impressioni di un itinerario personale negli anni. — 2. Scoperta di dettagli e immediate provocazioni interiori. — 3. Prima, arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, Collegio giuridico, anno 1962. — 4. Subito una suggestione emotiva per affinità e per contrasto. Pisa, Aula Magna Storica, anno 1940: gli alunni del Collegio « Mussolini ». — 5. Un'altra memoria che si rinnova: anche nel 1940 non si era smesso di discutere del « giudice che crea il diritto ». — II. PRINCIPI DISPONIBILI DAL POTERE POLITICO. PRINCIPI-TABÙ. PRINCIPI DEL DIRITTO. — 6. Incombente presenza di principi « rischiosi » (persona, diritto soggettivo, limiti all'arbitrio statale). — 7. Adesione al fascismo e « ragioni » del diritto privato: un'ulteriore, elementare, testimonianza storica sul difficile rapporto tra il diritto come forma di cultura e il potere politico. L'aria dei tempi e il pensiero giuridico degli studiosi già considerati non leali verso il fascismo. — 8. Nuova, non meno arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, corsi di diritto civile, anni 1963, 1964, 1965. — SEZIONE SECONDA. ANNI TRENTA. I. CRITICA DELLE TEORIE GIURIDICHE DI CUI SI SOSPETTA L'ASSERVIMENTO ALL'IDEOLOGIA INDIVIDUALISTICA DEL LIBERALISMO. — 9. Locali pisani della Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative: nuove letture di vecchi testi. — 10. Diffusione dell'istanza « sociale » nella letteratura di quel tempo (in maniera indipendente dal carattere autoritario o totalitario delle istituzioni politiche). — 11. Demolizioni del diritto soggettivo. — II. PRIME VISIONI DELLE CATEGORIE IN TRASFORMAZIONE. — 12. Note sul contratto. — 13. Intuizioni del futuro. — 14. Confronto di idee. — 15. Modernizzazioni percepite e modernizzazioni ignorate. — SEZIONE TERZA. DOPOGUERRA. DECENNI SUCCESSIVI. RESIDUI, CONFRONTI, ANTICIPAZIONI. I. SEGNI DEI TEMPI. CONTI CON IL PASSATO. — 16. « Defascistizzare » i codici? — 17. Sentimento del diritto dopo la catastrofe: nuovi (o eterni?) disagi. — 18. Compito del diritto privato e del giurista. — 19. Perpetuarsi di figure tradizionali e di conflitti ideali: « negozio giuridico », codice civile, valori di libertà e di solidarietà. — II. FORZA DELL'ATTUALITÀ. IMMAGINI DEL FUTURO? — 20. Percezioni dei mutamenti sociali. — 21. Riflessi delle vicende istituzionali: costituzione e diritto privato. — III. QUESTIONI DI METODO. — 22. Metodo scientifico. — 23. Metodo interpretativo. — 24. Forme giuridiche. — 25. Riscoperta delle clausole generali nel quadro dei principi. IV. VOLTI DEL DIRITTO PRIVATO. — 26. Fonti. — 27. Extrastatualità. — 28. Confini. — 29. Miraggi: un « altro » diritto? — V. RIFLESSI SUL DIRITTO PRIVATO DEI PARAMETRI DELLA COMPLESSITÀ E DEL MUTAMENTO SOCIALE E LEGISLATIVO. — 30. Persone, famiglie, comunità, solitudini: nuove esperienze. — 31. Libertà e liberazioni: lunghi cammini incompiuti. — 32. Nuovo pensiero sui dogmi: condizione giuridica delle persone fisiche e diritti della personalità; persona giuridica; diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggettivo. — 33. Soltanto diritti? Quali soggetti? Quali oggetti? Forme dell'inclusione e dell'esclusione. — 34. Problemi al cuore dei sistemi: proprietà, impresa, contratto. — 35. Nuovi inizi: studi sulla responsabilità civile. — VI. CRONACHE DI FINE SECOLO. — 36. Incontri fra docenti. — 37. Cinquantenari: fra bilanci e prospettive. — 38. Ricerca dei principi in un ambiente non più soltanto nazionale. — [SEZIONE QUARTA. SEGNALI DELLA CONTINUITÀ E DELLA DISCONTINUITÀ. I. TIPI DI PROBLEMI LEGATI ALL'IDENTITA DISCIPLINARE. — 39. Studi di diritto privato e ricorrenti domande sul loro « senso ». — 40. Privato e pubblico. — 41. Principi e clausole. — 42. Destini delle grandi categorie. — 43. Insegnamento. II. UN PENSIERO RIFLESSIVO. — 44. Autocoscienza delle identità. — 45. Interferenze con le pressioni dei tempi. — 46. Coralità del quadro d'insieme. — 47. Figure del diritto privato: vecchie e nuove « comuni opinioni »; partenze, transiti, provvisori traguardi. — 48. Lavori in corso]. — APPENDICE. SEZIONE PRIMA. SEZIONE SECONDA. SEZIONE TERZA. [SEZIONE QUARTA] (*)

SEZIONE PRIMA
FRAMMENTI INTRECCIATI NEL TEMPO

I. MEMORIE ORMAI LONTANE

1. *Impressioni di un itinerario personale negli anni.*

Al bambino « si impongono le determinate parole, i determinati luoghi comuni, i determinati giudizi … della convenienza e della scienza, che per lui saranno sempre privi di significato in sé ed avranno sempre soltanto tutti quel costante senso: è necessario per poter avere il dolce, per poter giuocare in pace: la sufficienza e il calcolo » … Quando al dolce e al giuoco si sostituiscano la « carriera », la « via fatta », … « ne potremo fare un degno braccio irresponsabile della società: … che giudichi impassibile, tirando la proiezione dalla figura che l'istruttoria gli presenti sulle coordinate del suo codice », senza porsi altre domande. Si può temere che dopo

(*) Questo scritto, di per sé costruito su frammenti di memorie, è per sua essenza una sorta di visione d'insieme: ovviamente aperta tanto alle critiche quanto alle integrazioni con altre testimonianze utili al completamento del quadro. È pronta un'ultima parte (nel sommario posta fra parentesi) che, per la sua ampiezza non può essere qui pubblicata. Sono state aggiunte, in appendice, alcune notazioni finali corrispondenti ai richiami di nota, al fine di dar modo (a chi ne avvertisse l'esigenza) di ripercorrere la trama dei pensieri e delle relative fonti essenziali. I rinvii alle pagine finali, ancora inedite, non sono stati soppressi: nella speranza che quanto prima il lavoro possa essere reso integralmente a tutti accessibile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanta buona educazione, appresa fin dall'infanzia, agli uomini non verrà mai « il capriccio » di uscire da quella tranquilla rettorica scientifica … (1).

Può sembrare strano che, nell'accingersi a un viaggio nel tempo (con l'aspirazione di mettersi in ascolto, nuovo o reiterato, di alcune voci che forse s'intuiscono, quando non siano di per sé alte nel tono, fra le righe degli scritti giuridici), sia stato prescelto, quale viatico minimo, l'epilogo di una tesi di laurea non giuridica, di singolare e colta ispirazione.

Si legge in quelle pagine ormai antiche, e quasi disperanti, una sconsolata meditazione incidentale sul diritto e sulla giustizia: altra formulazione di un'idea che sempre incombe, con accenti ben più triti, sul lavoro quotidiano dei giuristi.

Chi si occupa del diritto — questo è il succo di quel pensiero — troppo spesso è un retore mediocre al servizio di una giustizia camuffata.

Come tante volte accade quando gli eventi della vita ci portino a condividere un lungo apprendistato artigianale, insieme con persone per noi importanti che ci hanno guidato e che ci guidano, il giudizio sull'opera dei giuristi, nel procedere dall'interno di una ricerca su cui spesso pesa l'impressione immediata e non poco volgare del grigiore e della difficoltà di penetrazione culturale, è meno drastico e meno parziale.

Eppure ho prediletto a tal punto quella sorprendente tesi di laurea da non essermene mai separato nel viaggio. L'impetuoso giovanile monito servirà a temperare il rischio delle apologie eccessive: indotte da specialistiche deformazioni professionali.

La consueta e un poco logora metafora del viaggio nel tempo non deve far pensare — anche questo è un implicito avviso insito in quel viatico — a una ricerca malinconica eppur dolce di memorie appassite. Purtroppo si sono fatte invece, com'era prevedibile, anche tante scoperte dolorose, ora sospettate ora impreviste. Ma sono proprio queste, in quanto prive del velo labile della nostalgia, a risvegliarci dal sonno critico, a far crescere le nostre aspirazioni conoscitive, lontane dalle celebrazioni e dagli anatemi.

Il viaggio vero — quello spaziale — è stato per lo più breve. Si direbbe che sia stato un viaggio intorno a una stanza o, meglio, intorno ai locali nei quali è stato fatto quell'artigianale apprendistato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di cui si è detto: così remoto dai timbri solenni e dai toni vieti delle dispute influenzate dalle seduzioni dell'attualità e dell'uditorio. Altri viaggi, per esigenze che sono dette « di completezza », condurrebbero di sicuro più lontano: ma le novità più interessanti forse restano rinvenibili nei vecchi palchetti polverosi che incombono da sempre sullo studio abituale. Erano, quelle novità antiche, a pochi passi; si poteva supporre che fossero già fin troppo note; ora tuttavia prendevano a essere ritrovate con sguardi anche presbiti: e, purtroppo, presbiti ormai non soltanto in senso traslato.

2. *Scoperta dei dettagli e immediate provocazioni interiori.*

I viaggi nel tempo, quando a renderli plausibili è lo spazio affollato delle biblioteche e si tratta di riprendere in mano libri letti dagli stessi occhi ma con altre percezioni, danno l'opportunità di fermare l'attenzione anche sui dettagli che un tempo parvero trascurabili; e che sono invece testimonianze, ora mute ora eloquenti, della continuità e della discontinuità delle ricerche giuridiche, sullo sfondo discreto oppure invadente di eventi grandi o minuti della storia e del costume.

Con il passare degli anni è inevitabile — quasi tutti ne hanno fatto prima o poi esperienza — che le riletture si affianchino alle letture e perfino prevalgano.

Poiché è impossibile essere integralmente gli stessi che fummo, il vecchio testo è esplorato con una sensibilità nuova. Ora siamo attenti a tutto: allo scaffale lontano in cui è stato relegato e al grigio aspetto esteriore (quasi orme materiali di un oblio non equivoco); alla qualità povera o ingiallita della carta o della stampa; al clamore dell'epoca evocata dall'anno di pubblicazione ma anche a lontane narrazioni delle cronache mondane; anni trenta, anni quaranta, anni cinquanta, anni sessanta …: fascismo; guerra; divisione dell'Italia e del mondo in campi ideologici contrapposti; prime riforme; contestazioni globali e rivolte universitarie; e, di nuovo, mode e stili di vita che cambiano; personaggi che vanno e che vengono; gioie e lutti collettivi; canti e balli perduti … Non sorvoliamo più sul significato contingente di alcune affermazioni o di alcune reticenze: quel grigiore, quella carta, quei caratteri, ma anche quelle parole urlate o sottaciute, non sono la dura conferma della miseria umana sovrap-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posta o dissimulata pur nelle pieghe di una ricerca che si pretenda scientifica: sono parti non censurabili di un pensiero ricostruito nel suo divenire storico.

Una tacita disattenzione fu invece allora dominante in noi stessi — con poco scrupolo filologico — a causa di uno stato d'animo mistiforme, paradossalmente dominato da un eccesso di austerità investigativa, ossia dal timore di lasciarsi fuorviare dalle affermazioni che più risentivano dei contrasti, talvolta tragici, della storia.

Proprio la terrestre forza del divenire — con la fisicità dell'invecchiamento e del logorio della carta — ha reso diverso lo sguardo tanto per suo conto mutato. Strappati all'isolamento, i testi si sono emancipati così dall'involontaria censura di allora come dall'ipervalutazione dei soli profili che un tempo considerammo veramente importanti e non d'occasione: già in quanto erano strettamente legati a quel campo disciplinare che, nella prudenza di un tirocinio severo e quasi in disparte, fu esaltato a contrasto; poiché era immune dai residui, spesso imbarazzanti, delle contingenti passioni, troppo umane, alle quali talvolta perfino gli aridi giuristi non sanno sottrarsi.

3. *Prima, arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, Collegio giuridico, anno 1962.*

La prima tappa del viaggio nel tempo — del tutto arbitraria come le altre — reca la data del 1961. A quell'epoca fu pubblicato in Italia, a Firenze, nella traduzione di Gueli, uno scritto divulgativo — tanto chiaro quanto elementare — di un famoso giudice nordamericano, Benjamin Cardozo. Titolo: « Il giudice e il diritto » (2). Carlo Furno, che insegnava con amabile stile salottiero la teoria generale del diritto a Pisa, invitò a leggerlo e a parlarne, incurante della loro grande impaurita sorpresa, gli allievi del primo anno di giurisprudenza presso il Collegio giuridico (a quel tempo amministrato dalla Scuola Normale Superiore), nel corso di una sorta di informalissima tavola rotonda con illustri docenti universitari. Gli studenti furono subito messi a contatto con un argomento senza fine. E, pur nell'abissale incoscienza di quei giovani anni, si accorsero immediatamente che, al di sotto delle ferme professioni di fede nella certezza della legge e senza incrinare l'ammirazione dominante per il pensiero di Hans Kelsen (che era l'autore del testo fondamen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale di quelle lezioni), serpeggiavano, anche fra i docenti dell'epoca, inquietudini molto forti e netti contrasti di pensiero. Enzo Capaccioli — forse per sottrarre gli allievi a un facile linciaggio e forte della sua duplice esperienza di studioso del diritto amministrativo e di magistrato — difese in solitudine l'ingenua sopravvalutazione della testimonianza di Benjamin Cardozo; e affermò di condividere l'ipotesi (del tutto priva, ahimé, di adeguati e documentati riscontri) secondo cui non potevano escludersi alcuni possibili punti di contatto fra l'apporto del giudice di *common law* e l'apporto del giudice di *civil law* alla formazione del diritto. Gli allievi si accorsero così, per contrasto, che Carlo Furno aveva loro dato da leggere il libro con tutt'altra idea: nel presupposto di una dura critica alla scarsa serietà delle perorazioni enfatiche sulla forza creativa dell'interpretazione giuridica (3).

Nel frattempo era stato possibile apprendere, già durante le veglie con gli allievi più esperti, che anche la comunità in cui tutti loro vivevano — con i suoi riti, le sue regole tramandate, dai contenuti spesso crudelmente « tribali » nei confronti dei nuovi arrivati — poteva essere studiata come un ordinamento giuridico, sicché le torture che subivano erano sorrette da una norma antica! Fu così possibile avere una prima esperienza dell'uso folklorico — anzi: interessato e manipolatorio — di un pensiero giuridico illustre: verso il quale, nel tentativo di conciliare l'Io-sociale di Santi Romano con il sistema di norme di Hans Kelsen, si fu indotti a provare un'ammirata deferenza fin dalle lezioni introduttive dei docenti pisani (4).

4. *Subito una suggestione emotiva per affinità e per contrasto. Pisa, Aula Magna Storica, anno 1940: gli alunni del Collegio « Mussolini ».*

Della prima tappa del viaggio nella continuità e nella discontinuità del pensiero giuridico è stato possibile serbare, come si vede, qualche vaghissima memoria diretta.

La seconda tappa è frutto invece di un'associazione di idee che è stata riaccesa dal nuovo contatto con alcune pagine dimenticate e quasi nascoste; nonché dall'attenzione rivolta ora, con più pedanteria, ai particolari: anche a quelli in apparenza più trascurabili.

Ancora una volta il luogo è Pisa, ma il tempo non avrebbe

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potuto avermi quale testimone: l'anno, infatti, è troppo remoto. Il libro che sto rileggendo è edito dalle Arti grafiche Pacini e Mariotti; è inoltre datato, sotto il timbro della regia Università di Pisa, 1940-XVIII. Già questi due dettagli — i primi che ogni ricercatore ovviamente annota ai fini della puntualità della citazione — segnano una frattura materiale ma non equivoca. L'Università non è più Regia. Gli anni non si segnano più anche in numeri romani. Mi sovvengo allora che il ventennio famoso era quasi all'epilogo; che « XVIII » significa « anno diciottesimo dell'era fascista ». Il titolo del celebre volume è: « Convegno Nazionale Universitario su i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940-XVIII » ([5]). Caratteri generali, sottolineati.

Ci sono dettagli a cui nella mia prima lettura non avevo dato molta importanza. Erano le 17 — come si legge dal verbale — e i convegnisti si riunirono in un luogo che ancora esiste e che ancora è l'Aula Magna Storica.

Un particolare, nell'attrarre ora la mia attenzione, provoca in me un sottile disagio: l'identità dei verbalizzanti. « Fungono da segretari alcuni alunni del Collegio "Mussolini" ». Dunque, se fossi nato qualche anno prima, non mi sarei trovato fra gli studenti a cui era stato affidato il compito di parlare del giudice che crea il diritto, di Benjamin Cardozo, delle differenze tra *civil law* e *common law*: avrei potuto avere l'onore di partecipare, sia pure confuso tra gli anonimi annotatori delle parole altrui, a un Convegno nazionale che, soprattutto nelle aspirazioni di allora, avrebbe dovuto passare alla storia e che, in qualche modo, alla storia passò, sia pure in maniera non proprio corrispondente alle tante conclamate aspettative.

Questa volta l'intreccio della continuità e della discontinuità è ben più complesso: il Collegio giuridico c'era già, ma a quel tempo portava il pesantissimo nome di « Mussolini ». Chi erano gli alunni di allora? Quale colore aveva la loro camicia? Quali erano, nel verbalizzare il pensiero degli altri, le loro idee? E soprattutto: sarei stato io in grado di pensare in quei giorni con la mia testa? Avrei rifiutato di partecipare? Avrei ascoltato in disparte? Avrei formulato, sia pure a mezza voce, qualche critica di corridoio? Domande imbarazzanti. E risposte, per mia fortuna, impossibili. La nascita negli anni della guerra o del dopoguerra ha risparmiato a intere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generazioni i dolorosi, a volte atroci, esami di coscienza a cui furono invece costretti molti ventenni di allora, anche se non ha potuto certamente emanciparci del tutto dai rischi di nuovi conflitti interiori.

5. *Un'altra memoria che si rinnova: anche nel 1940 non si era smesso di discutere del « giudice che crea il diritto ».*

Eppure l'aspetto più significativo della reiterata lettura è un altro ancora. Si riferisce alla scoperta di alcune opinioni sulle quali un tempo avevamo forse sorvolato, presi com'eravamo dalla suggestione di una diversa, tutta compatta, immagine: autorevolmente tramandata dalla testimonianza di alcuni dei partecipanti al Convegno.

Era necessaria, in primo luogo, una distinzione del campo disciplinare. Fra i presenti non c'erano soltanto studiosi del diritto privato, del diritto romano e del processo civile (oltre al Preside, Giovan Battista Funaioli, Allara, Betti, Casanova, Ferrara, Frezza, Grosso, Maroi, Mossa, Nicolò, Osti, Santoro Passarelli, Segni), ma anche pubblicisti (Chiarelli, Crisafulli, Jannaccone, Miele, Santoro, Zanobini) e filosofi del diritto (Calogero, Capograssi, Perticone). La perplessità nei confronti della codificazione dei principi fu certamente più forte fra gli studiosi del diritto privato, ma anche costoro non furono tutti decisamente ostili, e non tutti furono animati da piaggeria nei confronti delle imposizioni del potere: le opinioni verbalizzate mostrarono un nesso tutt'altro che univoco con le professioni di fede politica contingente. Queste ultime, a loro volta, furono più o meno accentuate e più o meno coatte; né tale aspetto aveva, a ben vedere, una decisiva importanza, poiché ogni facile deduzione era sospetta in un contesto di gravissima menomazione della libertà.

La codificazione dei principi fu ovviamente difesa senza obiezioni da un docente di diritto costituzionale del partito — Carlo Alberto Biggini — il quale ricordò ai presenti che il Ministro Grandi aveva parlato di « principi generali dell'ordinamento giuridico fascista » e che pertanto non c'era spazio per una discussione sul 'se' della codificazione ma soltanto sul modo migliore della formulazione (6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non vale tuttavia l'ipotesi rovesciata. Tra i favorevoli ai principi generali c'erano studiosi che in quel tempo andavano maturando posizioni critiche, se non ostili del tutto, nei confronti del fascismo. Tra coloro che si opponevano o che avanzavano ferme riserve, c'erano studiosi che, come Rosario Nicolò, per loro stessa memoria volevano dare anche in tal modo l'indiretta testimonianza di una presa di distanza dalla dittatura (7). Eppure altri sicuramente ve n'erano che sentivano soprattutto l'esigenza di affrontare il problema dei principi quale problema della scienza giuridica: in sé certamente pervaso di fortissime conseguenze latamente politiche, e come tale gravemente discutibile nell'opportunità storica, ma comunque mai delegabile per intero allo sfruttamento provvisorio di un potere dominante. In poche parole: non si può escludere che, anche fra i giuristi critici, non mancasse chi ancora aderiva con ferma convinzione al fascismo; alcuni di loro tuttavia sicuramente pensavano che fosse doveroso difendere l'apporto culturale specifico del pensiero giuridico contro la deformazione approssimativa di quanti, in nome del Duce, rischiavano di ridurre un'intera tradizione di studi a una caricatura enfatica e vuota.

La verbalizzazione dell'intervento di Guido Calogero offriva una chiara testimonianza della prima posizione: egli si dichiarò favorevole alla discussione su « norme generali » … « da un punto di vista metodologico » (come tale immune da questioni contingenti di merito), poiché « il giurista non è soltanto uno storico-dogmatico », ma è anche un « uomo pratico », che si occupa del « dover essere » del diritto. E Guido Calogero concludeva, subito redarguito dallo studioso del diritto romano (in quel consesso era Giuseppe Grosso), che « lo spirito dell'accettazione tacita dell'altrui volontà legislativa non fu certo quello dei grandi giureconsulti romani » (8).

Che vi fossero, del resto, orientamenti diversi anche fra gli studiosi del diritto privato si traeva chiaramente già da una lettura rapida del resoconto della discussione: mentre Francesco Santoro Passarelli, per esempio, insisteva « nel rilevare che la formulazione dei principi generali in pratica si rivelerà straordinariamente difficile e, se riuscisse, nuocerebbe all'evoluzione dell'ordinamento e all'elaborazione dottrinaria », Emilio Betti (in replica a Giuseppe Osti che evocava, all'opposto, il pericolo della « giurisdizione libera ») precisava che i giudizi di valore insiti nei principi comporteranno per il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice corrispondenti giudizi di carattere complementare secondo « un lavoro interpretativo che non condurrà all'estremo del giudice legislatore ». E perfino Rosario Nicolò — che pure (come si è accennato) fu tra i critici più decisi e più coerenti — auspicò la formulazione di veri e propri « precetti di carattere generale » destinati a trascendere l'ambito dei singoli codici e « a dare una soluzione positiva a problemi complessi come quello della gerarchia delle fonti … del concetto di diritto soggettivo, dell'autonomia della volontà privata, della determinazione del concetto di ordine pubblico e così via » (9).

L'intervento di Rosario Nicolò fu uno dei pochissimi che entrarono anche nel merito di una, pur essenzialissima, proposta.

II. Principi disponibili dal potere politico. Principi-tabù. Principi del diritto

6. *Incombente presenza di principi « rischiosi » (persona, diritto soggettivo, limiti all'arbitrio statale).*

A ben vedere, nell'effettività dei loro possibili contenuti non disponibili da questo o da quel partito, i principi erano i grandi assenti; e lo erano proprio in coloro che ne pretendevano l'occasionale e vuota proclamazione di parata.

Quando Lorenzo Mossa ebbe l'ardire di portare il « principio generale del diritto della persona » a modello — sebbene già Giuseppe Capograssi avesse dubitato in un precedente intervento che l'« *ex*-individuo » (così si legge nel testo verbalizzato) avesse ancora una prerogativa sua, poiché nel diritto privato del fascismo aveva solamente rilievo « quale funzionario della realtà e della vita sociale » — intervenne subito il già menzionato fascista militante, Carlo Alberto Biggini. Egli osservò come alle dichiarazioni sul diritto della personalità « da oltre venti anni » si opponessero « la dottrina e la prassi della rivoluzione fascista ». Anche chi voleva imporre i principi aveva i suoi bravi principi-tabù (10).

La paura del diritto della personalità era ovvia e ben trasparente sullo sfondo di un assetto politico e giuridico che da un biennio ormai conosceva l'infamia di una legislazione antiebraica. E a ben

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poco valse il tentativo di Lorenzo Mossa nel ricordare che « il principio generale della personalità … non è esclusivo della rivoluzione francese, ma è nella tradizione di qualunque ordinamento giuridico e fu accolto, per merito di un grande italiano, il Martini, nel codice civile austriaco, controrivoluzionario, ma luminosamente fondato sulle idee del diritto naturale ». Egli aggiungeva: « appunto perché l'esaltazione dello Stato e dell'interesse comune ha minacciato di demolire il diritto soggettivo, è il momento di riaffermarlo solennemente » (11).

Quel che allora si voleva codificare o non codificare dall'alto come principio era un contingente principio politico; non già l'eredità, a quel tempo temibilissima, del giusnaturalismo: quale poteva essere riconosciuta, e quasi ingenuamente riaffermata, dai giuristi presenti.

Tanto Rosario Nicolò (con la sua cura di definire principi che, senza spezzare il nesso con una cultura giuridica secolare, rappresentassero « il tessuto connettivo di tutto il sistema » e si armonizzassero con la dottrina politica fascista, « nonché con la dommatica del tempo nuovo ») quanto Lorenzo Mossa (nel difendere pur sempre « l'ideale che s'innalza dalla Rivoluzione sui codici ») ancora tentavano tuttavia di proporsi come interlocutori del potere politico: a cui al tempo stesso chiedevano con molta forza di accogliere l'apporto costruttivo di un pensiero e di un'esperienza che, pur nella ben diversa enfasi delle proposte, trascendevano ogni fuggevole parola d'ordine (12).

La complessità e l'articolazione dell'analisi sui principi furono ulteriormente attestate dal volume (edito nel 1943-XXI a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della regia Università di Pisa) che, sempre per i tipi delle Arti Grafiche Pacini e Mariotti, raccoglieva, con tale titolo, gli « Studi sui principi generali dell'ordinamento fascista », insieme con le pagine dedicate al Convegno del 1940 (13).

Questa volta furono soprattutto due studiosi del diritto pubblico — Vezio Crisafulli e Costantino Mortati (il secondo dei quali non aveva partecipato al convegno pisano) — a dare un vigoroso contributo all'approfondimento del tema dei principi generali del diritto (14).

L'argomento non fu, già dal primo, ripudiato pregiudizialmente;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e, al tempo stesso, fu analizzato « sul terreno esclusivamente dogmatico », secondo alcuni fondamentali ordini di problemi, fra i quali questi saranno in futuro soprattutto ricorrenti: come identificare i principi (se siano tali soltanto quelli meramente impliciti e non anche quelli espressamente formulati); quali rapporti si diano fra i principi generali e le norme giuridiche (se siano vere e proprie norme e, in caso affermativo, come si differenzino dalle norme che non siano principi); quale sia la funzione dei principi nella struttura e nella vita dell'ordinamento. Le conclusioni furono tutte orientate nel senso che alla categoria dei principi dovesse riconoscersi un'efficacia sistematica di amplissimo rilievo: un'efficacia integrativa, interpretativa, programmatica e generalmente costruttiva che, per un verso, si poneva in chiara antitesi rispetto alle opinioni, quanto mai caute e riduttive, fino a quel tempo dominanti, e, per un altro, aveva l'ambizione di proiettarsi nel futuro, senza peraltro subire il timore delle censure del potere politico, quali potevano essere provocate dall'impianto strettamente e dichiaratamente dogmatico della sistemazione concettuale suggerita (15).

Anche il saggio di Costantino Mortati, allora ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata, sebbene maggiormente risentisse del condizionamento politico di quegli anni, pure conteneva, con il porsi nella stessa linea del più celebrato e discusso studio del 1940 sulla « costituzione materiale », non pochi nuclei tematici aperti verso notevoli approfondimenti: i quali non solamente sopravvissero al fascismo ma ebbero pure l'ambizione di proiettare una luce innovativa sull'intero sistema, già a partire dall'area dei rapporti giuridici tra privati. Il nesso esplicito del principio di solidarietà con il principio che vieta l'abuso del diritto fu così radicato « in un campo più vasto » che non fosse « quello dei soli diritti di proprietà ». E, su di un piano ancor più generale, una volta accolta la definizione ufficiale del fascismo quale « democrazia autoritaria », si suggerì di saldare il sostantivo « democrazia » al « riconoscimento di limiti, da ritenersi invalicabili, dell'azione di Stato, di fronte ai cittadini ». Soprattutto, avrebbe dovuto riaffermarsi in maniera solenne « la necessità assoluta del rispetto della persona umana ». All'interno di queste linee essenziali, i timori espressi dai critici della codificazione dei principi, seppure in direzioni contrapposte (rias-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sunte nei termini di un irrigidimento ovvero di una demolizione dei confini del diritto), ben avrebbero potuto essere superati.

Questo saggio risaliva al gennaio del 1941. Era evidente il nesso di alcuni principi con l'eredità del solidarismo corporativo e con la lealtà, almeno apparente, dello scrittore al fascismo. E non meno innegabile — sebbene fosse del tutto implausibile in quella temperie storico-politica ove le discriminazioni razziali si univano all'alleanza con un regime bellicistico dominato dal *Führerprinzip* — era il tentativo di avvalersi del rinvio ai principi non già in funzione di cassa di risonanza del prepotere statale fascista bensì in funzione di limite all'arbitrio non solamente pubblico ma anche privato: sebbene il richiamo espresso all'eguale dignità umana non avesse davvero, ormai, alcuna minima possibilità di ostacolare il corso tragico dei fatti (16).

7. *Adesione al fascismo e « ragioni » del diritto privato: un'ulteriore, elementare, testimonianza storica sul difficile rapporto tra il diritto come forma di cultura e il potere politico. L'aria dei tempi e il pensiero giuridico degli studiosi già considerati non leali verso il fascismo.*

Fra i contributi degli studiosi del diritto privato ci fu un intervento di Emilio Betti assai più succinto (eppure ricco di spunti esemplari) nel quale la deferenza e l'adesione al fascismo furono dichiarate ancor più apertamente, in maniera convinta e conforme a precedenti prese di posizione che escludevano qualsiasi possibilità di equivoco. Ma ci fu anche la riaffermazione delle ragioni autonome del diritto e non furono taciute, insieme con alcune riserve nei confronti dell'invadenza del potere, le trasparenti critiche all'ideologia giuridica del *Reich* (che era definito da Emilio Betti stesso, qui come altrove, « socialismo nazionale »).

Non bisogna — egli affermava nel prendere le distanze dalle pressioni politiche più incontrollate — « dimenticare l'aureo ammonimento romano (Dig. 50, 17, 1) *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* ». E al monito si aggiungeva la denuncia: era il rifiuto di cancellare d'un tratto, scuotendo « dalle fondamenta la certezza del diritto » … « l'ordinamento che fuori dai principi è dato ai singoli rapporti »: allo scopo di evitare i risultati « di estrema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gravità » osservati « più volte nella pratica interpretativa del socialismo nazionale in Germania ».

Al tempo stesso non si esitava a ribadire una concezione autoritaria. Tre, sul piano dei contenuti, erano le « massime esigenze »: un nuovo e un più ampio concetto di ordine pubblico; la subordinazione dell'interesse individuale all'interesse della società nazionale; l'esigenza della giustizia fra le classi sociali. La seconda esigenza doveva avere, in particolare, questi sviluppi « nel campo del diritto privato »: … « l'autonomia privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale e all'ordine pubblico » (non è infatti « più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita »); i contratti « non debbono mai diventare strumenti di sfruttamento e di sopraffazione dell'un privato da parte dell'altro »; nel dubbio fra due interpretazioni di un conflitto d'interessi deve preferirsi quella destinata a risolversi in favore di « un interesse del corpo sociale ».

Si ribadiva finalmente che al « corpo sociale » mai doveva essere sacrificata comunque « quella dignità morale che al singolo deriva immediatamente dal suo essere d'uomo », sebbene quest'affermazione fosse poi vanificata dal presupposto — clamorosamente smentito dalle leggi stesse del tempo nel quale queste parole furono scritte — che dalla difesa di una tale dignità si fossero allontanate nettamente « le concezioni del bolscevismo sovietico e anche del socialismo nazionale »: non pure quelle dello Stato autoritario del fascismo (17).

A questo punto non ci si può esimere dal notare, quasi a conferma che ogni tempo del pensiero ha una sua intonazione di fondo per suggestione ambientale, che una comune impronta fortemente statalista e repressiva dominava anche gli scritti di alcuni studiosi del diritto privato che il regime stesso guardava con sospetto e che perfino avevano fama di ostilità nei confronti del fascismo (com'era ben attestato dai truci rapporti di polizia) (18).

Esemplari furono in tal senso i punti suggeriti da Francesco Ferrara, il quale, fin dall'esordio, fece chiaro riferimento al concetto delle « idee-forze »: propulsive, rispetto alla legislazione e all'amministrazione; ispiratrici, rispetto all'applicazione giudiziale del diritto vigente, in piena corrispondenza con la l. 30 gennaio 1941, n. 14 sulla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carta del lavoro, quale fondamentale « criterio direttivo per l'interpretazione » (19). Questo l'ordine: I. « Supremazia assoluta dell'autorità dello Stato ». II. « Atteggiamento » dei diritti soggettivi come « semplici interessi legittimi, come doveri, come funzioni ». III. Interpretazione di ogni attività lecita individuale nel senso che meglio risponda a fini sociali. IV. Fine dell'esigenza di una Dichiarazione dei diritti dell'uomo ormai rimessi alla protezione dello Stato. V. Considerazione dell'uomo quale fattore di produzione, inquadrato nelle categorie economiche che formano la trama dell'ordinamento corporativo e la base politica dello Stato. Definizione dell'organizzazione produttiva privata nei termini della *funzione di interesse nazionale* e della proprietà nei termini di un *diritto-dovere.* VII. Piena affermazione nel campo contrattuale del *principio fondamentale della tutela della buona fede dei terzi* in vista del raggiungimento di un « ideale di sicurezza giuridica ». VIII. « Nei rapporti di scambio dev'essere attuata una più intima giustizia distributiva », e quindi dev'essere impedito « ogni abuso e sfruttamento delle circostanze, delle passioni e dell'inesperienza altrui » (20).

Ancora più forte, in piena armonia con gli impulsi generosi del temperamento dell'uomo, fu l'empito di socialità nella proposta di Lorenzo Mossa: proclamazione tanto dei diritti quanto dei doveri dell'uomo (condizionati, i primi, dallo « scopo economico e sociale », con divieto dell'abuso); primato del lavoro e dell'istanza di giustizia sociale; concezione corporativa dell'impresa; nella sfera dell'autonomia privata (VI) divieto dell'abuso di posizione economica o sociale e, nel contratto, responsabilità di ciascuno in ordine all'affidamento che egli stesso abbia creato (Contratto, I). Influenza delle circostanze sopravvenute sull'esigibilità dell'adempimento (IV) (21).

Alcune sfumature di novità si traevano dalle proposte di Giovanni Battista Funaioli, il quale era l'unico a prendere in considerazione la tutela dell'« infanzia in stato di abbandono » o a curarsi dei problemi di una moderna regolamentazione dell'agricoltura con riguardo alla questione del rimborso dei miglioramenti, pur entro una cornice che riprendeva temi ricorrenti (l'esercizio del diritto soggettivo « in funzione della tutela dell'interesse della Nazione » e la concezione della proprietà « in funzione sociale » (secondo le dichiarazioni VII e IX della Carta del lavoro che erano espressamente ri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiamate, così com'era riaffermato « il divieto dell'inerzia del proprietario »). La linea già tracciata da Emilio Betti aveva un'eco nell'affermazione della necessità che l'autonomia privata non rispetti soltanto limiti negativi, ma persegua l'« interesse sociale » in maniera attiva. Nel proclamare la proibizione dell'abuso dell'autonomia contrattuale, si evocava, con un'anticipazione di quasi sessant'anni rispetto al legislatore italiano il quale detterà sul finire del secolo norme in materia di regolamentazione delle subforniture, la sanzione della nullità (salvo che si trattasse di elementi particolari: donde la previsione dell'annullabilità o della modificazione giudiziale). E qui si faceva espresso rinvio alla « Risoluzione del Comitato italo-germanico sul diritto delle obbligazioni ». In sé e per sé comunque la sproporzione fra le prestazioni, ove fosse stata eccessiva, avrebbe dovuto dar luogo alla rescissione. E si aggiungeva che il giudice poteva modificare, nei casi legalmente previsti, il contratto che fosse diventato eccessivamente oneroso (con un ulteriore riferimento alla suddetta « Risoluzione » e in particolare alla figura della « Revisione del contratto per mutate circostanze »). Era previsto anche il divieto d'ingiustificato arricchimento: ma qui si trattava di una disposizione che stava ormai per entrare senza problemi apparenti nel sistema del codice civile (22).

Nell'insieme il quadro di queste e di altre direttive di principio era chiaro. E già a una prima lettura chi si occupa del diritto civile contemporaneo può confrontare le indicazioni che rimasero sulla carta e i disegni che manterranno un senso fino a disporsi in una cornice ben più vasta di quella offerta dalla tradizione nazionale.

Il pensiero ritorna agli « alunni del Collegio Mussolini » che verbalizzarono quelle idee. Possiamo immaginare che le profezie fossero nelle loro menti ben altre: eravamo alla vigilia immediata di una guerra catastrofica e toccava a loro di portarne il peso più grave. È proprio ormai impossibile sottrarsi oggidì a un accostamento tanto facile quanto spietato.

L'affinità vertiginosa della discussione sui sommi principi con il disteso seminario degli anni sessanta sul « giudice che crea il diritto » è stata così all'origine di un ritorno al passato che recava con sé anche toni da incubo. Negli anni sessanta alcuni momenti cupi erano ormai lontani, anche se gli allievi non potevano rendersi conto del privilegio di poter scegliere liberamente il colore della camicia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. *Nuova, non meno arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, corsi di diritto civile, anni 1963, 1964 e 1965.*

Quali erano le attese di quegli anni ormai quasi affrancati dai ricordi della guerra?

Per esprimere uno stato d'animo diffuso a volte può bastare il tono di una frase. Radiomessaggio al mondo di Papa Giovanni XXIII. È l'11 settembre 1961. « Sono tutti nostri figliuoli, perché tutti appartenenti a Dio e a Cristo per diritto di origine e di redenzione ».

Sembrano, e sono, parole tante volte ascoltate: quasi si confondono con le memorie delle prediche dell'infanzia. Eppure sono percepite da molti come forti assai, e innovative.

« Non è cosa fortuita se negli anni 1958-1963 … il suo viso… occhieggia dalle pareti delle osterie di paese e dei bar di borgata accanto al volto fanciullesco … di John Fitzgerald Kennedy, altro personaggio che occupa un posto di spicco nell'immaginario di un'umanità che si sente strappata per la prima volta all'incubo del terrore nucleare, della schiavitù, della povertà e della fame » ([23]).

È un ideale preludio all'enciclica *Pacem in terris* dell'11 aprile 1963 nella quale si traccia il disegno di un mondo profondamente cambiato: vi è stata « l'ascesa economico-sociale delle classi lavoratrici »; si è assistito « all' ingresso della donna nella vita pubblica »; sono sorte nuove « comunità politiche indipendenti ». Ne deriva l'urgenza di un riconoscimento di tutti i diritti della persona compresi i diritti sociali. E tale istanza è pienamente conciliabile « con ogni sorta di regimi genuinamente democratici ». Tutti i gruppi etnici devono essere tutelati: anche quelli che si trovano in una posizione di minoranza. Occorre controllare le ondate migratorie che provocano sradicamento, sottoccupazione, perdita d'identità. È indispensabile il disarmo atomico con il rafforzamento delle istituzioni sovranazionali.

Chi ha vent'anni oggi non può immaginare quanto coraggio ci volesse allora per affermare queste idee: che sembrano ormai indiscutibili sebbene siano rimaste in gran parte e in molti luoghi soltanto idee.

Nelle osterie di paese e nei bar di borgata non sempre tutto era

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

speranza e attesa. Ci si apprestava a vivere una nuova stagione di fortissima tensione politica.

L'Università di Pisa era nuovamente un osservatorio ideale. Sono molte le immagini che si presterebbero a fissare, pur nelle personali deformazioni della memoria, i tratti di un'intera epoca trascorsa.

Sappiamo che il viaggio da compiere qui è soprattutto interno alla cultura giuridica.

Il primo luogo del ricordo erano proprio le lezioni universitarie di diritto privato, tenute da Giorgio Giampiccolo, e di diritto civile, tenute da Ugo Natoli. Colpiva tutti noi la sobrietà di uno stile e la finezza di un pensiero che si confrontavano con la tradizione anche nel particolare in apparenza più minuto.

Negli anni 1963-1965, questi erano gli argomenti dei corsi monografici: un profilo del rapporto di credito e di debito approfondito in maniera puntuale e critica (il ritardo o « mora » del debitore nell'adempiere); un confronto nuovo con il diritto di proprietà.

Il tema assegnato come colloquio annuale presso il Collegio giuridico, già « Mussolini », verteva, in margine al secondo corso di diritto civile, sulla « funzione sociale » della proprietà: proprio su quella funzione che continuamente era stata richiamata nel convegno del 1940 sui principi, quasi fosse una sorta di chiave magica destinata a chiudere per sempre il diritto soggettivo nella prigionia dell'odioso passato individualista e liberale. Le letture consigliate erano remote e molto prossime: alcune risalivano ai primi decenni del secolo; altre erano tratte dalla pubblicazione, nel 1954, degli scritti del docente che aveva insegnato il diritto civile al professore pisano, Salvatore Pugliatti; e c'era infine, fra i testi con più convinzione raccomandati, un saggio nuovissimo: « note critiche in tema di proprietà ». A tutto questo si avrà occasione di accennare ancora. Si sorvolava sul fascismo, sebbene, come ormai sappiamo, la discussione fosse già allora quanto mai fervida.

Così, fu questo un primo contatto, non privo di un sottile turbamento, con le tracce di un passato che sembrava intoccabile, tanto erano ancora vive le ferite.

Sta di fatto che l'espressione, nel suo tenore letterale quale era stato riprodotto nella carta costituzionale (art. 42), non era cambiata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con altrettanta certezza non si trattava di una creazione del fascismo. Era frutto di una trasmissione negli anni che veniva da più lontano tanto nel tempo quanto nello spazio: le origini francesi erano trasparenti. Era facile allora capire per quali ragioni la formula fosse sopravvissuta agli anni del fascismo: senza dubbio il fascismo aveva tentato anche in questo caso di far propria una costruzione non sua. E il tentativo di codificarla era fallito.

Ora, invece, c'era perfino il crisma della costituzione repubblicana. Quale senso poteva avere la continuità lessicale nella pur imperfetta e pur tardiva discontinuità politica e istituzionale? Come affrontare lo studio dell'argomento? L'unica via per sottrarsi alle ambiguità del passato — una via tanto semplice da apparire a molti quasi ingenua — era segnata simbolicamente da quell'immagine della « nuova frontiera » (tutta intessuta di riforme democratiche e sociali) della quale i volti del Papa buono e del giovane Presidente americano annunciavano l'imminenza: una sorta d'illuminato ottimismo che, a sua volta, subito richiamava alla mente il disegno del Roosevelt degli anni trenta.

Nella trama dei rapporti fra privati si trattava di riesaminare la legislazione stratificata e crescente che comportava limiti e obblighi in una linea inconsueta, ossia non rigidamente pubblicistica, ma imperniata su criteri razionali; che selezionassero gli interventi episodici — da interpretare in termini restrittivi — e le vere, più stabili, misure di conformazione: modellate sulla destinazione dei beni e sulle singole figure di proprietà. Ne derivava un quadro non più monolitico, aperto a interpretazioni di respiro non strettamente esegetico. Si trattava ormai di prefigurare entro confini precisi — tali da escludere le dubbie funzionalizzazioni di stampo dirigistico e statalistico — un controllo diffuso sulle possibili e nuove configurazioni strutturali assunte dai tanti volti concreti di un'intera vicenda giuridica moderna. Ormai irriducibile alla linearità dello schema pandettistico che già fu dogmaticamente definito secondo il modulo — celebratissimo — della massima astrazione, il diritto « il più assoluto » cercava anche nella tormentata formula della « funzione sociale » uno dei tanti possibili segnali compendiosi: che miravano ad abbreviare il viaggio di ritorno da un cielo ormai folkloristico alla terra dei conflitti del nostro tempo.

Le letture che erano più attente al confronto con i primi tentativi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

postbellici di carattere riformatore a quel tempo si trovavano anche in una condizione di relativo isolamento, poiché sembravano quasi estranee agli interessi di studio prevalenti nella comunità degli studiosi del diritto civile. Furono inoltre perfino irrise dalle prime radicali critiche che già annunciavano la contestazione della fine di quel decennio. I giuristi che cercavano di interrogarsi criticamente sulla formula di per sé tanto ambigua ma ormai testuale subivano così gli opposti strali di quel « sospetto » ermeneutico (eversori occulti, dogmatici ingenui, ovvero servi sciocchi del capitale) che — ma questo è un tema su cui si tornerà in seguito — si farà ben presto ricorrente fino a ridursi a una serie di banali e ripetitivi stereotipi (24).

Per capire il senso della ben diversa vocazione di pochissimi per una linea d'interpretazione che non riducesse le sue cure al codice civile, era indispensabile fare un piccolo tuffo in un'emarginata letteratura degli ultimi anni quaranta e degli anni cinquanta.

Si doveva riascoltare, per esempio, la testimonianza di Massimo Severo Giannini: durante i quattordici anni di vita del sistema sindacale corporativo « l'importanza che venne attribuita all'aspetto organizzativo e rappresentativo degli organismi professionali …, concentrando su di sé l'attenzione dei giuristi, fece da schermo rispetto agli altri problemi, i quali erano invece quelli veramente di fondo »; … molte « improvvise ingiustificate lacune, … slegatezze, … labilità, … insicurezze » risiedevano nello scarso approfondimento di ciò che era attinente « all'aspetto costituzionale dei problemi » (25).

Oppure si poteva incominciare a discutere sul serio uno spunto di Salvatore Pugliatti in merito agli enunciati della carta repubblicana da poco entrata in vigore: vi sono — egli già scriveva — disposizioni di attuazione immediata e integrale, ché « presentano la fisionomia e la struttura delle comuni proposizioni legislative » (26).

Sono, anche questi, temi che sembrano consegnati al passato. E tuttavia s'intrecciano a tal punto con la storia del pensiero giuridico postbellico che sarà necessario tornare di nuovo a parlarne.

Basterà per il momento notare che l'argomento di quel colloquio costringeva a porsi domande su di una formula che si ripeteva identica in tempi diversi; che stava fuori dai codici civili, eppure era richiamata da giuristi della più varia formazione culturale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E c'era specialmente un aspetto — al quale si è di sfuggita già accennato — che solamente a distanza di alcuni anni fu possibile dominare con pienezza.

Nel cercare di sciogliere i molti e gravi dilemmi sul senso normativo attuale e sulle possibili applicazioni future del riferimento alla funzione sociale della proprietà privata, si doveva raccogliere una documentazione che non censurasse intere fasi del tempo trascorso.

Bisognava passare un difficile guado.

Per gli allievi pisani del Collegio giuridico, molte testimonianze potevano rinvenirsi bensì « nelle stanze accanto », ma la prossimità era negata da una distanza emotiva che sembrava a quel tempo incompatibile con la necessaria freddezza investigativa: là erano raccolti i testi su cui avevano lavorato i ricercatori del celebre istituto diretto da Giuseppe Bottai; né vi erano dubbi, com'è largamente noto, sull'ispirazione genuinamente fascista dei molti scritti in materia di proprietà privata e di funzione sociale.

SEZIONE SECONDA
ANNI TRENTA

I. CRITICA DELLE TEORIE GIURIDICHE DI CUI SI SOSPETTA L'ASSERVIMENTO ALL'IDEOLOGIA INDIVIDUALISTICA DEL LIBERALISMO

9. *Locali pisani della Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative: nuove letture di vecchi testi.*

Un'informazione completa sulla « funzione sociale » della proprietà dunque per necessità comprendeva la lettura di alcuni scritti che era possibile consultare in quei locali del Palazzo della Sapienza di Pisa in cui fu ospitata la Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative diretta da Giuseppe Bottai, ove nel secondo dopoguerra si svolse l'attività dell'Istituto di diritto del lavoro e di politica sociale. Negli anni novanta quei medesimi spazi entrarono a far parte integrante del « Dipartimento di diritto privato Ugo Natoli ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sono volumi che hanno caratteri e copertine — e ora anche collocazioni remote e condizioni di abbandono — da cui si trae immediata l'impronta dei tempi. Aprirli e tornare a leggerli è come immergersi nello stile di anni che sembravano relegati nell'oblio.

Si provavano, e qualche disagio si avvertiva anche nei tempi del colloquio degli anni sessanta, sensazioni strane e contrastanti.

Vi erano frammenti che avevano suoni ora quasi arcaici ora ambiziosamente moderni, anzi, come a quel tempo si amava dire, « modernisti »; toni spudoratamente encomiastici o enfatici erano frammisti a tentativi di apertura verso tendenze culturali e verso movimenti della società e dell'economia che non dipendevano strettamente dalla propaganda nazionale.

Dominante era l'aspirazione a difendere l'originalità della Rivoluzione — secondo la maiuscola designazione ufficiale — e le sue promesse nuove, anche quando palesi erano i prestiti attinti ai lasciti culturali dei decenni precedenti e perfino alle contemporanee vicende del *New Deal* nordamericano o della pianificazione sovietica. Né un tale spregiudicato eclettismo era sempre visto con diffidenza: Giuseppe Bottai apertamente ne tesseva le lodi; e ai giuristi, troppo inclini a sistemare il diritto che già esisteva, egli rivolgeva infatti un forte incitamento a servirsene nel progettare il diritto del futuro (1).

Alcune prese di posizione avevano un tono socialmente radicale e perfino estremista, nel quale si univano, a tal punto da confondersi insieme, espressioni tratte dal lessico filosofico di Giovanni Gentile, affermazioni esplicite all'insegna del comunismo ma inseparabili da richiami alla gerarchia e allo Stato, appelli a un'indistinzione mitica in cui tutto poteva essere esaltato: l'individuo, la corporazione, il Partito fascista.

Era il trionfo di un'Autorità e di una Totalità nelle quali ogni atomo della società era al tempo stesso annientato e protetto da un sacrario di parole. Non v'era frammento che non fosse proclamato intrinsecamente libero e che non fosse tuttavia non meno intrinsecamente riassorbito nella cooperazione solidale dei corpi della società; la quale pretendeva d'essere organica e unita pur nelle sue articolate formazioni particolari. Era inevitabile che ogni voce veramente aperta alla pluralità delle idee, di fronte ai sofismi dell'ideologia ufficiale, fosse condannata al silenzio. E che l'affermazione ricorrente di aver trovato finalmente l'unica vera alternativa agli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opposti fallimenti del liberalismo e del socialismo assumesse il carattere di un'apodittica litania (2).

Documentazioni storicamente più accurate, in anni successivi, consentiranno di andare più a fondo. Si troverà la forza di togliere il velo alla respingente enfasi depositata in superficie; e finalmente si faranno scoperte meno emotivamente pregiudicate. Si noteranno in alcune pagine intuizioni molto intelligenti; e in altre sarà possibile scorgere una sorta di fronda generazionale, una ferma critica alla perdita della sensibilità morale, un autentico empito di giustizia (3).

Furono quelle le idee che alimenteranno dapprima tendenze modernizzanti e tendenze critiche e che in seguito provocheranno radicali crisi di coscienza fino a rotture senza appello, quali furono in seguito ampiamente testimoniate dalla notevole memorialistica sulle lotte antifasciste? È possibile immaginare che fra gli alunni del Collegio « Mussolini » ai quali fu affidato il compito di stendere i famosi verbali del Convegno del 1940 vi fossero anche futuri brillanti giuristi dell'Italia repubblicana (4).

Ma le risposte sicure mancano. Sappiamo che alle numerose testimonianze dei letterati non si sono aggiunte autobiografie altrettanto esemplari dei giovani studiosi del diritto che furono educati in ambiente fascista e che dovettero fare spietatamente i conti con la loro stessa primitiva formazione culturale.

Chi scorreva gli occhi sulla vasta e varia documentazione bibliografica a quel tempo già disponibile nei locali della Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative era sicuramente in grado di notare che gli allievi avevano chiesto e ottenuto di conoscere e di studiare alcuni testi fondamentali della cultura economica e giuridica senza distinzioni di nazionalità e di orientamento filosofico o politico.

Molte pagine, ostili all'ideologia dominante in Italia, erano redatte in altre lingue. Fra queste ve n'erano non poche che già avevano affrontato, pur senza ripudiare la tradizione liberale, i temi dell'intervento dello Stato nell'economia, ovvero dell'influenza del mutamento sociale sulle figure giuridiche centrali dei codici civili ottocenteschi. Traspariva una ricchezza e una diversità di apporti del pensiero le cui radici erano anteriori al fascismo o che erano bensì tributarie di sperimentazioni coeve ma in contesti politicamente contrapposti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non sempre chi dall'interno criticava il potere dominante aveva piena consapevolezza di sviluppare alcune idee che già si erano diffuse sulla scia dei gravi problemi del secolo; e poteva spesso capitare che si pretendesse di dare a quelle analisi un'impronta autonoma senza rendersi conto che ben più forte era il rischio di prestarsi più o meno consapevolmente alle strumentalizzazioni di parte. C'era un *humus* culturale che comportava sorprendenti influenze reciproche anche fra studiosi molto lontani nelle fedi politiche (5).

Il fatto è che gli anni trenta si presentano — alla riflessione di chi torni a meditarne di nuovo senza pregiudizi le tensioni ideali e perfino quelle più immuni dalle lusinghe degli opposti totalitarismi — come un cumulo di aspirazioni in un modo o nell'altro ispirate dal sentimento di possibili unità organiche da difendere o da promuovere: erano tali quelle istanze di solidarietà che l'ottimismo individualistico settecentesco avrebbe avuto il grave torto di distruggere intellettualmente senza rendersi ben conto che la drastica lotta con il passato avrebbe finito con l'annientare anche le vere radici umane di ogni concreta utopia del futuro. Cementava correnti di pensiero diversissime la persuasione — in tutti assai forte dopo la grande crisi del 1929 — che un'intera fase dell'organizzazione economica e sociale fosse ormai nel suo momento estremo e finale; e che alla catastrofe imminente si dovesse rispondere, anche nelle libere democrazie, con un'espansione della politica di giustizia sociale (6).

L'idea di un percorso storico progressivo, intessuto di conquiste graduali e costanti, ma sempre difficili e combattute, era chiarissima nel famoso discorso con cui Roosevelt celebrò il *New Deal* nel 1937, ossia nell'anno a cui molti storici assegnarono il vertice di quel progetto.... « È stata necessaria la Guerra Civile perché potesse essere abolita la schiavitù »; ci sono voluti venti anni di tasse « subite da coloro che erano *meno* in grado di pagarle perché fosse riconosciuto il potere costituzionale del congresso di imporre tasse a coloro che sono *maggiormente* in grado di pagarle ». C'è stato bisogno di « venti anni di sfruttamento del lavoro femminile perché fosse riconosciuto il potere costituzionale degli Stati di promulgare leggi sul salario minimo al fine di proteggere le donne ». Venti anni prima che « il diritto si mettesse al pari con la vita » (7).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chi vive nelle democrazie degli anni novanta si misura con un bilancio ben diverso e assai meno ottimistico, nel quale ai tentativi di espandere un diritto « al pari con la vita » si sono sovrapposte, oltre ai fallimenti degli Stati socialisti, condizioni critiche gravissime; e queste hanno costretto a riesaminare, in maniera spesso radicale, molte convinzioni che sembravano intoccabili. Le pressioni dell'attualità rischiano così di alterare in maniera abnorme la percezione storica del tempo trascorso: ma sarebbe davvero insensato che si pretendesse di giudicare gli ideali dei protagonisti di quegli anni cruciali sulla base di una sorta d'intuizione profetica modulata sull'immagine di un futuro che è ancora tutto da definire (8). Non deve sorprendere che gli studiosi del diritto privato ambientassero le loro teorie in un territorio culturale di tanto diverso dall'attuale, così come non suscita scalpore la presenza di una continuità dei problemi essenziali pur nella diversità delle formule proposte allo scopo di avviarli a parziale soluzione (9).

10. *Diffusione dell'istanza « sociale » nella letteratura di quel tempo (in maniera indipendente dal carattere autoritario o totalitario delle istituzioni politiche).*

Si pensi al fortissimo accento che anche nelle teorie giuridiche fu posto in quel decennio sulla qualificazione « sociale » del diritto fino alla negazione stessa del concetto di « diritto soggettivo » e alla sua sostituzione proprio con il concetto di « funzione sociale »: l'unico che sembrasse concettualmente compatibile, a differenza del diritto per essenza riferibile all'individuo, con l'esigenza di cooperazione solidale che, per molti scrittori, era il motivo conduttore dei disegni con il quale si annunciava il secolo ventesimo.

« Dal 1901... alcuni eventi... forse i più grandi della storia... si sono avverati. Sono ancora convinto che abbiano confermato le teorie da me stesso esposte vent'anni or sono ». Due erano le idee generali: a) la costruzione giuridica individualista si era esaurita: bisognava « mettere al bando... i concetti di soggetto di diritto, di diritto soggettivo, fonte di controversie senza fine, spossanti e sterili »; b) la nozione dello Stato come « potenza » fornita di una pretesa « sovranità » era « immaginaria ».

Il diritto doveva essere concepito come il costante farsi regola

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del « fatto sociale »; che era quanto dire, molto semplicemente, « l'interdipendenza degli individui »; i cui atti avevano valore in quanto tendevano alla solidarietà, della quale era clamorosa conferma l'irresistibile ascesa del sindacalismo.

Ogni giorno di più, e specialmente dopo il primo conflitto mondiale, « il detentore dei capitali » era immaginato come « un produttore ... investito di una funzione sociale, la quale comporta una serie di vincoli direttamente imposti dalla legge » e incompatibili con lo schema del diritto soggettivo.

Molti avranno riconosciuto, pur nella traduzione qui suggerita, le famose pagine di Léon Duguit (con le quali si apriva l'edizione del 1927, già disponibile nei locali della Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative, del non meno celebre trattato di diritto costituzionale). Le radici di molte affermazioni che circolavano fra i teorici del corporativismo erano tutte già allo scoperto, così come erano visibilissimi gli aspetti radicalmente incompatibili con l'integrazione di quel movimento nello Stato fascista. Gli ultimi tre decenni del secolo precedente, gli anni del primo conflitto mondiale, la legislazione della guerra e del dopoguerra avevano lasciato segni così forti che il giurista non poteva esimersi dal valutare quelle vicende epocali. Ma l'immaginazione simbolica poteva avere approdi opposti: puntare all'idea astratta dello Stato sovrano oppure rafforzare i corpi sociali organizzati e costruire anche la sfera dei poteri economici del privato cittadino in funzione di quelli. Il corporativismo fascista, nelle sue manifestazioni ufficiali, tenterà di esaltare insieme l'una e gli altri, ma finirà con il negare nei fatti, tanto le libertà individuali quanto ogni effettiva autonomia collettiva (10).

Già qui erano evidenti, oltre alle indubbie affinità, gli aspetti incompatibili. Chi avesse fatto di Léon Duguit un precursore del corporativismo non avrebbe potuto ignorarne l'esplicita professione di antistatalismo. Ma ormai le formule — che pure apparivano goffe e abnormi ai giuristi più educati nella tradizione del diritto civile — di un « codice privato sociale » o di un « diritto privato sociale », avevano preso a circolare un po' dappertutto.

Nella maggior parte dei casi furono fraintese o consapevolmente piegate al potere politico, ma la « funzione sociale » di Léon Duguit così come il « diritto sociale » di Georges Gurvitch — non diversamente dall'Io-sociale di Santi Romano nella sua matrice più intima

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— nascevano dall'affermazione di un diritto che non ha alcun bisogno di un'imposizione autoritaria, poiché da sempre è immanente a una società che si organizza nella pluralità dei sistemi di regole. Anche in Georges Gurvitch, per esempio, era in quegli anni esplicita, e a tratti perfino enfatica, l'opzione a favore dell'associazionismo sindacale contro ogni forma di potere giuridico superiore (11).

Eppure c'era innegabilmente un comune sfondo culturale. Pur sempre assai prossimi erano i miti positivi da esaltare e i miti negativi da esorcizzare. Si trattava ogni volta di entità che, quand'anche ambissero a farsi sociologicamente vive, risultavano in realtà ancora astratte, poiché erano viste acriticamente quali totalità arbitrariamente contrapposte. Corpi sociali, Stato, Individui — scritti al maiuscolo secondo il gusto e lo stile del tempo — erano proiettati sullo sfondo di un disagio irrisolto: la sensazione che soltanto il pieno affermarsi di istituzioni organiche e comunitarie costituisse una risposta efficace e non disgregata al fallimento storico (confermato dalla spaventosa crisi economica e sociale con la quale sinistramente si annunciavano gli anni trenta) dello Stato liberale, individualistico e borghese. Pure chi era nemico dichiarato delle opposte soluzioni totalitarie, di tipo fascista o bolscevico, respirava a pieni polmoni una cultura anche giuridica (e tale rilievo può estendersi agevolmente al pensiero economico di quegli anni), ove erano sempre più netti i tentativi diretti a contrapporsi, in nome di una dogmatica e inflessibile profezia sulla pretesa irreversibilità della storia, all'intero apparato categoriale fondato sull'esaltazione dell'Individuo proprietario: al quale uno Stato non immune a sua volta da fondazioni elitarie e da modi autoritari avrebbe garantito l'assoluto arbitrio.

Negli anni trenta del secolo tale descrizione sommaria e alquanto manierata aveva già subito tante di quelle pesantissime alterazioni, indotte dalle complicazioni dei movimenti di modernizzazione diffusi in tutte le società di massa, da rendere del tutto improponibile ogni immagine assolutistica e rigida delle grandi categorie della scienza giuridica del diritto privato quali erano state costruite specialmente dalla pandettistica tedesca.

Alcuni scritti di larga notorietà si soffermeranno, con intonazioni diverse, sulle valutazioni d'insieme e già descriveranno l'entità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della metamorfosi: non soltanto della proprietà, nel nesso e nella distinzione rispetto all'avvento dell'impresa, ma anche del contratto e, sia pure con toni rarissimi in Italia oltre che più incerti e più alterni, della responsabilità civile.

11. *Demolizioni del diritto soggettivo.*

Tutto questo è largamente noto da tempo. Ma quel che spesso si tende a trascurare è l'aspetto che finiva con l'avvicinare molte concezioni che in quel tempo si erano diffuse tanto in seno alla tradizione del pensiero giuridico liberale e democratico quanto in seno alla nuova ideologia del corporativismo e del fascismo. Tale era l'annientamento verbale del diritto soggettivo. E spesso in un vuoto di proposte critiche e ricostruttive seriamente meditate (12).

Il problema era molto grave; né si poteva liquidarlo con poche battute. Sarebbero sicuramente arbitrarie tutte le sintesi che pretendessero di descrivere quell'orientamento in maniera approssimativa, senza tener conto delle accurate ricerche che, anche in sede storiografica, avevano svelato l'effettivo sostrato giusnaturalistico delle sistemazioni imperniate sulla centralità di una tale categoria.

Una cosa era certa. Non sempre la critica del concetto nasceva — come in Hans Kelsen — dall'esigenza di costruire una scienza giuridica positiva libera dai residui del diritto naturale ma anche dalle lusinghe di fedi politiche opposte. Alla demolizione del diritto soggettivo — quale si manifestava esemplarmente già nelle pagine di Léon Duguit — concorrevano anche le ricerche che si pretendevano dominate dal rispetto della verità fattuale e normativa seppure dentro un quadro che avrebbe dovuto serbarsi immune dalle tentazioni illiberali. Ancora una volta si propagava una tendenza del pensiero che non sapeva resistere alle lusinghe delle indistinzioni totalizzanti: quasi che lo studio del diritto privato, in palese ritardo sulle ricerche artistiche del novecento, preferisse fingere un'unità sociale perduta, da contrapporre all'assolutismo non meno astratto dell'individuo, piuttosto che mettersi in discussione nel confronto con le lacerazioni di una società nella cui trama sempre più complessa passato e futuro s'intrecciavano strettamente; e trascinavano con sé i concetti giuridici fondamentali: dei quali, pure, era indifferibile la revisione critica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Prime visioni delle categorie in trasformazione

12. *Note sul contratto.*

La questione principale era allora un'altra: come riscrivere le pagine del diritto privato senza tramandare un'immagine sempre meno credibile delle grandi categorie sistematiche?

I tentativi non mancarono anche negli anni trenta, ma non sempre se ne comprese l'importanza in seno agli insegnamenti ufficiali. Si trattò invece di ricerche che seppero vedere — al di sotto delle strumentalizzazioni politiche occasionali — chiare linee di trasformazione: identificabili nei sistemi giuridici novecenteschi in maniera relativamente indipendente dalle forme di Stato e di governo.

Può considerarsi esemplare lo spazio che nel 1937 fu dato da Giuseppe Osti — già in seno alla voce dedicata al contratto sul Novo Digesto Italiano — all'intervento dello Stato nell'economia oltre che alle innovazioni virtualmente legate, in maniera più stretta e più originalmente nazionale, all'ordinamento corporativo, sullo sfondo dei principi della Carta del lavoro ai quali già si attribuiva un effettivo rango costituzionale. Una volta soppresso l'ordinamento corporativo, quella voce sarà nella sostanza riprodotta, pur con le modifiche indispensabili, negli anni cinquanta sul Novissimo Digesto Italiano; e, contestualmente, sarà dato un pieno rilievo alle nuove disposizioni costituzionali (13).

Un tempo queste linee di continuità furono viste con sospetto: quasi si prestassero, sempre e in ogni caso, a un'operazione, più o meno cosciente, diretta a suffragare la maligna ipotesi che sulla nostra costituzione economica irrimediabilmente pesasse ancora un'eredità corporativa di ascendenza fascista; ovvero, diretta a promuovere la subdola apologia di una cultura giuridica ed economica che di soppiatto avrebbe finito con il tramandare quei medesimi principi di socialità e di giustizia che per la prima volta sarebbero stati affermati, con pretesi accenti di originalità, proprio nell'innominabile ventennio.

Chi analizzi, nel suo complesso, l'atmosfera culturale degli anni trenta, e la confronti con i movimenti di pensiero dei primi due decenni del secondo dopoguerra, nota agevolmente invece che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alcuni problemi relativi all'assetto economico e sociale di quel tempo già trascendevano i confini nazionali. E, sebbene le ideologie ufficiali si sforzassero di manipolare la realtà per finalità propagandistiche contingenti, si trattava pur sempre di mutamenti che erano comprensibili solamente nel contesto di un insieme di fattori sociali con i quali tanto il pensiero economico quanto il pensiero giuridico, oltre alle ricerche sociologiche, sempre più spesso dovevano necessariamente cimentarsi: non senza un'inevitabile eccedenza delle affermazioni riduttive sulle analisi scientifiche.

Due « voci » scritte da uno studioso del diritto civile sul contratto, vent'anni d'intervallo, una catastrofe in mezzo. Alcuni problemi, pur sicuramente estranei ai modelli dei codici civili ottocenteschi, si perpetuavano; e imponevano già un modo nuovo — non l'unico — di sistemare una categoria fondamentale del diritto privato.

In tal senso anche la revisione del contratto corrispondeva a un grado di approfondimento della complessità e del mutamento che erano destinate certamente a crescere nel secondo dopoguerra ma che erano ben percepibili fin dall'età prebellica. Nel decennio successivo e all'inizio degli anni settanta la ricerca si affinerà nella stessa direzione. Nuovi moti di trasformazione saranno sentiti come dominanti; e acquisteranno un ruolo egemone nell'area degli studi dedicati alle figure canoniche del diritto civile.

Vana è certamente la pretesa di ricercare a tutti i costi nel passato, sotto le affermazioni ufficiali e anche sotto le ricerche più originali se non perfino eretiche, i sintomi o i presagi del tempo in cui ci tocca di vivere (e che già si presenta frantumato, dentro di noi che invecchiamo, in tante ere: spesso tutt'altro che socialmente e culturalmente coerenti). Non meno rischiosa — ancorché sia in qualche misura inevitabile — è la tendenza opposta: a proiettare su chi scrive l'ultima delle influenze soggettivamente sperimentate in tempi remoti allo scopo di leggervi quel che non c'era e che forse non ci poteva essere, salvi i casi eccezionali d'intelligenza anticipatrice e quasi profetica.

Qui l'analisi deve farsi più articolata. Ci furono problemi che in seguito sono stati riproposti, con sfumature diverse; problemi che ben presto sarebbe stato possibile trattare in maniera approfondita (erano comuni a una temperie culturale non nazionale) e che tuttavia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

furono quasi completamente relegati ai margini o che furono studiati da isolati pionieri delle ricerche sul diritto privato; e infine ci furono problemi che non si volle e che non si poté vedere: sui quali sono possibili soltanto riflessioni per contrasto, secondo il paradigma di una non dubbia discontinuità.

Molte questioni — pur nell'apparente identità delle formule generali che quasi magicamente facevano tutte appello a una declamata istanza di socialità — erano nuovamente disponibili per un approfondimento critico nel diverso contesto politico. Le condizioni minime per la ripresa di un'intera linea di ricerca sui mutamenti del diritto privato potevano riassumersi nella capacità di prendere le distanze tanto dalla sterile ripetizione dei moduli descrittivi più logori quanto dall'equivoco intreccio delle politiche di modernizzazione con i proclami ideologici imposti dai poteri dominanti. Un tentativo — in tal senso consapevolmente promosso — senza dubbio ci fu: costituì certamente un aspetto assai significativo nel complessivo orientamento degli studi giuridici che si imposero alla generale attenzione negli anni successivi al secondo conflitto mondiale.

Il nuovo stile culturale si manifestò anche nell'ampia articolazione dei documenti esplorati. Quando l'argomento lo richiedeva, il giurista si apriva (e in qualche caso la novità era quasi assoluta: almeno con riguardo all'ampiezza e alla qualità degli approfondimenti collaterali) a un confronto attento con lo stato di avanzamento delle indagini in alcuni settori connessi. La lettura dei « classici » in altre lingue — e soprattutto in altre scienze umane — negli anni trenta fu soltanto la prerogativa di minoranze le quali si erano formate nelle Scuole, come quella corporativa pisana, che furono parzialmente eterodosse e che, dapprima tollerate, furono poi emarginate dal potere politico. Nel secondo dopoguerra, diventava, con progressiva accentuazione, parte integrante di una ricerca che ora poteva esibire senza timori, in una cornice istituzionale comune alle altre democrazie occidentali, i suoi variegati presupposti ideali.

13. *Intuizioni del futuro.*

Intorno alla metà degli anni trenta il problema del nesso che univa le disposizioni del codice civile e del codice di commercio a una legislazione speciale — ormai diffusa e innovativa — oltre che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla pratica applicazione degli istituti giuridici era da alcuni anni presente e vivo nella coscienza degli interpreti; almeno in quelli che erano più attenti all'istanza senza tempo dell' « adeguazione del sistema giuridico alla realtà ».

Il saggio giuridico che in tal senso fu tra tutti, forse, il più illuminante venne pubblicato nel 1934 con il titolo « La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale ». Ne fu autore uno studioso che sarà ben presto costretto a lasciare l'Italia a causa delle persecuzioni razziali: Tullio Ascarelli (14).

Il filo conduttore di quelle pagine rispondeva a un'esigenza di ricerca che si dimostrava già molto radicata e consapevole. Essa troverà conferma dapprima negli anni dell'esilio presso le facoltà di giurisprudenza sudamericane; sarà poi approfondita con il ritorno all'insegnamento in Italia dopo la fine della guerra.

Sappiamo — con la facile esperienza dei posteri — che quell'atteggiamento fondamentale non resterà senza traccia, poiché contribuirà a diffondere nella generazione di quei tempi, ma con risonanze che lambiscono i nostri, una nuova sensibilità nei confronti degli studi di diritto privato.

Il problema ricostruttivo coinvolgeva immediatamente la responsabilità dell'interprete: il quale entrava subito senza titubanze nel vivo della molteplicità dei fattori costitutivi della metamorfosi giuridica. C'erano, per prima cosa, alcuni dati primari da vagliare senza l'ombra dei pregiudizi. Le fonti scritte ormai non si potevano più identificare con il sistema dei codici; né era possibile relegare le fonti legislative di altra origine e natura nella marginalità episodica. Si poneva dunque un'esigenza di « coordinazione » che non aveva risposte precostituite a senso unico: alla stregua del nesso costante che contrappone da sempre la regola all'eccezione. E non era possibile fermarsi alla superficie. « Dietro e oltre le norme di legge » c'era la « forza operosa della prassi », quale era riassunta — secondo una nomenclatura già allora e da tempo in auge — nel « diritto vivente »: un'esperienza, questa, che era doveroso studiare nella sua « perenne evoluzione »... « anche quando rimangano inalterate le singole norme di legge ». L'analisi del giuridico sarebbe stata monca se non si fosse confrontata pure con le generali linee di sviluppo dei singoli istituti; e se non fosse stata in grado di cogliere, nel rapporto che si rinnovava di continuo fra le norme e la « prassi », « le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendenze e le reciproche influenze ». Qui era in primo luogo ribadita un'esigenza conoscitiva che per la verità i giuristi moderni, con cadenze costanti, torneranno sempre, quasi instancabilmente, a proporre alla comunità degli studiosi del diritto civile: nel tentativo di evitare che una scienza cieca indugiasse nel rifinire sterilmente le tradizionali sistemazioni, ormai prive di presa su di un mondo trasformato. C'era inoltre il suggerimento diretto a evitare la scissione fra un atteggiamento che da esegetico si era fatto sistematico nei riguardi dei codici e che permaneva invece strettamente esegetico, e dunque senza la guida dei principi incorporati in quei testi aspiranti a un massimo di organica coerenza, di fronte alle « nuove norme ». Problema, questo, che — sul crinale destinato a dividere il ventesimo dal ventunesimo secolo — è deflagrato in una maniera a dir poco impressionante: da tutti immediatamente percepita. Il discorso verteva allora — senza timori di strumentalizzazioni politiche e di arbitrii giudiziali — proprio sui « nuovi » principi generali che nell'unità del sistema dovevano improntare di sé anche l'interpretazione delle disposizioni rimaste immobili. E così il diritto dei tempi mutati, via via che assumeva una propria fisionomia razionale, a sua volta poteva essere aiutato a espandersi. Si profilava qui chiaramente l'ipotesi di un giurista-interprete animato da una vocazione, tutta pragmatica, di ingegneria sociale. Vigile di fronte alle crescenti complicazioni e ai costanti sviluppi delle società organizzate, chi studiava il diritto civile non era tenuto solamente a descrivere le divaricazioni degli strumenti normativi e fattuali che si paravano e si affollavano davanti al suo laboratorio analitico, ma doveva fornire di quelle fratture una chiave ermeneutica. L'imperativo da promuovere era inseparabile da un'istanza di unità sistematica, poiché non si era ancora smarrita la fiducia nella possibilità di scorgere dietro la folla delle regole un ordine; ma non si doveva paventare il risultato che portava all'edificazione di un principio inconsueto. Il distacco sia dal modello scientifico strettamente dogmatico sia dall'abito mentale specialistico che presupponeva la pura e acritica registrazione dell'innovazione normativa irriducibile a quel modello si traduceva nella riaffermazione, in termini più consapevoli e più realistici, di un luogo ormai indiscusso dei discorsi sull'ermeneutica giuridica: la collaborazione dell'interprete dotto allo sviluppo del diritto. E non poteva stupire, conseguentemente, che si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amasse insistere sull'immagine — da molti ripresa tante volte in via automatica senza concretezza di esemplificazioni applicative — della « creatività dell'opera dell'interprete »: la quale non avrebbe potuto non essere « veramente » tale « nell'infinita varietà dei quesiti che sono continuamente suscitati dalla vita pratica ».

Non si può certo pensare che in quei medesimi anni la riflessione degli studiosi del diritto civile e del diritto commerciale sull'ermeneutica giuridica e sugli « spazi » aperti alle più varie operazioni degli interpreti avessero già raggiunto il grado di sofisticato approfondimento a cui perverranno anche le ricerche giusfilosofiche italiane soprattutto nei decenni successivi al secondo conflitto mondiale: allorché si diffonderanno le metodologie di indirizzo analitico o quando riprenderanno vigore le ricostruzioni critiche dei modelli argomentativi prediletti dai giudici e dai giuristi. Era nondimeno già chiarissima l'indicazione di una via d'indagine: che sarà destinata a trovare applicazioni varie e molteplici nel corso degli anni.

I « principi nuovi » erano solamente presupposti: non formulati. Alcuni riferimenti riprendevano una linea di ricerca che fu intuita e in gran parte già tracciata nei suoi lineamenti essenziali in altri tempi, contraddistinti da trasformazioni sociali e legislative di grande rilievo (i due ultimi decenni del secolo diciannovesimo; la legislazione che fu detta di « guerra » negli anni del primo conflitto mondiale).

Ma l'attenzione era già rivolta anche al mondo della produzione e del consumo di massa con gli inevitabili riflessi sulle contrattazioni private. Confluivano nel disegno d'insieme le notazioni — di cui si è vista una prima testimonianza nella voce da Giuseppe Osti dedicata al contratto — sull'intervento dello Stato nell'economia con i tanti suoi inevitabili riflessi nei vari comparti del diritto privato. Era pure palese la curiosità per le innovazioni promesse dai modelli del diritto corporativo: l'analisi era specialmente orientata — secondo il linguaggio dell'epoca — alla sistemazione di un diritto che si articolava nel suo insieme su basi soggettive inedite e plurime nel quadro del primato riconosciuto alle « categorie professionali ». Si profilava senza eufemismi — e anche questa linea di tendenza si protrarrà fino ai nostri giorni — l'ipotesi di un rovesciamento d'influenze sistematiche fra i distinti grandi comparti del diritto privato: ora erano il diritto del lavoro e il diritto commerciale a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proiettare non poche figure giuridiche — pervase di una più intensa vitalità sociale e fattuale — sul glorioso disegno, antico e statico, del codice civile.

Il giurista abituato a tradurre i principi in regole operanti e in proposte di soluzione troverà in quel lontano saggio di Tullio Ascarelli soprattutto una pagina introduttiva e un progetto di ricerca: l'una e l'altro avranno per molti aspetti un futuro importante e un destino a quel tempo imprevedibile.

La sorte dei riferimenti al corporativismo e al diritto delle categorie professionali è nota. Almeno nelle stesse forme e nello stesso lessico, per motivi che è agevole intuire, quel sostrato culturale non poteva avere un futuro ben visibile negli anni del secondo dopoguerra, sebbene sempre più spesso, sul finire del secolo, si tenderà a ravvisare l'esistenza di una linea di continuità fra le direttive della Costituzione economica repubblicana e i più remoti princìpi della Carta del lavoro.

I riflessi sul diritto privato — e sui diritti speciali — dell'intervento statale e legislativo nell'economia alimenteranno invece una discussione vivacissima che, anche nei termini di un riesame dei concetti tradizionali, attingerà alcune vette negli anni sessanta non senza prolungamenti nei primi anni successivi: finché — per un concorso di cause politiche, economiche e culturali di vasta notorietà — andrà declinando, a causa della diffusa sfiducia nei confronti delle politiche del *Welfare State*; alle quali in grande misura saranno imputate le gravi (e gravissime specialmente in Italia) inefficienze, corruzioni e distorsioni dell'economia e della convivenza sociale.

A loro volta i problemi delle contrattazioni di massa, già in quelle pagine descritti con chiarezza, si protrarranno fino al secolo ventesimo e imporranno regolamentazioni nuove in una prospettiva europea, non senza intonazioni polemiche.

Se ora si confrontano le pagine del cultore del diritto commerciale che si interroga apertamente sul diritto dell'economia con le pagine dei giuristi che — nel clima acceso degli anni trenta e degli inizi degli anni quaranta — non si astraggono dalle pressioni dell'attualità e, fra mille incertezze e contrasti, assumono su di sé la pesante responsabilità di formulare i nuovi principi, da intendere nel significato non occasionale e non propagandistico già riassunto da Tullio Ascarelli con la formula dell'« adeguazione » del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scritto alla realtà del diritto vivente o in formazione, si nota subito che l'oggetto dell'analisi critica e ricostruttiva era in gran parte diverso.

Molti studiosi tempratisi sulle categorie del diritto civile riproposero — come si è rammentato in forma di anticipazione riassuntiva — alcuni luoghi canonici delle dispute che avevano ben più lontane radici. Non pochi si curarono soprattutto della demolizione del 'dogma della volontà' e della consacrazione dell'istanza moderna di tutela dell'affidamento senza mai tradire la centralità attribuita alla categoria del negozio giuridico. La questione del « contratto giusto » (che — già avvolta nel fumo delle memorie del passato — sembrava relegata ai margini se non del tutto dimenticata) riappariva sotto le spoglie di proposte normative che talora avevano radici e suggestioni nella tradizioni di altri sistemi (soprattutto nella figura tedesca del « contratto usurario », oltre che nell'affine previsione del codice svizzero) e talaltra si misuravano, non senza divergenze insanabili, con il fallito tentativo di unificare il diritto delle obbligazioni di Francia e d'Italia.

14. *Confronto di idee.*

Uno scritto di Emilio Betti — di quattro anni successivo rispetto al contributo di Tullio Ascarelli — ben poteva prestarsi a un'analisi, fra le più esemplari, delle varie attitudini del pensiero giuridico al cospetto con i gravi problemi di quegli anni.

L'opzione primaria di metodo era ancora nel segno di una ferma adesione al diritto che si sviluppa in sintonia con il *genius loci*. « Il diritto non è una sovrastruttura artificiale che si possa foggiare come meglio piaccia; esso penetra nelle fibre più intime della struttura sociale, dà la soluzione dei più delicati problemi della convivenza civile e, nel riflettere le concezioni dominanti in un dato ambiente storico, esprime in modo genuino e caratteristico il genio di un popolo: lo esprime in maniera anche più tipica che il costume, la letteratura, le altre forme di vita... ». Ma in tal caso era fortemente accentuata, insieme con l'idea filosofica del rango eminente riconosciuto all'oggettività dei valori giuridici, il nesso che li univa in maniera contingente a una direzione politica che avrebbe incarnato la tendenza solidaristica nella quale era ravvisata l'ispirazione fon-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

damentale dell'intera comunità nazionale. Si trattava, innegabilmente, dello stesso sfondo culturale che fu espressamente e solennemente richiamato nella prolusione milanese del 1928: una linea di pensiero che nulla aveva delle superficiali parole d'ordine imposte dal potere politico, ma che certamente si riconosceva senza toni dissimulati in una delle tante possibili immagini o versioni degli ideali fascisti (15).

Il punto stesso di osservazione era radicalmente diverso rispetto a quello prediletto da Tullio Ascarelli. Al centro delle riflessioni di Emilio Betti non erano la società industriale ormai di massa né la complicazione giuridica conseguente alla frattura tra i corpi normativi della tradizione e i numerosi testi che fungevano da risposte legali al mutamento sociale. L'accento era posto sulla visione del diritto privato alla stregua di un « tutto organico coerente nelle sue parti » e sull' « intima rispondenza » con la struttura sociale. Ne derivava anche la combinazione fra l'omaggio metodico — moderno e realistico — a una « tipologia » effettiva che si imponeva all'attenzione del giurista quale espressione di autonomia e l'opzione del pensiero per la supremazia di un valore comunitario e autoritario: sulla cui indubbia e riaffermata originalità storica — rispetto all'individualismo liberale e alle pericolose lusinghe del socialismo — molti a quel tempo erano, come ormai ben sappiamo, pronti a scommettere.

Già nel 1930 — nel contesto di una vivace discussione, non priva di chiari toni polemici, con Mariano D'Amelio e con Vittorio Scialoja sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti — Emilio Betti aveva affermato che « l'ordinamento corporativo va imprimendo alla società una struttura assolutamente nuova, destinata ad attuare la collaborazione e la solidarietà fra le classi sociali e la comune loro subordinazione alle superiori esigenze nazionali ». Il principale bersaglio era costituito dalla « struttura sociale e politica della democrazia francese » a cui si imputava di essere « rimasta informata alla ideologia individualistica e libertaria della rivoluzione del 1789, la quale continua ad operare colà ancora oggi, sia pure sotto altre forme e condizioni ». L'idea stessa di un'unificazione legislativa era vista come l'anacronistico retaggio della prima guerra mondiale, quando per la prima volta sembrò che si volessero porre le basi di « una non diremo ancora unificazione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma confederazione economica e politica ». Gli « Stati uniti d'Europa »: ecco il mito di cui l'aborrita egemonia francese si serviva per occultarsi ai danni della cultura nazionale. L'interlocutore, e anche l'avversario, era Pietro Bonfante: quel suo discorso d'inaugurazione dell'anno accademico 1918-1919, nel quale chiarissima era « l'aspirazione a una forma superiore di Stato libero » (16).

Una tale fusione degli orizzonti fattuali e valutativi, ai quali si assegnava una piena forza oggettiva, oscurò la linearità di quell'istanza di modernizzazione che pure era immanente nella linea di ricerca proposta. Come ebbe occasione di scrivere, in una celebre memoria sulla codificazione, Filippo Vassalli, ci fu un eccesso di immedesimazione fra le idee giuridiche, che si sostenevano da sole anche senza tributi all'attualità politica, e le scelte attribuite a maggior gloria del potere. Era trasparente tanto la validissima istanza diretta a considerare i lasciti della tradizione romanistica secondo un *prisma mentale* che ci consenta di qualificarci *moderni* quanto l'omaggio reso all'« accresciuto senso di disciplina e di responsabilità » della « fase attuale della nostra coscienza pubblica »: « la nuova idea della missione etico-sociale dello Stato, messaggio del fascismo agli Stati moderni ».

Questa preoccupazione dominante, nel segno dell'originalità del *genius loci* comunitario e italico, influì anche sulla percezione dei profili relativi all'intervento dello Stato a difesa dei « deboli » o della diffusione di tecniche di negoziazione che ormai si affermavano su scala di massa.

Si considerino le censure rivolte a quelle innovazioni del progetto del codice civile che riproducevano le linee del tentativo franco-italiano di unificazione del diritto delle obbligazioni. Il caso che fu considerato più significativo nel senso di un non felice innesto « di nuovi virgulti nel tronco antico » era ravvisato nella seguente disposizione sul contratto iniquo e sulla possibilità di trarne gli estremi di una formazione non libera dell'accordo, anche al di fuori dei consueti vizi del consenso, nonché sui possibili rimedi giudiziali, all'insegna dell'annullamento o del riequilibrio dei diritti e degli obblighi (art. 22): « se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficien-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni ». La responsabilità di una regola che sembrava tanto aberrante risaliva a un passo del Pothier ove era delineato il fondamento dell'azione di rescissione per lesione enorme. L'aspetto che suscitava il più grande scandalo si riferiva alla pretesa di dedurre dall'iniquità un quarto vizio del consenso. Si voleva in tal modo attribuire un primato, rispetto all'esigenza di una valutazione oggettiva del contratto sperequato, all'elemento soggettivo del negozio. E questa tendenza era un palese « corollario del famigerato dogma della volontà... tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo ». Il modello da seguire, quasi a contrasto, era tedesco. Si trattava di difendere la vittima del negozio usurario anche quando il consenso appaia dato all'infuori di ogni pressione. In mancanza di una disposizione nazionale che prevedesse in tal caso la nullità per contrarietà al buon costume (§ 138, 1° e 2° comma, B.G.B.), « dovrebbe essere decisiva... unicamente la illiceità della causa ». Ogni altra previsione scardinava l'autonomia privata con l'accrescere il potere discrezionale del giudice e al tempo stesso forniva allo sfruttato una protezione inadeguata.

Era possibile notare agevolmente il duplice bersaglio delle forti critiche al codice in formazione. Non si trattava solamente di combattere il vecchio e tante volte deprecato individualismo liberale. Si affermava con forza l'esigenza di condannare la perversione delle democrazie borghesi (anche della Gran Bretagna e degli Stati Uniti d'America, oltre che della Francia): che tutte erano ormai asservite a un capitalismo non corporativo dietro il quale si nascondeva un nuovo e non meno pericoloso « democraticismo », a sua volta pesantemente inquinato dalle suggestioni provocate dalle mitologie socialiste.

Dopo gli attacchi che « da ogni parte vennero... mossi... al codice Napoleone, siccome contrario alla nuova realtà sociale, difforme dalle esigenze della solidarietà umana e non animato da spirito democratico », la faceva ora da padrona « una inquietudine dello spirito » che rendeva i giuristi francesi « meno combattivi... contro il prepotere delle tendenze democratiche e demagogiche ». Questa mentalità « oltre ad esasperare l'indirizzo egualitario di talune norme del codice » (qui si alludeva alla « tendenziale equi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parazione dei figli naturali ai legittimi ») si manifestava « soprattutto nel proteggere i presunti deboli, nell'indebolire quelli che sembrano troppo forti, nel subordinare la libertà contrattuale all'ordinamento economico e alle sue necessità, nel ripartire i rischi secondo nuovi criteri d'equità che prescindono dalla colpa, nel legiferare distintamente secondo le classi e le professioni ».

« Alla nozione del dovere dei singoli verso il prossimo » (affine alla cristiana carità e alla ripudiata idea di fraternità) subentrava il « diritto dei deboli verso lo Stato » non senza il legittimo dubbio che « non il senso di giustizia ma la forza del numero » ispirasse le riforme: perfino quelle che spingevano a « intervenire nei rapporti contrattuali ».

In altra direzione ci si doveva volgere se si volevano suggerire — com'era possibile e doveroso — quelle modificazioni che erano imposte, nella configurazione giuridica dei vari rapporti di obbligazione, dall'« odierno fondamento politico degli istituti »: al fine di renderne « più efficiente l'interesse sociale », pur conservandone immutati « i fondamentali principi ». Una volta ripudiato il « dogma della volontà », si doveva anche abbatterne i corollari, nell'intento di appagare il « nuovo senso di disciplina e di autoresponsabilità ». In termini di concrete proposte giuridiche, le idee fondamentali erano costituite dalla « necessità di tener fede all'affidamento fondato sul significato oggettivo della dichiarazione » e dal rilievo primario attribuito alla « funzione sociale (causa) tipica del negozio ». Solamente la « funzione » renderebbe « ragione della tutela... non già il capriccio individuale ».

Si sarebbe indotti a pensare che l'insistenza sulla « funzione » preludesse a un coerente e radicale distacco dalla grande tradizione del diritto privato. E ci sono alcuni passi che non sembravano davvero lasciare molti dubbi sul ruolo dello Stato e del Governo: « ecco... un popolo proletario... con un ordinamento corporativo di formazione recente, che attraverso la collaborazione delle associazioni professionali e per mezzo di organi propri subordina l'attività delle classi al controllo dello Stato e gli interessi di categoria alle superiori esigenze della produzione, con una organizzazione amministrativa che all'accentramento dei poteri nel Governo accoppia... stabilità di direzione e continuità di indirizzo ».

Ma era necessario pur sempre prendere le distanze dalle « ten-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denze egualitarie » delle democrazie. Si doveva denunciare il pericolo di concezioni che potevano stravolgere il senso stesso della proprietà. Erano così determinati fin da quel tempo i criteri della distinzione: da un lato, i limiti esterni alla sfera della proprietà imposti dallo Stato nell'interesse pubblico; da un altro, il tentativo delle democrazie di imporre anche « un limite interno, inerente alla sua intima struttura ». Il fascismo, sebbene spesso si tendesse a proclamare il contrario, non aveva trasformato il diritto di proprietà, poiché ne aveva sempre rispettato l'essenza di « diritto privato in confronto dei limiti ed oneri che l'interesse dello Stato pone ». Dentro quei limiti nell'interesse pubblico la proprietà era — e doveva restare — diritto privato. Per questo motivo, la politica legislativa delle democrazie era denunciata come incompatibile con gli ideali del fascismo: proprio per il fatto che per la prima volta ci si avventurava in un territorio insidioso, segnato in maniera netta dall'art. 18 del progetto del libro secondo, ove si affermava che la proprietà doveva essere concepita « in conformità della funzione sociale del diritto stesso ». Per tal via il diritto avrebbe dovuto essere esercitato nell'interesse sociale, « o almeno nell'interesse individuale in quanto collimi con l'interesse sociale », con la conseguenza di sopprimere, a seguito di una tale metamorfosi dall'interno, il carattere « privato » della proprietà stessa.

La « funzione sociale », già sottolineata con forza dallo stesso Emilio Betti, per tramite della dottrina della causa del contratto, era qui vista invece come una formula « incompatibile con gli ideali del fascismo »; e quale espressione — già formulata nelle pagine di Léon Duguit e poi nella figura dell' « abuso del diritto » secondo la traccia del pensiero di Louis Josserand — delle tendenze socialisteggianti, equivoche o demagogiche, da cui erano pervase le democrazie liberali. « La tendenza a proteggere i deboli, a deprimere i forti, a operare... un livellamento sociale... non di rado viene ispirata alle onnipotenti masse elettorali da motivi inconfessabili, quali l'odio di classe e l'invidia... Nell'orbita dell'ordinamento corporativo l'esigenza sana di una efficace tutela dei deboli viene attuata in tutt'altro modo... ».

Eppure la conoscenza della « politica legislativa della nuova Germania » — della quale lo studioso italiano poteva parlare con rara competenza grazie alla padronanza della lingua tedesca e ai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lunghi soggiorni presso quelle università — consigliava un atteggiamento « critico e guardingo »: qui c'era un sussulto di aperto dissenso culturale, ancor prima che politico, nei confronti del « mito del sangue » e del « tipo ideale dell'uomo germanico-nordico » la cui esaltazione era frutto di un' « impostazione biologica » inaccettabile. Erano anche intuiti con chiarezza i nessi assai pericolosi tra l'ideologia della *volonté générale* e l'identificazione del *Volk* con il *Führer*, sebbene una gran parte di quelle note perdesse di forza nell'atto stesso in cui si pretendeva, a contrasto, di riaffermare, con lo stile filosofico del tempo, il « momento liberale che il fascismo, pur reagendo al liberalismo, contiene » (17).

15. *Modernizzazioni percepite e modernizzazioni ignorate.*

Un tratto accomunava quei cultori del diritto privato: la necessità di porsi sulla rischiosa strada dell'adeguamento a una realtà che era soprattutto vista nella sua empirica vitalità mercantile da Tullio Ascarelli e nella sua manifestazione culturale oggettiva — per sempre custodita da una tradizione in perenne riesame e purtroppo deformata a causa dell'attualità politica — da Emilio Betti.

Distingueva quest'ultimo il nesso assai forte del momento critico con l'ambizione ricostruttiva e teorica. La demolizione del « volontarismo » si univa alla difesa della centralità sistematica della categoria del negozio giuridico: non già quale dogma ma quale valore giuridico effettivo incarnato nell'autoregolamento privato. Ne derivava il rilievo sociale dell'aspetto precettivo: al quale si legavano indissolubilmente anche la tutela dell'affidamento altrui e le leggi della circolazione. Erano, questi, altrettanti nodi centrali che saranno nuovamente affrontati — con aperte quanto estreme e sovradeterminate confessioni di natura ideologica — nelle dispute degli anni immediatamente successivi al conflitto mondiale. Eppure si trattava ormai di contrasti che, per forza di cose, saranno destinati ben presto a scemare, poiché la rottura del codice civile del 1942 con i modelli già totalmente e coerentemente interpretati in ragione dell'autonomia della volontà dell'individuo non era, almeno nelle grandi linee, facilmente confutabile e ristretti erano i margini concessi a sistemazioni ermeneutiche radicalmente divergenti. Quel conflitto era ormai risolto in grande misura a favore di una delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

acerrime parti contendenti; e di tutto questo restava, nella memoria storica, specialmente la testimonianza, vivacissima, di un pathos non più dissimulato sotto le fredde geometrie del pensiero specialistico dei giuristi.

C'erano altri due indirizzi di pensiero che avevano ancor maggiori ambizioni di proiettarsi nel futuro. L'uno si riassumeva nella formula della funzione economico-sociale del contratto e dell'interesse meritevole di tutela a cui dovevano ispirarsi i contratti del futuro all'ombra dell'ordinamento giuridico. Qui un rilievo centrale era attribuito al requisito della « causa » del negozio giuridico nel ripudio non solamente dei patti privati illeciti ma anche degli accordi improduttivi in quanto « futili » o « capricciosi ». Una visione coerente con l'intonazione moralistica, austera e autoritaria, che si voleva promuovere nella sfera dei solidali rapporti sociali, in vista di risultati produttivi benefici. L'altro indirizzo di pensiero non si sottraeva del tutto — come si è or ora visto — all'atavico problema del controllo nei confronti dell'ingiustizia contrattuale, ma drasticamente si opponeva a tutti i tentativi di avvalersi, secondo una moda imputata ai vituperati francesi, della tecnica dei nuovi vizi presunti con gli elastici rimedi conseguenti, ove lo squilibrio fosse stato tale da indurre a supporre che qualsiasi contraente ragionevole si sarebbe sicuramente sottratto, se avesse di fatto potuto opporsi, a una soperchieria tanto patente.

A prima vista, ebbe successo l'appello a una visione forte e inedita del concetto di « causa », alla cui penetrazione nel codice civile Emilio Betti contribuì notoriamente in maniera attiva (anche nel senso di darne una sorta d'interpretazione autentica: all'insegna di un'aperta fedeltà ai principi che sarebbero stati originalmente inaugurati dal fascismo). Nel codice civile entrò testualmente sotto le vesti della nuova clausola generale racchiusa nel secondo comma dell'art. 1322. La cultura giuridica nel suo insieme fece propria la definizione della causa quale funzione economico-sociale: la quale riuscì a imporsi nel discorso corrente, sebbene fosse stata ben presto osteggiata, con forti argomenti, da una minoranza di fierissimi avversari; e poi si tramanderà fino alla fine del secolo nelle massime dei giudizi di legittimità. All'esito di analisi più approfondite sarà possibile notare che la formula era rimasta tale: quasi stava là a dimostrare che le ambizioni con forza difese erano affidate a un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impianto ideale ormai inadeguato, sebbene alcune dizioni dirette a comporre le funzioni e le utilità sociali con le figure classiche del diritto privato della tradizione e della modernità (proprietà e impresa) fossero state riprodotte all'interno del nuovo assetto costituzionale (artt. 41 e 42).

Accadrà così che, fedeli alle prospettive europee di fine secolo, non pochi giuristi di varia provenienza non avranno molte remore nell'approvare la « morte » della causa: ormai clamorosamente del tutto assente nei progetti di un diritto uniforme dei contratti. Assumerà invece un nuovo rilievo, sicuramente inimmaginabile fino a pochi anni prima, la discussione sul « contratto giusto » che era stata ben presto abbandonata anche dagli stessi suoi fautori degli anni trenta e quaranta. E la vitalità del problema si manifesterà in misura prevalente proprio nel tornare a percorrere alcuni itinerari che furono già respinti con misogallico orrore: torneranno in auge per l'appunto le formule più temute e che furono con più asprezza censurate a causa del loro radicarsi nelle vetuste e poco scientifiche visioni di un Pothier.

Una cultura giuridica sradicata ormai dalle mitologie del *genius loci* e perfino ansiosa di legittimarsi in una cornice transnazionale progetterà nuove forme d'impugnazione del contratto ingiusto. E a tal fine ripercorrerà tanto la via del rimedio all' « abuso » del potere contrattuale di fatto quanto la dilatazione degli strumenti meno rigidi di controllo giudiziale nella direzione di un costante adeguamento del contratto a un grado massimo di effettività e di pienezza di un consenso sorretto da informazioni adeguate: ossia, a quell'autonomia e integrità della volontà contro la quale, per il suo stesso farsi dogma acritico e insuperabile, erano stati lanciati gli anatemi più inflessibili (18).

Sembreranno lontanissime le tracce che pure furono già a quel tempo lasciate nella storia del pensiero giuridico da quelle prime percezioni dei problemi delle società industriali nella prospettiva del diritto privato (19). Le reiterate meditazioni di allora sui significati da ascrivere alle categorie tradizionali nel prisma delle dispute sulla libertà e sulla giustizia contrattuale, quand'anche siano depurate dalle memorie di un tempo politico finito in tragedia, non hanno perso il loro valore di testimonianza e qualcosa ancora serbano del presagio di questioni che si rinnovano. Senza dubbio molte analisi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(le quali presero su di sé la responsabilità di un primo confronto con i tanti volti che andava assumendo il diritto privato nell'arco di pochi anni) spesso finirono con il confondere un processo universale di modernizzazione delle categorie giuridiche con l'originalità della cultura fascista nel campo del diritto (20).

Da punti di osservazione non di rado contrapposti furono affrontati, insieme con i problemi che ormai non erano più tali in quanto dipendevano da presupposti istituzionali definitivamente soppressi, almeno due argomenti che il diritto europeo dei contratti si troverà ancora dinnanzi alla vigilia immediata del duemila: la lotta contro gli abusi nella contrattazione di massa e d'impresa; la ricerca di rimedi, procedurali o materiali, nei confronti dell'ingiustizia contrattuale, ove la stessa sia frutto dello sfruttamento ingiustificato di una disparità, prodotta dalle ragioni più disparate e specialmente dall' « assimmetria informativa », nella formazione degli equilibri economici e normativi del contratto.

Chi rilegga senza preconcetti a senso unico non pochi scritti degli anni trenta non vi trova soltanto inni all'ordinamento corporativo e complicità con il fascismo — sebbene il consenso fosse impressionante — ma nota anche, in una linea diffusa nell'intera cultura del tempo e specialmente in quella che si ispirava al miraggio dello stato sociale o del benessere, chiare anticipazioni delle ricerche che la letteratura giuridica tentò di rinnovare nel corso degli anni sessanta, allorché prese a interrogarsi di nuovo sulle figure della proprietà e del contratto.

Ben più netta fu la discontinuità rispetto alle analisi innovative nella materia della responsabilità civile: già diffusissime invece — come polemicamente rammentava proprio Emilio Betti — in Francia, oltre che nella tradizione di *common law*.

I fenomeni della produzione e del consumo di massa dei beni e dei servizi, in un'epoca ancora lontana dalle volgarizzazioni che insisteranno sulla « fine della modernità » nella società dell'informazione, comportavano un ordine diffuso di problemi: di per sé strettamente legato alla difesa delle condizioni contrattuali più esposte alle prevaricazioni. E si è anticipato che in maniera sorprendente perfino la questione del « contratto giusto », la quale sembrava relegata nelle memorie del passato, riemergerà, sotto vesti diverse,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ben oltre gli anni sessanta: ove semmai fu prevalente l'analisi dei controlli legali sulla libertà contrattuale.

Né si pensi ovviamente a una sorta di vuoto assoluto nel trentennio intermedio. Dopo tanti intrecci e ritorni indietro o in avanti — dei quali è stato possibile servirsi per rendere più viva la lettura personale — è tempo allora di procedere, dal secondo dopoguerra, secondo un ordine cronologico e tematico più lineare. Si cercherà di evitare le seduzioni dei troppo facili apparentamenti; da ritmare secondo scansioni decennali: tanto orientativamente comode quanto inevitabilmente arbitrarie, ove si pretendano ispirate a una mitica visione unitaria. Una sorta di memoria collettiva occulta — che si perpetua al di sotto delle più varie vicende sociali — sembra a tratti nuovamente svelata da segnali forti. Si tratta ora di riprendere in mano le fila di una lunga trama di fatti e di idee; e di non fermarsi alle apparenze.

Sezione Terza
DOPOGUERRA. DECENNI SUCCESSIVI. RESIDUI, CONFRONTI, ANTICIPAZIONI

I. Segni dei tempi. Conti con il passato

16. *« Defascistizzare » i codici?*

È comprensibile lo stato d'animo emotivo di molti studiosi del diritto privato dopo la caduta del fascismo: liberarsi totalmente e senza appello di tutte le memorie cupe del passato prossimo. Anche il codice civile — secondo Enrico Finzi o secondo Lorenzo Mossa (sono le prime clamorose invettive che vengono in mente) — avrebbe dovuto essere mandato al macero: fu portato a compimento in quel tempo, e ovviamente recava nell'intestazione i nomi del Re e del Duce; fu esaltato dalla propaganda politica del partito; lasciava percepire in alcune disposizioni l'impronta pesantissima dell'ideologia allora dominante e perfino delle ultime sue collusioni con il razzismo; era preceduto, in sostituzione dei principi che non furono codificati, dal riconoscimento della Carta del lavoro quale direttiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamentale per l'interpretazione dell'intero sistema; era accompagnato da una relazione del guardasigilli in cui uno dei grandi fondamenti della tradizione dei codici civili ottocenteschi (la libertà contrattuale degli individui) era ufficialmente dichiarato estinto, alla stregua di un mito anacronistico, per merito del codice civile fascista, sebbene tutto questo si presumeva accadesse sulla base di alcune innovazioni, in materia di causa del contratto o di tutela della circolazione e dell'affidamento, che non erano sicuramente asservite al monopolio di un'ideologia monolitica e totalitaria (1).

Quella reazione quasi urlata, nel suo sdegno che recava evidenti i segni di ferite recenti, può essere ora ricordata soprattutto quale testimonianza del temperamento generoso e impulsivo di alcuni giuristi. Non meno espressive, com'è stato già scritto, furono le vesti editoriali di quelle pagine ormai lontane: fascicoli di riviste stampati su carta e con caratteri tipografici che ancora recano evidente l'impronta della precarietà di quei mesi in cui la vita civile riprendeva lentamente a organizzarsi tra le macerie (2).

L'idea di un codice civile integralmente fascista finiva con il prendere troppo sul serio la pretesa degli uomini del potere negli anni della codificazione: che si potesse inventare dal nulla, sulla base di proclami ideologici inevitabilmente vacui e privi di puntuale precettività, una nuova regolamentazione completa dei rapporti privati. Una costruzione sul vuoto sarebbe stata fallimentare. Per definizione un codice civile non poteva fare a meno di reggersi su di un minimo di requisiti di organicità, di coerenza, di completezza e di sistematicità. E simili risultati non si potevano conseguire senza un sapiente connubio con una tradizione secolare (3).

Quel retaggio dotto e divulgato era stato reinterpretato e integrato fin dall'età dell'illuminismo. E si giunse per questa via a proclamare che nel vivo degli aborriti codici civili del passato, sarebbe penetrato, come si leggeva nella relazione della quale si è detto, il « mito di una sconfinata libertà dell'individuo » (4).

Il potere politico era a un bivio: un codice civile fascista poteva essere il frutto diretto degli apparati di potere e di quei docenti che erano completamente disponibili a costruire nel totale difetto di precedenti un codice velleitario e ineffettivo, ovvero si doveva collaborare — non senza aperti o segreti malumori delle autorità (talvolta integrati da controlli polizieschi) — con alcuni dei giuristi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che erano pur sempre depositari di quella tradizione di pensiero e che non si prestavano a stravolgerla del tutto in maniera aberrante e grottesca. Si preferì la soluzione complessivamente meno distruttiva, paghi di aver comunque impresso sul codice civile e sulla relazione ufficiale che lo accompagnava quei più gravi segni dei tempi che furono subito cancellati dopo la caduta del fascismo (soppressione della Carta del lavoro posta a preambolo del codice civile, eliminazione delle disposizioni razziali, nonché di tutte quelle che contenessero espressi riferimenti al fascismo, ovvero all'ordinamento corporativo) (5).

La valutazione che poté darsi del codice civile, dopo il primo moto istintivo di ripudio, fu dunque, e quasi unanimemente, più controllata. Sulla base di una meditata analisi delle tante parti che si erano mantenute nel solco della tradizione o che avevano provveduto a modernizzazioni di pregevole fattura (del tutto prive di sgrammaticate concessioni a toni propagandistici), ebbe successo la testimonianza di alcuni dei giuristi che più si impegnarono attivamente nella redazione del codice: sono ancora notissime, fra le tante, le pagine di Filippo Vassalli o di Rosario Nicolò. Semmai si ha l'impressione che quelle stesse memorie siano state fraintese. Sono state lette come l'astuzia dei professori antifascisti o neutrali nel servirsi delle armi del loro mestiere: non diversamente agirebbe il callido avvocato il quale giochi con gli orpelli fungibili del diritto allo scopo di incantare il giudice. Questa divulgazione, pur autorevolmente accreditata, suole essere riassunta in questi termini: noi non siamo formalisti, ma lo fummo per legittima difesa. Una volta passata la tempesta, abbiamo potuto finalmente vivere il ruolo vero dello studioso del diritto: un ruolo alieno dal peccato capitale del formalismo (6).

Troppi equivoci si annidavano in quel modo di ragionare. I giuristi, in quanto depositari di una conoscenza tramandata e non sommaria, difendevano innanzi tutto — e fra di loro c'erano anche giuristi a quel tempo fascisti (si pensi ancora a Emilio Betti) — l'autonomo rilievo culturale e pragmatico delle regole giuridiche del diritto privato contro i più beceri tentativi (già noti a quei pochi che si erano seriamente documentati sulla prassi giuridica del nazionalsocialismo) di ridurre quel patrimonio sapiente, che aveva certamente in sé un'indubbia sostanza politica, a un'anticaglia totalmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e perennemente asservita all'individualismo borghese. Nel far questo difendevano anche il diritto come sapere che ha preso nella storia le sue aristoteliche forme: il che val quanto dire che difendevano l'essenza del diritto, non già un deteriore e degenere formalismo. La differenza stava nei modi dell'innovazione, ove questa fosse stata condivisa sulla base di alcune istanze di modernizzazione e di socialità non direttamente disponibili da un apparato politico contingente. C'era chi avrebbe difeso a oltranza, anche quale necessario viatico di libertà, i postulati ottocenteschi e gli assetti codificati sui quali si reputava fossero appoggiati; e c'era chi, pur senza fare alcuna concessione diretta ai proclami di partito, pensava di associare talune innovazioni (in materie di clausole generali, di causa del contratto, di protezione dell'affidamento, di governo dell'economia) all'ordinamento corporativo (fino a ravvisare proprio qui, nella relazione ufficiale di accompagnamento, l'originalità fascista del codice civile rispetto ai modelli liberali). Fra queste due opposte posizioni ebbe soprattutto un futuro quella di chi guardava a simili novità in altra luce: ossia con la consapevolezza, non asservibile a un solo partito, di una società che va mutando (contrattazione e produzione in serie di beni e di servizi, centralità dell'impresa, adeguamento delle regole alle necessità dei mercati: si pensi, fra le altre, alla prevalenza di soluzioni già collaudate nell'esperienza del codice di commercio ovvero alla disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta) (7).

Anche l'unificazione in un solo codice civile dei due codici separati (civile e commerciale) — la quale fu notoriamente il fenomeno più sorprendente (già per i tempi e per le modalità della sua attuazione) — poté essere ufficialmente esaltata come una scelta del potere secondo intonazioni di più alta solidarietà sociale; eppure è stata vissuta e valutata specialmente alla stregua di un ulteriore segnale della pur cauta modernizzazione dell'intero sistema (8).

Il disincanto non stava nel ripudiare il codice per il suo carattere obsoleto o per il suo carattere fascista: stava nel descriverlo come la traccia di una transizione priva di vere idee-madri: logore, le vecchie; non ancora mature, le nuove (9).

La commissione che fu incaricata di provvedere a « defascistizzare » il codice non ebbe dunque il compito radicale e certamente nocivo di sopprimere quel testo: del quale, pure, si era perfino

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invocata la messa al rogo in quel famoso fascicolo della rivista di diritto commerciale del 1945. Fu posta di fronte a un problema ben più sottile e complesso: si trattava di scoprire quello spirito fascista occulto — del quale si era ormai riconosciuta l'assenza dalla totalità del codice — che ben avrebbe potuto ancora inquinare singole disposizioni o loro frammenti, pur dopo l'eliminazione dei riferimenti espliciti (10).

L'idea, difficilmente confutabile, che ci fossero nel codice civile sparse ispirazioni statalistiche, autoritarie, gerarchiche era rafforzata per motivazioni opposte. C'era chi avvertiva l'odio per la libertà e per l'individuo soprattutto nelle regole che si discostavano nella materia contrattuale e proprietaria dalla tradizione; in molte disposizioni che ne potessero recar traccia si vedeva l'impronta del fascismo (sia in quelle in cui c'erano clausole generali già unite alla soppressa menzione della solidarietà corporativa — art. 1175 — sia in quelle — art. 1339 — in cui c'erano previsioni generali di controllo legale sul contenuto contrattuale). E fin da quel tempo — ossia quando si respirava a pieni polmoni un'atmosfera molto poco propizia per quanti volevano procedere a un controllo immediato della costituzionalità di tutte le leggi sebbene la corte costituzionale tardasse a venire — c'era chi poneva invece il problema con riguardo a taluni aspetti che gli stessi codici civili liberali, nel loro conformarsi ai costumi dominanti, avevano tramandato, fino a trovare un'accentuata conferma nel codice civile del 1942 (nella materia delle persone e dei gruppi, della famiglia, del lavoro subordinato: emarginazioni o controlli autoritativi, soggezione della moglie e dei figli al marito e al padre quale capo della famiglia ovvero dei lavoratori all'imprenditore quale capo dell'impresa). I primi pensavano all'integralità impossibile: ossia a un ritorno al codice napoleonico, quasi che si potessero ancora riprodurre le condizioni economiche e sociali di quel tempo; e così essi confondevano il fascismo con le disposizioni del codice che riflettevano alcuni aspetti di una trasformazione già vissuta e riassorbita anche negli ordinamenti retti dai codici ottocenteschi. I secondi discutevano l'incompiuta libertà già insita nei codici tradizionali e aggravata dall'impronta statalista e gerarchica del fascismo, nonché il nesso con i problemi, imposti anche dai tanti annunci di una profonda trasformazione culturale, legati all'emancipazione femminile, alle garanzie dei diritti fonda-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentali nei corpi chiusi della società, al confronto fra le generazioni; e così costoro non pensavano certo di ripristinare il codice di ascendenza napoleonica né di sostituirlo integralmente con un codice della democrazia liberale novecentesca quanto piuttosto di distinguere fra quelle parti che erano neutre, quelle che consentivano interpretazioni in linea con i principi di libertà e di eguaglianza e quelle per le quali si poneva — o ben presto si sarebbe posto — un problema di legittimità costituzionale (oppure — con o senza quel preventivo controllo — si sarebbe comunque posta l'esigenza di un adeguamento alle sempre più rapide innovazioni nelle modalità fondamentali della convivenza sociale) (11).

Una « defascistizzazione » che fosse stata estesa al fascismo nascosto ovvero un'opera di revisione complessiva del codice civile (quale fu annunciata e subito con fermezza respinta nel 1963) avrebbero sicuramente prodotto, a causa degli equivoci e delle inevitabili approssimazioni alle quali si è accennato, conseguenze inopportune nella pratica, se non addirittura nefaste (12).

Il codice civile assumerà il volto che ha al giorno d'oggi in virtù di un lavoro costante e ben diverso. Nel quale confluiranno gli apporti interpretativi dei giuristi, le decisioni della corte costituzionale, le novelle di alcune parti fondamentali (diritto della famiglia), la quasi integrale trasmigrazione in altri luoghi di settori interi (diritto del lavoro), i nessi indispensabili con una legislazione speciale non sempre confinata nell'episodio (contratti agrari e locazioni), l'integrazione (contratti dei professionisti con i consumatori) o il collegamento con regolamentazioni fortemente innovative: spesso destinate a dare attuazione alle direttive di origine europea (contratti a distanza, ora anche conclusi sulla rete Internet) (13).

Mai integralmente « fascista » — e in tal senso salvato opportunamente dal pur istintivo rogo auspicato nelle pagine di alcuni giuristi che scrissero nell'anno 1945 — tuttavia sospeso fra un primo adeguamento a un mondo trasformato e la perpetuazione di antiche discriminazioni illiberali e statalistiche (contraddittoriamente presenti perfino nei codici civili dell'età liberale), il codice civile — tutti ben lo sanno — non è più, né avrebbe a lungo potuto essere, lo stesso che era nel 1942. E continua a svolgere la funzione utile che è di tutti i codici civili: tanto più nei tempi in cui le disposizioni di legge si sono moltiplicate fino ai limiti dell'inconoscibilità; sicché

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hanno perfino indotto i giudici costituzionali a modificare l'aureo principio dell'inescusabilità dell'ignoranza delle leggi penali (14).

17. *Sentimento del diritto dopo la catastrofe: nuovi (o eterni?) disagi.*

Quei poveri caratteri tipografici della rivista di diritto commerciale di allora e quell'aria di sconforto e di miseria, ove convivevano sdegno e speranza impetuosamente radicali, esprimevano una condizione di durezza e uno stato d'animo che andavano ben oltre l'occasione di un discorso fra giuristi — nell'anno della liberazione — sul destino del codice civile pubblicato pochi mesi primi della catastrofe.

Era inevitabile che i giuristi tutti — e dunque anche gli studiosi del diritto privato che pure si vantavano di essere fra i più refrattari all'enfasi e che perfino avevano dichiarato di essersi serviti di un tale abito mentale come di uno scudo protettivo nei confronti dell'invadenza della dittatura — tornassero a interrogarsi sul diritto. Come giuristi, s'intende: non come filosofi o come studiosi della società.

Il « sentimento del diritto » era esposto alla prova spietata che è caratteristica di tutti i bilanci fallimentari: tanto l'idea di un diritto che trae la sua legittimazione dalla forza e dalla certezza di una disposizione scritta del codice quanto l'idea di un diritto che trae la sua legittimazione dalla volontà generale identificata con il *Volksgeist* (con lo « spirito del popolo »: senza bisogno alcuno di enunciati testuali e controllabili) erano state contestualmente usate senza pudore alcuno — e perfino nell'area del diritto penale — così allo scopo di consacrare le discriminazioni anti-ebraiche (è il caso dell'abrogato secondo comma dell'art. 1 del nostro codice civile) come allo scopo di sopprimere le ultime garanzie degli avversari del nazismo (è il caso dell'applicazione del *Führerprinzip* anche in mancanza di una disposizione legale che prevedesse il reato contestato) (15).

Non vi era miglior conferma possibile del grado estremo di riduzione del diritto a mezzo integralmente manipolabile, in direzioni opposte, dai poteri dominanti. Che potevano a turno invocare, per rafforzare i loro arbitrii, ora l'ossequio agli imperativi della legge

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scritta ora i valori diffusi nella coscienza collettiva: senza timore alcuno di essere tacciati d'insanabili contraddizioni.

Qui le alternative erano nette: o si doveva ancora una volta prendere atto della vanità di tutti gli sforzi di attribuire alla cultura giuridica un ruolo autonomo rispetto alle più clamorose deformazioni di parte, ovvero si doveva negare che un simile fantoccio, ammantato della solennità formale della legge o della forza materiale di un valore imputato al « popolo », potesse ancora seriamente costituire l'oggetto di un'analisi scientifica la quale fosse fedele a un'intrinseca e autonoma tradizione di pensiero.

Sembrava esservi spazio solamente per una critica sociologica e filosofica della subordinazione totale del diritto al potere politico ovvero per la negazione del carattere della « giuridicità » — o almeno di una vincolante giuridicità — a quelle grottesche caricature del diritto di cui si era fatta tragica esperienza nel corso del secolo: tanto in nome della sacertà della legge scritta quanto in nome della sua non meno enfatica negazione; e non di rado ora in nome dell'una o dell'altra a seconda delle opportunità: proprio come nella favola del lupo e dell'agnello.

Una tanto smaccata disponibilità assoluta delle opposte quanto elementari visioni storiche del diritto ebbe, come contrappeso, in alcuni scrittori, un ripudio dell'ossequio indiscriminato al testo scritto della legge (quando proprio qui si ravvisassero i misfatti più gravi delle dittature: ché pur sempre veste di legge aveva, non bisogna dimenticarlo, la disposizione antiebraica); in altri, una riaffermata istanza di legalità (quando le prevaricazioni fossero viste soprattutto nella soppressione delle più elementari garanzie del cittadino di fronte alle incriminazioni penali) (16).

Eppure soltanto una critica di entrambi gli atteggiamenti avrebbe potuto evitare di avallarne tacitamente uno, una volta che si era dovuto constatare come si fossero insieme prestati a dare una falsa legittimazione ai più patenti soprusi.

Si comprendeva allora l'elementarità della risposta: o si negava il senso stesso del diritto (poiché di questo non era custode assoluto né il legislatore né la volontà generale) o si doveva tornare a proclamare che c'era un diritto di cui nessun potere poteva arbitrariamente disporre. Sembrava fosse necessario riaffermare, allo scopo di evitare di piegarsi agli opposti imperii della legge o del valore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espresso dal popolo, che il vero diritto — l'unico diritto — era quel « diritto naturale » che, pure, pareva essere gradualmente caduto nell'oblio; e perfino in quei settori, della speculazione etica o della fede religiosa, che muovevano da postulati coerenti con le conclusioni.

Anche questa risposta — per quanto fosse animata ancora una volta da un'indignazione sofferta nei confronti delle immani atrocità compiute in nome del diritto — non andava quasi mai al di là della soglia del manifesto e della denuncia; e così si perdeva l'occasione di chiedersi se anche l'assolutismo del diritto naturale, con il suo preteso razionalismo e universalismo entrambi sradicati dalla storia e dalla società, contenesse le stesse arbitrarie potenzialità strumentali che già si annidarono nell'ossequio al testo scritto o alla volontà di tutti.

Questa domanda poteva avere una risposta finale scettica se non radicalmente nichilistica. Da qualsiasi parte lo si prenda, il sentimento del diritto, soprattutto all'esito di una tragedia storica, trasforma il perenne disagio del giurista in un sentimento di radicale impotenza, se non di inevitabile subordinazione alle manovre dei poteri dominanti.

I giuristi di allora non osarono seguire una linea diversa. Non vollero o non seppero rivendicare l'interna attitudine critica di un sapere che si radica in una cultura e che, pur nella sua intrinseca e lata politicità, non esprime mai la parola arbitraria del più forte. Poiché, in quanto sapere progressivamente costruito su di un'officina disciplinare autonoma gradualmente perfezionatasi nella storia secondo una catena ininterrotta di narrazioni, deve sempre esibire ragioni che suffraghino le conclusioni sulle regole interpretate e sulle loro sistemazioni concettuali. Per questo motivo, i giuristi — troppo spesso chiamati a consigliare i principi o a far ponti per i progettisti dell'ingegneria sociale — finalmente saranno sempre scomodi, ove custodiscano seriamente le loro competenze, rispetto a qualsiasi potere, perfino al potere di cui condividano nelle grandi linee gli ideali. Essi opporranno una resistenza nei confronti di tutte le approssimazioni immediatamente strumentali: in nome di una veste del pensiero che è sostanza, difenderanno sempre, poiché tale è la loro formazione di ceto, una tradizione del sapere che rifugge per sua conformazione artigianale dalle parole d'ordine improvvisate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dei falsi appelli sostanziali ai valori sempre essi smaschereranno, proprio in nome della forma-essenza, il vuoto formalismo.

Il sentimento del diritto dopo la catastrofe ci consegnò in tal modo un'altra significativa testimonianza di un disagio: nel complesso fu un'occasione perduta non priva di intonazioni vaghe e predicatorie.

Si trattava invece di riprendere con forza la strada di un pensiero critico controllato, autonomo, asciutto nelle analisi. Forti della coscienza delle tante prevaricazioni e delle opposte strumentalizzazioni, si poteva ora incominciare a lavorare su di un materiale giuridico che richiedeva con urgenza nuove investigazioni. Ma non tutti ne ebbero un'immediata coscienza (17).

18. *Compito del diritto privato e del giurista.*

Il viandante che raccoglie la conchiglia sulla spiaggia del mare, il mozzicone di sigaretta caduto, l'obolo alla povera fiammiferaia all'angolo della via cittadina già affollata di derelitti: sono gesti della vita quotidiana — si legge nella pagina introduttiva di un manuale che ha formato generazioni intere di studenti fin dagli anni venti e trenta — che hanno protagonisti ignari: d'essere anche attori sulla scena del diritto (18).

Il lettore è subito posto a contatto con la sua stessa esperienza: perfino un comportamento senza voce e senza scritto può avere un lato giuridico, inavvertito, pacifico, senz'ombra di gendarmi.

Chi casualmente abbia incontrato, o incontri per la prima volta, quella pagina didattica iniziale gradualmente, senza volerlo, tenderà a dimenticare la sua immediata curiosità. Eppure la vera pagina finale, non scritta, avrebbe la stessa intonazione, pur nella grande diversità dei contenuti.

A causa di una simile tendenza all'oblio, i profani, quando si cimentano con il diritto privato, hanno quasi sempre la sensazione di entrare in un mondo a parte, irto di barriere, troppo minuto o troppo rarefatto pur nell'imponenza economica della materia, a seconda dei casi. Finché, di nuovo, non arrivi a scuoterli, questa volta non più sulla pagina ma nella società stessa, una vicenda grave; che pure, a ben vedere, nasca sul terreno vivo di quella prima pagina ingiallita e di quell'ultima che è ancora in sospeso:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pagine tutte, da sempre, strettamente legate all'osservazione della vita umana di tutti.

Ricorrono allora nella storia del pensiero giuridico moderno le domande sul « compito » che dovrebbe essere assegnato a questo o a quel ramo del diritto in un determinato tempo storico; e spesso simili radicali interrogazioni sono poste alla coscienza dei giuristi.

Anche il diritto privato e i suoi cultori non ne sono rimasti immuni, con gli inevitabili rischi di tedio e di solennità, non poco ovvia o piagnona, che simili nobili discorsi, a torto o a ragione, recano con sé (19).

Quando i tempi hanno un andamento catastrofico innegabile le testimonianze hanno almeno un tasso più alto di credibilità. I giuristi sono costretti a uscire in campo aperto: sono chiamati in causa dalla loro stessa visione dell'etica o della politica, ovvero dai censori ancora una volta interessati, che vorrebbero asservirli all'urgenza di scelte superiori o alle lusinghe del successo mondano.

Negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale, al sentimento di disagio nei confronti degli apparenti fallimenti del diritto si unì in molti giuristi — e i titoli di alcuni saggi della letteratura giuridica italiana e straniera sembrarono subito offrirne una conferma eloquente — un'analisi sul senso del loro stesso settore di studio e delle finalità delle ricerche compiute.

I dubbi erano diffusi fra i giuristi che temevano di rendersi complici dei molti aspetti di un diritto nei confronti del quale tante volte — per motivazioni religiose, politiche o genericamente etiche — essi stessi manifestavano ancora posizioni di forte dissenso, pur nel riconquistato assetto istituzionale comune ai sistemi liberali e democratici.

Anche fra coloro che si sentivano in maggiore sintonia con gli indirizzi politici dominanti si notavano inquietudini sulle sorti della disciplina studiata e sul ruolo di chi ne intraprendeva un'analisi rinnovata.

I primi cercavano di esplorare tutte le possibilità che il sistema giuridico offriva, pur nella consapevolezza di un limite, che era prefissato dall'oggetto medesimo dell'analisi. Perfino la più aperta delle ricerche, secondo l'opinione di molti, rispettava i minimi postulati della scientificità se sapeva rendersi comunicabile alla comunità dei giuristi: senza pretendere di sostituire il sogno di un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovo diritto a una realtà di cui era pretestuoso rifiutarsi di prendere atto.

I secondi avevano timori diversi: che si finisse con il restare chiusi ancora in un mondo di astrazioni; che si continuasse a ricamare sui problemi da tempo risolti o sui falsi problemi; che non si sapesse uscire dal recinto del sapere tramandato; che non si guardasse ai fenomeni nuovi e ai nodi più gravi della convivenza economica e sociale; che ci si perdesse dietro minuti e antichi conflitti; che si ignorassero i mutamenti più ingenti e più complessi (20).

A mezzo fra le posizioni che cercavano di contemperare la fedeltà al proprio mondo ideale con il rispetto scientifico dei limiti di un contesto oggettivo di ricerca e le posizioni che denunciavano lo scarso realismo empirico della scienza giuridica tradizionale stavano le posizioni di coloro che avevano preso sul serio l'ipotesi di un ulteriore progetto, puntuale e articolato, apertamente rivolto nella direzione dell' « ingegneria sociale » (e quindi l'ipotesi di un nesso aperto fra la ricostruzione critica della politica immanente al diritto e la prefigurazione di una futura politica del diritto) (21).

Non erano ancora tempi maturi per le critiche estreme che si affermeranno negli anni successivi: quando tutte queste posizioni furono dichiarate illusorie; sicché fu considerato pertinente soltanto un dogmatismo in gran parte allineato con la tradizione (salva la lotta nelle sedi politiche adeguate allo scopo del cambiamento), ovvero — ma si trattò solamente di una stagione effimera — un uso apertamente piegato, senza limiti immanenti all'oggetto delle analisi, a un'alternativa di segno radicale (22).

Anche negli anni trenta furono numerose le condanne dei giuristi che si assumeva fossero chiusi — non meno dei letterati e degli artisti — nelle loro « torri d'avorio ». Di questa generale attitudine si proclamava l'invadente presenza con giudizi talvolta approssimativi e indifferenziati; secondo quel che in tempi ricorrenti accade in tutti i luoghi in cui l'azione sembra sostituita dallo studio, dalla ricerca, dal pensiero, dalla creazione intellettuale (23).

Come negli anni trenta, dopo la catastrofe bellica gli appelli non furono soltanto interni ai modi di un pensiero autonomo, che si confrontava con orizzonti culturali molteplici. Erano pure il frutto non sempre palese di pressioni esterne: ove ancora una volta ebbero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una posizione di egemonia le centrali del potere politico o le segreterie dei partiti.

E di nuovo si dimenticava non di rado che anche il pensiero giuridico più tradizionale era sempre una riserva culturale importante di per sé. Tradizione criticabilissima, questo è certo; ma pure potenzialmente disponibile per un confronto non meno utile con le contraddizioni e con le approssimazioni dalle quali sono inevitabilmente insidiate le epoche in cui si complica e in cui si accelera il cambiamento giuridico.

Un sedicente « nonno » dei giuristi italiani (nel parlare ai nipoti coltissimi in un consesso veneziano che coincideva con la fine del penultimo decennio del ventesimo secolo), si chiedeva, non senza il sapiente e artistico sorriso degli avi che sono rimasti ragazzi, che cosa induca tante volte in tentazione i giuristi, così dall'asservirli al bisogno ricorrente di usare la parola « crisi ». « Se là ove qualcosa muta siamo tentati di parlare di crisi, perché non diciamo che la cultura dell'uomo è in crisi da quando la pietra scheggiata dell'era clactoniana ha fatto posto all'amigdala dell'era acheulana »? La ricerca delle continuità e delle discontinuità è tutta intessuta di continui proclami in cui i giuristi si sentono in crisi, sicché alla fine si dimenticano le tracce che uniscono e che distinguono la pietra scheggiata e l'amigdala e tutto annega nel lamento (24).

Ci sono stati momenti in cui questo manierismo proprio non poteva essere rimbrottato a chi rifletteva sulle condizioni della società e del diritto. Rileggiamo che cosa scriveva nei primi anni cinquanta Federico Mancini, allora giovane ricercatore della facoltà di giurisprudenza di Bologna, nell'occuparsi, proprio con il titolo « sulla crisi del diritto », di un volume collettivo, che fu pubblicato sul medesimo tema nel 1953, con i contributi di alcuni fra i più noti giuristi italiani del tempo e di un celebre maestro francese (Balladore Pallieri, Calamandrei, Capograssi, Carnelutti, Delitala, Jemolo, Ravà, Ripert). Alcuni « tecnici... che senza alcun intento divulgativo diagnosticano per un pubblico di chierici e di laici il malessere di cui soffre lo strumento del loro mestiere; che per far questo trascorrono dall'analisi delle leggi all'analisi della società a cui quelle furono apprestate e ne indagano la reciproca adeguatezza; che non limitano il loro esame alla scienza giuridica, ma si servono dei risultati di altre scienze e concludono ad un giudizio etico-politico. Ve n'è abba-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stanza per affermare che *La crisi del diritto* è un fatto nuovo nella cultura italiana ». Qui si noterà che, nel confrontarsi con i maestri, l'allievo non esitava a qualificarli come *tecnici* che fanno del diritto lo strumento di un *mestiere.* L'immagine antica della bottega artigiana ove si tramandano esperienze e sapienze nell'uso degli arnesi (fuor di metafora: nel vaglio dei testi e degli argomenti applicati alle liti sociali) è, a Bologna, ribadita nell'atto stesso in cui è percepita come inseparabile sia dall'analisi dell' adeguatezza alla società sia da un approfondimento delle conoscenze sulle basi dei risultati di altre scienze sia finalmente dal rifiuto di sottrarsi, purché quel complesso itinerario conoscitivo sia rispettato, a un conclusivo giudizio etico-politico. Anche la crisi, se ben intesa, può essere un fatto culturalmente nuovo, a condizione che il cammino compiuto non sia ignorato o mutilato: fino a ridursi al suo ipotetico, e spesso fallace, traguardo provvisorio. La guerra da poco finita invitava i più consapevoli all'uso critico di un sapere saldamente appreso: che ora trasformava molti punti fermi in altrettanti punti di domanda (25).

Sono tante le memorie di lontane letture. Si pensi ancora alla prolusione di Ludwig Raiser all'Università di Göttingen, il 30 novembre del 1946. « Il rappresentante della scienza civilistica che, stanco delle frasi mistificatorie e dei programmi sedicenti rivoluzionari degli anni passati, si trova dinnanzi al crollo di tutti i principi e di tutte le regole … può cadere nella tentazione di ricondurre la barchetta della sua disciplina, con l'albero spezzato e con lo scafo ammaccato, dal tempestoso mare della politica alla quieta baia della dogmatica giuridica e di un mestiere privo di pericoli e di pretese ». Eppure vi è un compito urgente « nei confronti di una gioventù ignara di tutte le tradizioni di pensiero ». È necessario non cullarsi nell'illusione che « limitarsi ai compiti della dogmatica ci permetta di stare da parte ad aspettare la costruzione di un nuovo ordine della nostra esistenza. Anche l'onesto artigiano nell'edificare il diritto … riuscirà a dare un ordine alle singole parti solo quando gli sarà chiaro il piano d'insieme, e solo se i suoi concetti o modelli aderiranno alla realtà sociale cui sono applicati » (26).

Nella presentazione editoriale al primo numero della rivista *Democrazia e diritto* e nel breve scritto *Sul ruolo del giurista nel mondo contemporaneo* — siamo nel 1960, un anno ricco, come si noterà di non pochi titoli nuovi — Ugo Natoli, nel richiamarsi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espressamente al pensiero più lontano di Gény e all'opera più vicina di Friedmann, scriverà che il diritto, proprio « per acquistare quella certezza che ne è il dato permanente », deve ancorarsi solidamente « alla realtà che lo genera e che ne è ordinata »: realtà che è ormai « democratica per formazione e per contenuto », nonostante le tante « resistenze diffuse dentro e tutt'intorno all'apparato statale » ([27]).

19. *Perpetuarsi di figure tradizionali e di conflitti ideali: « negozio giuridico », codice civile, valori di libertà e di solidarietà.*

Notoriamente, negli anni quaranta, lo scontro che assumerà un valore esemplare vide come acerrimi contendenti Giuseppe Stolfi e Emilio Betti.

Con il passare del tempo il significato di quegli scritti polemici — di rara trasparenza in ordine alle proclamazioni di principio e alle opzioni di valore degli studiosi — andrà mutandosi nell'ennesima testimonianza di un'epoca irrimediabilmente trascorsa. Chi provveda a riesaminarne dall'interno la fiduciosa enfasi vi ravviserà anche una conferma fra le più probanti delle sopravvalutazioni di segno opposto a cui può condurre ogni pretesa di dare un lapidario giudizio sui fondamenti reali e sugli esiti ideologici o politici delle innovazioni introdotte in un sistema giuridico codificato.

Intorno ai temi puntuali che divisero aspramente i due contendenti si sono formate generazioni intere di studenti. E forse la memoria è in tanti ancora così viva che non sembra indispensabile un'elencazione minuziosa. Fu del resto lo stesso Giuseppe Stolfi con quasi proverbiale nitore a riassumerne l'intera storia sulla scia di una lontana pagina di Francesco Ferrara (tratta dall'edizione del 1922 della nota monografia sulla simulazione nei negozi giuridici): « il problema è noto. Se la manifestazione d volontà del soggetto non coincide con l'interno volere di lui: per es. perché egli ha emesso una dichiarazione *ioci* o *docendi causa*, ovvero per equivoco o distrazione od errore, il negozio giuridico è valido o no? ». Non meno note — rammentava sempre Giuseppe Stolfi — sono « le quattro soluzioni formulate specie verso la fine del secolo scorso »: due dal lato del primato della volontà e due dal lato del primato della dichiarazione. « Ritenere che alla base dell'impegno stia la volontà della parte, la cui dichiarazione vale a palesarne l'intento, implica come logica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguenza accogliere la teoria estrema della volontà (che è tradizionale) o la teoria intermedia della responsabilità... Ritenere che il fondamento del vincolo stia nella manifestazione compiuta dall'interessato e non nella volontà da rendere palese implica come logica conseguenza accogliere la teoria estrema della dichiarazione o quella intermedia dell'affidamento ». Fra le quattro immaginate la soluzione da scegliere doveva trarsi da un'analisi di « tutte le norme della legge ». Ebbene, dopo averle considerate, bisognava concludere che il codice vigente aveva « mantenuto inalterato il dogma tradizionale » della volontà: il negozio era di regola nullo, per mancanza dell'elemento essenziale del consenso (art. 1418, 2° comma) se per una qualunque causa la manifestazione non corrispondesse all'interno volere; avevano pertanto un carattere eccezionale l'annullabilità del matrimonio e del contratto nel caso di errore tale da comportare divergenza tra volontà e dichiarazione (artt. 122, 1433). Questa era la linea ricostruttiva suggerita. Ormai sappiamo che una simile interpretazione sistematica non è stata accolta: comunemente si insegna — e i giudici sono tendenzialmente concordi — che regola generale è in questa materia l'annullabilità e che la tutela dell'affidamento incolpevole quanto meno coesiste con il rilievo attribuito alla volontà del dichiarante, con un sensibile spostamento verso la tutela dei terzi di buona fede. Sicché non si può certamente continuare a proclamare che il dogma della volontà sia stato accolto in maniera integrale; e semmai si dovrà ammettere che al significato oggettivo assunto dalla dichiarazione nell'ambiente sociale è stato attribuito un rilievo forte, senza dubbio estraneo tanto al codice civile napoleonico quanto al codice civile del 1865.

Non è tale sommaria presa d'atto il momento più importante nella rievocazione di quella linea di pensiero. L'aspetto che ancor oggi colpisce è la fermezza della sua difesa in nome di un valore di libertà che neppure il codice civile del 1942, pur alterato a causa delle suggestioni equivoche di alcuni fautori del cambiamento che erano asserviti alle idee nemiche dell'Individuo, era riuscito a sopprimere integralmente. Era qui evidente la memoria di una ferita recente; e con quella la sensazione che soltanto la difesa integrale del diritto dei codici civili ottocenteschi di derivazione francese potesse salvaguardare un'entità a lungo irrisa o calpestata — l'individuo —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che ora si sentiva il bisogno di tornare a scrivere con l'iniziale maiuscola.

È agevole ormai osservare che la scelta tendenziale per l'annullabilità anziché per la nullità del negozio ovvero il rilievo attribuito all'affidamento non erano per nulla l'anticamera della dittatura e potevano tranquillamente coesistere senza traumi con un assetto istituzionale non totalitario né autoritariamente dominato dai residui delle ideologie corporative o solidaristiche in auge negli ultimi anni del fascismo (28).

Si sarebbe allora tentati di osservare che la palma della vittoria in quella vivace diatriba andava a Emilio Betti. L'opinione degli osservatori di quel tempo, in realtà, era per una sorta di risultato di parità: nel tentativo (in fondo trasparente pure nella prassi del diritto effettivamente praticato negli anni successivi e nelle opere destinate all'insegnamento) di sottrarsi agli inevitabili eccessi unilaterali da cui erano, o avrebbero potuto essere, pervasi i due opposti punti di vista (29).

Anche Emilio Betti non si limitava a confutare la debolezza oggettiva dell'opinione avversa. Egli stesso subiva l'attrazione dello scontro sui valori. E prendeva sul serio l'immagine di un codice civile che, come si leggeva nei passi encomiastici della relazione del guardasigilli, avrebbe segnato una svolta storica. Il nuovo sistema si ispirava — così egli pensava: anzi ribadiva — a una superiore idealità sociale; decretava la fine di quello sconfinato arbitrio individuale le cui nefandezze sarebbero state legittimate proprio dalle disposizioni che avevano consacrato nel passato il primato della volontà negoziale (30).

In tal modo tanto la teoria della volontà quanto la teoria della dichiarazione — a cui nelle antiche tenzoni ottocentesche nessuno si sarebbe sognato di attribuire un ruolo di avanguardia sulle opposte trincee della difesa della libertà o della solidarietà, dell'individuo o dell'autorità — erano ora coinvolte nella memoria ancora viva della guerra e del fascismo.

C'erano molte tracce del passato che potevano giustificare a quel tempo la radicalità del dissenso: si pensi alla forza con la quale in tutte le proposte di anteporre un preambolo al codice di principi fascisti si dette rilievo alla fine delle concezioni volontariste.

La sincerità delle convinzioni di principio apertamente profes-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sate oltre la tessitura sottile degli argomenti giuridici era una piacevole sorpresa per coloro che erano abituati alle mezze misure o ai silenzi.

Eppure siamo ormai in grado serenamente di precisare che i presupposti e le conclusioni andavano sicuramente, in entrambi i casi, al di là del segno.

Gli anni quaranta confermavano, anche per tramite della vivacità di quella polemica, il ruolo centrale che aveva ancora nella nostra cultura giuridica la figura del negozio giuridico. Si poteva anche discutere ulteriormente sul primato della volontà o della dichiarazione. E quell'antica controversia dottrinale poteva perfino riaccendersi sull'onda di un'emotività politica ancora molto sensibile. Certo è che il negozio giuridico non era discusso.

Le prime proposte integralmente distruttive affioreranno molto più tardi. E di nuovo la discussione investirà tanto l'uso effettivo della categoria nel lessico dominante e nel ragionamento pratico dei giuristi e dei giudici quanto l'insieme dei valori di autonomia individuale che in quella figura soprattutto si reputava potessero trovare una difesa generale e sicura.

Il risultato più percepibile si manifesterà nel ridursi fino a scomparire delle trattazioni e delle sistemazioni imperniate sulla figura generale e astratta. Resterà l'uso dei riferimenti a quel concetto nelle argomentazioni dei giudizi di legittimità. E non si perderà mai del tutto la trama dei principi anche quando si procederà all'analisi più puntuale e più aggiornata dei problemi legati allo schema essenziale della figura e ai suoi tradizionali requisiti (possono in tal senso considerarsi esemplari le tante revisioni critiche che presero di nuovo a ruotare intorno al concetto di « causa ») (31).

II. Forza dell'attualità. Immagini del futuro?

20. *Percezioni dei mutamenti sociali.*

Negli scritti degli anni trenta gli studiosi del diritto privato ebbero già modo di riprendere e di approfondire le tante tracce depositate fin dalle prime analisi sui riflessi giuridici dell'avvento della società industriale. L'Italia degli anni che precedettero e che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguirono la guerra aveva conosciuto un forte processo di urbanizzazione (e, sul piano del diritto, fu un segnale in tal senso molto importante la legge urbanistica del 1942) ma era ancora rimasta in vasti territori un paese contadino. Anche le tradizioni e il costume risentivano di un tale composito volto sociale. L'emancipazione femminile aveva avuto anticipazioni notevoli ma nel complesso lente e sporadiche. La concezione dei rapporti familiari era prevalentemente improntata ai rigidi modelli del passato.

Negli anni quaranta e cinquanta, per effetto anche dei mutamenti di migrazione interna e dei pur fallimentari tentativi di industrializzazione delle regioni meridionali e insulari, si vanno preparando (in maniera dapprima lenta e quasi inavvertita, in seguito quasi frenetica) cambiamenti che impressioneranno anche gli osservatori dei paesi più ricchi e più sviluppati. La letteratura e il cinema, ben prima della grande diffusione del mezzo televisivo, ne descrissero con notevole forza rappresentativa gli aspetti più significativi (32).

I cultori del diritto privato, sia pure con il maggior distacco che era la nota saliente del pensiero giuridico specialmente in quegli anni, ne avvertirono la presenza e ne intuirono i possibili sviluppi ulteriori. La società dei consumi certamente non aveva ancora quel vasto apparato di regole che in altri paesi darà vita a vere e proprie raccolte normative innalzate, nel titolo, alla dignità di una sorta di codificazione (il *code de la consommation* dei francesi). Eppure in alcune storiche prolusioni — il pensiero va soprattutto alle pagine di Tullio Ascarelli — il problema, con il supporto di una prima conoscenza diretta di quel che accadeva da tempo negli Stati Uniti d'America, era già aperto alla meditazione dei giuristi delle nuove generazioni (33).

A conferma della perdurante forza del problema contadino le riforme degli anni cinquanta ebbero una palese incidenza sulla proprietà privata: le configurazioni peculiari assunte dai modelli giuridici innovativi destarono subito l'attenzione di una parte della letteratura giuridica: anche di quella che tornava a riflettere, fuori dagli specialismi di settore, sul nuovo volto del diritto e sui suoi articolati statuti (34).

Sarà più tardiva — troverà originali approfondimenti improntati a un intelligente uso critico delle conoscenze storiche e dei riscontri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comparativi — l'attenzione nei confronti della proprietà urbana. E già aveva notoriamente provveduto la corte costituzionale, nella seconda metà degli anni sessanta, a riaccendere le discussioni quando si pronunciò per la difesa del « nucleo essenziale » del diritto dagli attacchi delle politiche vincolistiche comunali (35).

Anche i costumi cambiavano. Le cronache registravano scandali — da cui erano colpiti nella vita privata alcuni eroi popolari (si pensi all'adulterio di Fausto Coppi con la « dama bianca ») — che a molti apparivano come un retaggio ormai anacronistico di mentalità tardivamente riflesse ancora nel codice civile e nel codice penale. Le palesi discriminazioni nei confronti delle donne e dei figli nati fuori del matrimonio erano la testimonianza della tradizionale staticità nei processi di riforma del diritto di famiglia. I principi costituzionali di eguaglianza e le tendenze riformatrici che andavano diffondendosi in altri ordinamenti giuridici rafforzarono — anche nei giudici della corte costituzionale che pur si pronunciarono dapprima in modo diverso ma autocorreggendosi in un breve volgere di tempo — la coscienza che l'Italia era cambiata profondamente e che si doveva adeguare il diritto privato alla trasformazione in atto. Il referendum sul divorzio confermò — a chiusura di questa prima fase — che l'opinione pubblica non seguiva le posizioni più chiuse e più intransigenti (36).

La cronaca in corso registrerà l'accentuarsi e il sovrapporsi dei modelli di convivenza più diversi. E il discorso pratico, fin troppo dilatato frettolosamente dal dominio spettacolare dei mezzi di comunicazione di massa, costringerà i giuristi a intervenire sull'attualità: in un bombardamento di notizie in cui il progresso tecnologico, con i suoi scenari avveniristici, sarà spesso trasformato in uno spettacolo da baraccone, ove il sensazionalismo quasi sempre prevarrà sulla lucida intelligenza critica dei problemi (si pensi al gran parlare prima delle catastrofi ecologiche e poi della bioetica nei campi più svariati: dalle fecondazioni artificiali, all'accanimento terapeutico, fino alla brevettazione dei processi biologici e alla clonazione umana) (37).

La cura solidale delle diversità e delle fragilità umane si sovrapponeva alle uniformazioni autoritarie e assolutiste nell'immaginazione, ma forse solamente nell'illusione, di molti giuristi. Un racconto, questo, che è ancora fermo a una delle pagine iniziali (38).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

21. *Riflessi delle vicende istituzionali: costituzione e diritto privato.*

Si è visto che già sul finire degli anni quaranta Massimo Severo Giannini e Salvatore Pugliatti avevano parlato della costituzione come si parla di un testo giuridico che non riguarda soltanto l'organizzazione dei poteri pubblici. Paolo Barile insisterà, fin dal titolo di un saggio monografico, sulla costituzione come norma. Nei primi anni cinquanta Vezio Crisafulli riprenderà il discorso avviato negli anni quaranta in margine alla ricerca sulle disposizioni giuridiche di principio. Ugo Natoli, studierà il problema per i riflessi che potevano derivarne sulla configurazione dei limiti posti all'autonomia privata con speciale riguardo all'area dei rapporti di lavoro (39).

La questione divideva gli interpreti e creava partiti contrapposti in seno alla magistratura a causa della fortissima prevalenza, nell'Italia di quegli anni, di una linea politica che complessivamente tendeva a eludere o a rinviare l'attuazione della costituzione, nel segno di una continuità anche con quegli aspetti del diritto preesistente (si pensi, fra tutte, alle disposizioni autoritarie del codice penale) che sicuramente sarebbero stati suscettibili, al vaglio di un giudice delle leggi che pure tardò a essere insediato, di invalidazione.

Questo profilo che non aveva precedenti in Italia — il necessario controllo di costituzionalità di tutte le disposizioni (anche di quelle presenti nei codici civili anteriori alla costituzione repubblicana) — comportava di per sé la rilevanza della norma costituzionale anche nella definizione attuale dei rapporti fra i cittadini. Ne fu testimonianza il vastissimo numero di decisioni della corte costituzionale che, in tutti i settori più vitali del diritto, ben presto presero partito: ora con interpretazioni che salvavano la disposizione ma solamente sulla base di un adeguamento alla costituzione; ora con interpretazioni che la mantenevano in vita e che sollecitavano al tempo stesso linee urgenti di riforma; ora con la produzione indiretta di una nuova regola sulla base di creative addizioni; ora con la soppressione di norme la cui mancanza rendeva indispensabile e indifferibile un intervento legislativo (40).

Né si può dire che l'uso dell'argomento costituzionale sia stato sempre, anche al di fuori di quei casi (e sono innumerevoli), ornamentale o di segno unilaterale.

Il quadro che si è andato gradualmente formando — con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apporti molto intelligenti anche dei più fermi critici delle interpretazioni secondo costituzione — non ha smentito gli scritti minoritari degli anni quaranta e cinquanta. Li ha semmai confermati, non senza rischio di gravi stravolgimenti, per eccesso (41).

Il nuovo racconto della vicenda in corso avrà un'intonazione diversa. La costituzione, ove sia riguardata nella linea del pensiero giuridico sul diritto privato del futuro, sarà al centro di almeno quattro processi di cui dovranno essere approfondite le fasi salienti: un movimento fortissimo di revisione critica su cui tarderà a formarsi una nuova combinazione ideale che abbia la stessa forza di quella che alla carta fu attribuita nel passato; una tendenza a contrapporre la costituzione economica nazionale, vista soltanto come una continuazione ambigua del retaggio culturale già egemone negli anni trenta, alla costituzione economica europea, vista come l'espressione non meno semplificata di un disegno di liberalizzazione economica immune da limiti e da contraddizioni; un incremento della forza persuasiva delle regole prodotte dalle corti costituzionali con il dominante orientamento diretto a farne le depositarie illuminate, fuori dai consueti controlli, di superiori principi di razionalità o di ragionevolezza ai quali la carta costituzionale per definizione si ispirerebbe sempre, ancorché testualmente non ne abbia ancora dato una più precisa definizione; una prevalenza dell'argomento costituzionale a fini di conservazione, ossia in vista di un adeguamento, per quanto possibile, del diritto legislativo ai principi che si reputa siano immanenti al sistema (42).

III. Questioni di metodo

22. *Metodo scientifico.*

I giuristi svelano il metodo prescelto in maniera assai spesso indiretta: con il farsi stesso delle loro ricerche.

Furono più rare — ma si faranno più diffuse con l'aumentare del distacco dal dopoguerra — le incursioni dirette in un territorio affidato in prevalenza alle riflessioni filosofiche.

Quali tracce lasciarono gli scritti — apparsi su riviste giuridiche ma pensati da filosofi del diritto — che sul finire degli anni quaranta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e all'esordio degli anni cinquanta si posero il problema della « scientificità » della giurisprudenza?

Nel 1948 Umberto Scarpelli pubblicava sulla rivista di diritto commerciale poche pagine che recavano il titolo « Scienza del diritto e analisi del linguaggio ». Nel 1950, ossia nell'anno stesso in cui ancora Umberto Scarpelli nella rivista della filosofia porrà nei medesimi termini il problema dell'unità della scienza, sulla rivista di diritto commerciale apparirà il saggio più spesso citato, ma identico nell'intestazione rispetto al breve articolo del 1948, di Norberto Bobbio ([43])..

Non fu subito percepita da tutti (per quanto non poche e spesso molto meditate fossero le eccezioni) l'importanza che avrebbero potuto assumere, nel rinnovamento dello sfondo complessivo della cultura giuridica nazionale, quegli studi che, quasi per la prima volta in maniera tanto consapevole e aperta, prendevano le distanze dalle dispute di matrice idealistica sui concetti e sugli pseudo-concetti e tentavano di rendere familiari anche al giurista le correnti di pensiero che presero l'avvio e che in seguito si diffusero sulla scia della fase formativa del movimento neo-positivista.

Ancora un volta si fa ritorno alla data di origine di tante continuità e di tante discontinuità. Il punto di riferimento spaziale e cronologico da tutti riconosciuto è sufficientemente preciso: Vienna, seconda metà degli anni venti e prima metà degli anni trenta.

È unanimente riconosciuto che l'ispirazione fondamentale di quella tendenza non era lontana da quell'attitudine del pensiero che molti studenti di giurisprudenza notarono nei loro docenti: la diffidenza nei confronti della indeterminatezza delle analisi; lo scrupolo nel definire con chiarezza i termini del dato lessicale interpretato e nell'attribuirgli significati praticabili nella sfera del sistema giuridico; la coerenza e un minimo di intrinseca logicità nell'uso degli argomenti; la distinzione fra la trama concettuale presupposta (come mai fine a se stessa) e la regola effettiva, in atto o da preferire nel giudizio futuro.

Con riferimento a quest'immagine del lavoro dei giuristi, quando era ormai da tutti criticata se non da tutti abbandonata la tendenza a entificare i concetti e a trarne per catene deduttive ulteriori entità prive di referenze, Norberto Bobbio poteva affermare nel suo saggio che il giurista italiano rigoroso, il quale pure si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era formato in un clima culturale nazionale dominato da ben altri orientamenti filosofici, praticava nel suo lavoro di ricerca l'analisi linguistica e tanto più conseguiva risultati scientifici quanto più sapeva depurare dagli equivoci — dalla lusinga delle vaghezze e dai residui speculativi astratti o metafisici — tanto il linguaggio quanto il metalinguaggio del diritto e della riflessione sul diritto. Non diversamente si era espresso Umberto Scarpelli. Entrambi non avevano a disposizione una vera e compatta tradizione di pensiero italiana, ma trovarono un punto di riferimento, di cui rimase traccia nella documentazione indicata in nota, nelle ricerche di Ludovico Geymonat, di cui fu pubblicata, ma ben poco letta, nel fatidico 1945 un'opera il cui titolo era già un programma (« studi per un nuovo razionalismo ») (44).

Si trattava ora di passare dall'indicazione di metodo, che a sua volta era inseparabile dalla concezione scientifica della giurisprudenza nel quadro di un'unificazione metodica di ogni scienza, alle applicazioni puntuali nel lavoro del giurista. Quali erano le questioni che avrebbero avuto un altro inquadramento e un'altra soluzione alla luce dell'acquisita consapevolezza del vero stile di pensiero del giurista, già spesso inconsciamente praticato dai più seri studiosi? I filosofi del diritto a questo punto, secondo una distinzione di campi disciplinari fin troppo rigidamente rispettata, potevano mettersi in disparte e lasciare la parola ai giuristi nella speranza che alle indicazioni di massima seguissero anche i promessi risultati critici e costruttivi.

Qualche spunto era già annunciato a puri fini esemplificativi. Norberto Bobbio attingeva, né poteva essere diversamente, alla diatriba che allora era d'attualità: conta la volontà o la dichiarazione? E ne prendeva subito le distanze, in coerenza con il postulato che l'oggetto da studiare e da definire è sempre un linguaggio, sulla base di una critica in merito alla cattiva formulazione del conflitto, che sempre poteva darsi soltanto fra due ordini di enunciati tradotti in lingua (45).

Eppure, una volta riformulato con lessicale rigore il problema, restava pur sempre da trovare la soluzione e bisognava individuare la ragione più adeguata in termini giuridici alla soluzione del conflitto. La diversa e più rigorosa definizione, nell'abbandonare il riferimento all'entità impalpabile eretta a dogma o a mito, riduceva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ideologismo sbandierato sicuramente in eccesso, ma non sopprimeva le difficoltà interpretative e con quelle i dilemmi delle scelte.

Il linguaggio del legislatore, pur depurato da ogni equivocità e confrontato con il linguaggio dei giuristi già sottoposto a un'analoga purificazione, dà sempre una sola plausibile risposta? Se ne dà più d'una, la possibilità di restare nella cerchia della stretta analisi del linguaggio presuppone una scienza giuridica classificatoria (enunciante le soluzioni palusibili) che solamente Hans Kelsen propose, senza mai personalmente praticarla quando fu giurista e non filosofo (46).

In tal modo si finirebbe con il contraddire proprio l'istanza pragmatica e realistica. Si creerebbe una frattura con il giurista professionale, il quale muove dal presupposto dell'unica soluzione, poiché senza quel presupposto, sia esso scientifico ovvero non scientifico, sarebbe spesso condannato all'impotenza dell'« indecidibile », là dove il diritto presuppone la scelta a causa di una sua connaturata e insopprimibile esigenza funzionale. L'unica scelta diventa così, con l'apporto di altri strumenti ausiliari, la scelta preferibile, ove i criteri della preferenza cercano di fondarsi, quando il linguaggio reso rigoroso abbia esaurito tutte le sue potenzialità, su di un ampio registro di argomenti i quali sappiano rivolgersi se non imporsi alla comunità di studio degli stessi giuristi. Deve allora trattarsi non già di ragionamenti del tutto incontrollabili, quali esprimerebbe d'istinto il non giurista pur assetato di giustizia, ma di motivi di riflessione tradotti di nuovo in un linguaggio accessibile, ove l'argomento di principio, l'argomento sistematico, l'argomento fondato sull'analisi economica, e altri ancora, dovranno essere dosati sapientemente. Che spesso il risultato migliore possa essere intuito anche al di fuori di quel percorso nulla toglie all'importanza primaria dell'itinerario culturale seguito e alla sua specificità. Un simile modo di procedere in tal senso può dirsi scientifico in quanto sempre presuppone, nella percezione che sempre più della scienza si ha in età contemporanea, una riflessività metodica (47).

L'apertura culturale complessiva che era racchiusa in quelle pagine degli anni quaranta e degli anni cinquanta restava nondimeno un punto di partenza essenziale. Molti giuristi si riconobbero subito in quella terapia linguistica per troppo tempo emarginata dagli orientamenti dominanti di pensiero. E seppero darsi, fin dalle pagine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

introduttive dei loro corsi, un'impronta stilistica in tutto coerente con quella scelta (48).

L'indicazione esemplificativa suggerita da Norberto Bobbio in merito al problema del primato della volontà o della dichiarazione subì il destino che con il passare degli anni ebbe quella disputa sul negozio giuridico.

Diversa fu la sorte del suggerimento di ricerca che, nel mezzo degli anni cinquanta, Umberto Scarpelli, consapevole degli spunti già presenti nella filosofia del diritto anglosassone e delle notazioni che al tema aveva dedicato Tullio Ascarelli, dette ai giovani cultori del diritto privato: lo studio del problema « della determinazione delle condizioni d'uso del concetto di persona giuridica » (un concetto che notoriamente già Hans Kelsen, con altre premesse, aveva sottoposto a una critica radicale, coerentemente estesa alla nozione stessa del « soggetto » nella linea del diritto) (49).

E c'era naturalmente, alla base di tutte le possibili indagini, l'approfondimento del ruolo delle definizioni giuridiche: un luogo ove potevano ultilmente convergere gli orientamenti speculativi dei filosofi del linguaggio e le proposte applicative dei cultori del diritto privato (50).

Si tratta di motivi largamente noti dai quali non è possibile staccarsi quando si torni sui passi continui e discontinui di un tratto del pensiero. Avremo occasione di riparlarne (51).

23. *Metodo interpretativo.*

Sul finire degli anni trenta, negli anni quaranta e negli anni cinquanta, molti furono i contributi di giuristi — di amministrativisti come Massimo Severo Giannini o di cultori del diritto privato come Gino Gorla o Rodolfo Sacco (nonché, per il contratto, come Cesare Grassetti) — alla teoria dell'interpretazione, ma su tutte dominò, anche per i riflessi che ebbe nella discussione filosofica generale in seguito alla divulgazione ampia degli indirizzi ermeneutici del pensiero negli anni successivi — la ricerca di Emilio Betti già apparsa, in una prima stesura che non poco risentiva di quel clima arroventato, nel 1949 (52).

Anche in questo caso, sebbene l'ampiezza degli interessi culturali dello studioso non consentisse definizioni riduttive dell'opera, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

centralità dell'interpretazione giuridica — e, in quella, di un sapere che fu sempre orientato con piena consapevolezza dell'autore verso il diritto privato — era fuori discussione; consentiva, anzi, di meglio comprendere il senso delle divergenze con molti interlocutori non giuristi (si pensi alla famosa disputa con Hans Georg Gadamer) (53).

Sarebbe eccessivo negare che anche i comuni cultori del diritto privato fossero rimasti del tutto estranei — pur senza affrontare direttamente la questione del metodo interpretativo — a quel generale sfondo culturale.

Chi confrontasse la letteratura tedesca di quegli anni (viene subito in mente la monografia di Joseph Esser su *Grundsatz und Norm*) con alcuni saggi brevi, che erano rimasti abbastanza marginali in Italia (si pensi ancora a taluni spunti di Tullio Ascarelli), poteva notare, al contrario, un'attenzione per il rinnovamento dei nostri studi che avrà ben pochi riscontri negli anni successivi (54).

Eppure la piena consapevolezza critica del rilievo degli argomenti interpretativi nella formazione e nello sviluppo del diritto privato diventerà patrimonio comune di tutti i ricercatori soprattutto per merito del rinnovamento degli studi filosofici e giuridici di orientamento analitico e realistico ai quali darà un contributo fondamentale, con i suoi allievi, Giovanni Tarello, nel proseguire e nell'arricchire il programma essenzialissimo contenuto negli scritti di Bobbio e di Scarpelli (55).

Negli anni successivi i giuristi — compresi gli studiosi del diritto privato — affiancheranno al lavoro diretto la riflessione sulle loro stesse ricerche e sulle motivazioni giudiziali. La letteratura si farà molto vasta e avrà toni colti o divulgativi di vario stile. Numerose saranno anche le testimonianze tratte dal confronto delle idee in occasione di seminari di studio e dall'esperienza diretta. Una delle ultime — quasi una confessione e un addio — sarà scritta a Pisa, lezione per lezione (56).

24. *Forme giuridiche.*

Furono anni di cupo formalismo, da contrapporre al solare formalismo difensivo d'anteguerra, gli anni cinquanta? A un formalismo ispirato da nobili idee sarà dunque da contrapporre un formalismo gretto? (57).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come per il passato, anche per il presente infausto di quelle città e di quelle università oppresse dalla durezza della ripresa e dalla gravità dello scontro ideologico, il discorso da farsi è meno sbrigativo (58).

Negli scritti che erano come la stilizzata e irripetibile *summa* del diritto privato — il pensiero va immediatamente alle *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro Passarelli — non c'erano massime vuote o sterili.

C'era — ben diverso — il senso chiaro del diritto come forma essenziale imposta o da imporre agli informi conflitti sociali.

Se si vuole era ancora un universo di « forme » quel che era insegnato ai giovani apprendisti: la forma del soggetto, del diritto soggettivo e dell'obbligo, dell'atto, dei mezzi di tutela nel caso di lesione dei diritti.

I problemi erano inquadrati in un sistema di enunciati testuali da interpretare, coordinare, integrare.

Si prenda, ancora una volta, la disputa sul primato della volontà o della dichiarazione nell'atto di autonomia: un cenno sulle contrapposte teorie in astratto, sui loro correttivi imposti sempre in astratto dalla ragionevolezza, sul temperamento scelto, testi alla mano, dal codice; il suggerimento, infine, di una regola interpretativa subito disponibile e la delineazione di un generale criterio che ne giustifichi il senso: il rischio per l'altrui affidamento incolpevole.

Si sentiva ancora al fondo l'eterno dissidio fra libertà e solidarietà, ma senza l'impeto tanto generoso quanto unilaterale che rese così viva la contrapposizione fra Giuseppe Stolfi e Emilio Betti.

E c'era, pur sempre in nome di un primato religioso esplicito che fu assegnato ancora una volta alla solidarietà (oltre la quale neppure si dava abuso, ma eccesso, e dunque inesistenza in fatto del diritto soggettivo esercitato), una composizione secondo un equilibrio nel quale il sistema giuridico veniva a coincidere — senza conflitti di coscienza e senza timore di negare la serietà del lavoro ricostruttivo — con una cultura politica moderata e talvolta apertamente ispirata, pur con intonazioni realistiche, a una difesa della tradizione anche per gli aspetti del costume sociale: toni tutti certamente compatibili, soprattutto a quel tempo, con il disegno complessivo del codice civile ma spesso destinati a una revisione nel confronto con alcuni aspetti degli enunciati costituzionali, anche di quelli che contenevano incisi diretti a temperare le proclamazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innovative (l'esempio più chiaro si riferisce alla concezione giuridica dei rapporti familiari).

Negli ultimi anni di vita dell'autore, quel « breviario » non fu più edito: forte fu la consapevolezza — perfino resa esplicita in uno degli ultimi discorsi — che il diritto ha una sua vita; e questa non sempre è componibile nelle « forme »; che pure a tanti avevano consentito un primo e saldo accesso a quel lessico e a quel mondo altrimenti quasi esoterici (59).

25. *Riscoperta delle clausole generali nel quadro dei principi.*

« Il D. Leg. 14 settembre 1944, n. 287 non ha avuto la mano felice quando ha soppresso l'inciso finale dell'art. 1175 (« ... in relazione ai principi della solidarietà corporativa »). Sarebbe stato assai più opportuno conservare l'inciso, limitandosi a sostituire all'aggettivo « corporativa » l'aggettivo « sociale ». Tuttavia la mutilazione dell'articolo, operata dal frettoloso legislatore del 1944, può oggi essere riparata coordinando l'art. 1175 cod. civ. con l'art. 2 della Costituzione. È certo comunque che gli obblighi di correttezza, la cui osservanza è imposta vicendevolmente al debitore e al creditore dal criterio della buona fede, si desumono dai principi di solidarietà che ispirano la moderna comunità statale in contrapposto alla società individualistica di tipo ottocentesco » (60).

Queste parole — in cui si avverte anche con grande naturalezza l'integrazione del sistema del codice con la direttiva costituzionale — risalgono al 1954. Un anno prima Emilio Betti, nel tomo di apertura della sua teoria generale delle obbligazioni, aveva già dato un ampio rilievo alla clausola generale della buona fede e aveva invitato a riflettere sul peculiare carattere di reciprocità che una tale direttiva aveva per il suo stesso riferirsi tanto alla posizione del creditore quanto alla posizione del debitore (61).. Ne derivava, come ribadì ancora Luigi Mengoni, una conseguenza molto importante: fra debitore e creditore non c'era solamente il nesso consueto di natura strumentale o funzionale tra un comportamento dovuto (la prestazione) e un risultato strettamente legato a una specifica soddisfazione dell'interesse del creditore; c'era una più vasta attività — che potrebbe qualificarsi « di relazione » — la quale, se consentiva di dare rilievo anche a comportamenti (si pensi, fra i tanti immaginabili, all'importanza da sempre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attribuita alle informazioni sulle vicende sopravvenute) non compresi nella prestazione, al tempo stessa poteva rendere inesigibili ulteriori comportamenti, contrari ai principi che — un tempo ascritti alla sfera della solidarietà corporativa — erano ora, anche da Emilio Betti, ribattezzati all'insegna della solidarietà sociale, ma da lui senza riferimento alcuno alla carta costituzionale.

Fu Ugo Natoli a consigliare, quando intraprese l'insegnamento a Pisa, lo studio tanto delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di mezzi (il tema del saggio di Luigi Mengoni dal quale è tratta la prima citazione) quanto della teoria di Emilio Betti (da cui è tratta la seconda). Doveva essere quella, insieme con uno scritto di Federico Mancini sulla responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, la base minima — alla quale seguiranno tante altre letture — per addentrarsi nell'argomento scelto in occasione della tesi di laurea.

Con il passare degli anni, lo studio delle regole formulate in termini di buona fede o di correttezza sarà ripreso e approfondito in direzioni molteplici. Si finirà così con il dimenticare le prime origini di quella riscoperta: che, in una nota a fondo-pagina del saggio di Luigi Mengoni, era già stata esposta con tanta lineare sobrietà sistematica.

Nelle voci che Rosario Nicolò dedicò al diritto civile e al codice civile le norme formulate con la modalità delle direttive elastiche non furono più viste come un pericoloso retaggio da emendare o perfino da sopprimere; erano valutate quale felice segno di un utile e duttile respiro di rinnovamento dell'intero sistema (62).

A Pisa, con il finanziamento del C.N.R, sarà avviata una ricerca giurisprudenziale, il cui momento centrale fu costituito da un seminario interdisciplinare al quale parteciparono, con scritti sulla buona fede soggettiva e sulla buona fede oggettiva, oltre ai cultori del diritto privato (e si può qui ricordare almeno, per la buona fede soggettiva, il saggio acutissimo di Giorgio Giampiccolo), lo studioso del diritto romano (Paolo Frezza), un giovane filosofo del diritto che si cimentò in una vasta ricostruzione storica del pensiero giuridico (Domenico Corradini), e finalmente un giurista che aveva studiato, dal punto di vista del diritto amministrativo, sulla base di un'attenta comparazione con la Germania, la grave problematica della tutela dell'affidamento del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione (Fabio Merusi) (63).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A poco a poco chi studiava il diritto privato invecchierà — si perdoni l'affettuosa ironia — in compagnia della... correttezza.

Quando Ugo Natoli lascerà l'insegnamento, nel più fermo rifiuto di qualsiasi ricordo, fu solamente possibile organizzare in sua assenza un incontro alla Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento « S. Anna », che aveva assorbito dentro di sé il collegio giuridico. E di nuovo si pensò di chiamare a discutere del « principio della buona fede » coloro che avevano proseguito lungo quella strada con piena consapevolezza nel metodo della ricerca: primo fra tutti, naturalmente, Luigi Mengoni (64).

Nella sua celebre prolusione del 1967, Stefano Rodotà, che aveva aderito alla linea di rivalutazione della buona fede oggettiva nel nuovo quadro costituzionale e che aveva studiato nella stessa prospettiva la « funzione sociale » della proprietà, riaccenderà addirittura la discussione sulle clausole generali fino a provocare, in replica alla sua proposta di una « legislazione per principi », la critica di Giovanni Battista Ferri, nella sua non meno celebre prolusione di pochi mesi successiva (65).

Le leggi degli ultimi anni del secolo seguiranno con grande abbondanza la via indicata in quella lontana nota a margine scritta nell'anno 1954; ovvero in quelle righe in cui già Ugo Natoli aveva parlato, in anni prossimi a quello, di un nesso con la difesa della dignità della persona (66).

Tra i diritti fondamentali del consumatore — quale protagonista-simbolo del diritto privato nel quadro europeo contemporaneo — sarà codificato, nell'estate del 1998, anche il « diritto alla correttezza », oltre che, fra i tanti, il diritto all'equità e il diritto alla trasparenza del contratto.

Ma anche questa è una storia — assai frammentaria, ridondante, complicata — che, quasi tutta, ancora resta da raccontare (67).

IV. Volti del diritto privato

26. *Fonti.*

C'è al fondo degli studi giuridici, anche di quelli che si occupano direttamente dei rapporti fra gli individui, un'attenzione pri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maria a cui spesso si unisce una non meno primaria disattenzione. Si tratta — è bene subito precisarlo — di un'attitudine del pensiero non sempre dichiarata né sempre pienamente leggibile nella trama superficiale degli scritti: è qualcosa di soggiacente che si perpetua come silenzioso sottofondo.

Questo sostrato ineffabile ha due volti. L'uno è stato portato alla luce, con alcuni esiti comprovati dalle personali ricerche di storia e di comparazione, dal giurista che ha coniato una formula breve allo scopo di descrivere un tale torrente carsico sepolto nelle armature pietrose del diritto. « Crittotipo » — come suggerisce il lessico forgiato dal suo inventore — sarebbe per l'appunto quel lascito giuridico che con il tempo avrebbe assunto una configurazione stabile così da continuare a vivere, seppur marginale e occultato, al di sotto di forme giuridiche nuove delle quali i giuristi non abbiano ancora fatto piena esperienza. L'altro volto è meno noto, ma è più evidente, poiché anche quando agisce inconsapevolmente — la qual cosa non sempre accade — si pone immediatamente a contatto con il diritto che cambia e che subisce un incremento di complessità. In tal caso si tende spesso a isolare, esaltandolo, un aspetto del passato o del divenire, nella negligenza degli altri fattori: attenzione primaria, per l'appunto, inseparabile da una non meno primaria disattenzione. Questo secondo aspetto, ancor più del primo, pone il giurista, e talvolta in maniera indipendente dal suo stesso progetto di ricerca, a contatto con i movimenti che, in un'ampia visione delle fonti del diritto privato, provocano discontinuità disciplinari. È quasi impensabile che la ricerca degli studiosi del diritto privato possa limitarsi a registrare cognitivamente l'intero spettro dei fattori formativi senza procedere a selezioni e a distinzioni; e neppure è possibile intuire sempre le ragioni inespresse che, in termini culturali o perfino etici e politici, condizionano gli interpreti. È agevole notare, anzi, come perfino le opzioni esplicite, anche quelle apertamente formulate con intonazioni di principio e con diretto radicamento in un'ideologia, possano bensì avere il valore prezioso di una trasparente testimonianza ma certamente non infirmino l'autonoma valutazione critica degli esiti della ricerca. E spesso si tratta di punti di arrivo diversi rispetto ai principi dichiarati in partenza (68).

A volte il gioco chiaroscurato dell'attenzione primaria e della primaria disattenzione non investe i fenomeni macroscopici ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conduce alla riabilitazione di frammenti che altrimenti sarebbero andati perduti. Il viaggio temporale a ritroso insegna anche questo: come ci siano sempre state alcune indagini che nei tempi andati furono ignorate o lette con un sorriso, quasi fossero amene bizzarrie o stravaganti curiosità, alle quali dobbiamo non solamente la preservazione di un ambiente culturale emarginato, che sarebbe stato altrimenti condannato all'estinzione per oblio, ma soprattutto la difesa di uno spirito di ricerca nel quale la rivalutazione di una storia giuridica quasi sempre arbitrariamente alterata dal pensiero dominante era inseparabile dal senso — ora arguito ora arricchito da una nota di quasi artistica inventività — di un'immanenza esemplare del diritto ai più elementari e ai più antichi gesti umani, a loro volta radicati nel processo di evoluzione della stessa vita animale, secondo gli insegnamenti degli etologi. Erano già i comportamenti con cui si apriva il vecchio manuale: la conchiglia raccolta sulla spiaggia del mare... (69).

Proprio da uno di quei gesti, che appartengono ancora all'infanzia di molti e alle basi stesse del legame sociale, muoveva il saggio su quelle limitazioni consuetudinarie alla proprietà privata che si sono tramandate e perpetuate in molti territori del nostro paese fino ai giorni nostri, resistendo all'assolutezza rivoluzionaria del dominio individuale: la libera raccolta dei funghi e dei fiori nei boschi altrui. È intuibile lo scenario dell'esperienza personalmente vissuta; è il rito della passeggiata nei sentieri, qualcosa che appartiene, finché le forze sorreggono, all'intera misura temporale di una vita. Si possono anche fare vertiginosi accostamenti: ritorna in mente la percezione che già Jhering ebbe fortissima di un mondo in via di scomparsa; la regola secolare, rispettata fin dai tempi più remoti dalle popolazioni locali e consacrata in molti moderni regolamenti era posta a confronto dapprima con la legislazione regionale e in seguito con la disciplina nazionale di protezione dell'ambiente naturale. La norma vetusta e a lungo non scritta che fonda in seno alle collettività un limite al dominio individuale del territorio invita a riflettere sull'esigenza di preservare in altre forme quel patrimonio di tutti. E l'occupazione delle cose altrui tornerà a essere studiata, nella nuova cornice, dall'allievo del camminatore solitario. Uno studioso più giovane parlerà dei ragazzini che giocano a palla nel nudo e incolto terreno abbandonato... (70).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ecco, allora, il segreto troppo spesso ignorato e che ha avuto la perniciosa conseguenza di creare una grave e ricorrente frattura negli studi di diritto privato. I gesti antichi si ambientano nella società contemporanea con maggiore o con minore successo; e possono declinare o morire, ma talvolta anche rinnovarsi, come nel caso del gioco sportivo infantile, nello squallore delle periferie urbane. Il carattere marginale o crepuscolare di un fenomeno sociale che sembra in cerca di una regola giuridica esteriore (in realtà da sempre sotterranea) conserva, a contrasto, una forza cognitiva penetrantissima, poiché distrugge percezioni unilaterali e radicati preconcetti. La pagina del tutto personale fu forse guidata da un'originale libertà investigativa, pienamente iscritta nella biografia e nell'estro di un ricercatore che era curioso delle giuridicità sommerse e che era quasi infastidito dal peso di un diritto ufficiale spesso ripetuto quale litania: con vuota piattezza. Eppure quella stessa pagina era unita in maniera stretta agli eventi di una giuridicità che subiva apertamente i fattori di emarginazione del diritto antico e latente ovvero a quelli si univa in modo strano: per contrasto o per parziale e per controllata continuità.

Della flora, e anche della fauna, si occupano ora anche altre fonti che, senza nulla togliere all'insegnamento di vita storica collettiva che fu racchiuso nelle antiche e spesso ancora vitali, presuppongono un assetto mutato nel suo insieme: rinviano ai tempi, dapprima lenti, poi sempre più rapidi, della carta costituzionale repubblicana e alla nascita dell'ordinamento regionale; e ormai, nell'attenuarsi inevitabile di quelle stesse matrici, si dispongono entro una cultura ecologica che vanta con forza, ma con qualche punta di artificio, le sue origini giuridiche sovranazionali e che fonda provvedimenti normativi applicabili nell'intero territorio nazionale. Che cosa resti del senso racchiuso in un'esperienza secolare, la quale aveva il ritmo stesso del solitario esploratore e dei passi dell'ostinato viandante per boschi troppo spesso devastati: è, questo, l'oggetto di ulteriori riflessioni, non prive di sfumature sociologiche e di nostalgie letterarie.

La rivalutazione della fonte sommersa stenta ormai a convivere con la disattenzione, quasi irritata, per la fonte che reca i visibili contrassegni delle scelte politiche moderne e che ambisce a legittimarsi con la riaffermazione decentrata delle formule testuali della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carta costituzionale. Si può avere tutta la simpatia per il gesto umile e primordiale del raccoglitore dei prodotti spontanei della terra e tutta l'antipatia per le artificiali regole delle carte, ma quei fattori sono entrambi nel viluppo stesso del diritto e non è possibile cognitivamente prescinderne: si pensi non solo ai bambini sportivi senza campi ma anche ai contemporanei sciatori sugli altrui campi innevati.

E così il minuto dettaglio — il tubero, la stella alpina — non è per nulla relegato nelle memorie del tempo giuridico, né è folklorica o curiosa anticaglia soltanto; ma non lo è proprio per il fatto che quella traccia ancora suggerisce un confronto, tutt'altro che privo di sollecitazioni critiche attuali, con un'era del diritto la quale si è nel tempo sovrapposta, per quanto non sia dato prevedere in qual modo e con quale durata, su quelle preziose radici di cultura giuridica custodita nelle collettività locali (71).

27. *Extrastatualità.*

Proprio all'inizio degli anni cinquanta fu pubblicato un saggio sull' « estrastatualità del diritto civile » al quale a quell'epoca non si seppe o non si volle prestare attenzione, sebbene meritasse, per il carattere stesso dell'argomento affrontato, una valutazione aperta e plurima.

Verrebbe voglia di riprodurre testualmente, quasi a trarli da un sospetto oblio, brani interi: quelli nei quali è più volte ribadita, con il corredo di un ampio spettro di riferimenti storici e comparativi, l'idea-madre di un diritto immune nei secoli dall'arbitrio degli Stati, estraneo al raggio limitato delle fonti scritte, universalmente valido, alla stregua di una razionalità storicizzata, nel tessuto intimo e vivo delle società prese in esame.

A fondamento di una tale linea di pensiero stava anche la ferma convinzione che perfino i codici civili non rappresentassero di per se stessi, nonostante le apparenze e i proclami enfatici, una rottura totale e assoluta, poiché in gran parte riprodussero, deliberatamente sopprimendo o comunque attenuando le intonazioni filosofiche astratte di stampo illuministico, il lavoro secolare dei giuristi.

Se ci fu una cesura, questa si percepì nel pensiero stesso del diritto. E avvenne con la fine di qualsiasi remora al culto della legge

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale manifestazione anche implicita di una volontà sovrana ormai riferita all'entità astratta dello Stato. A quel punto il diritto fu identificato con un'unica potenza mitica (l'intenzione del legislatore) e in tal modo fu integralmente asservito alle nuove forme assunte dal potere politico. Secondo l'autore di quelle pagine, una tale interruzione nel corso delle idee sul diritto fu soprattutto ideologica. Come tale, ambì a trascendere invano i tempi veri della storia. Ben presto la forza stessa degli eventi — e a quel tempo si trattava di una rara intuizione anticipatrice — avrebbe condotto per altre vie a un nuovo avvento di formazioni giuridiche sovranazionali: incompatibili con il « concetto enfatico della sovranità statuale ».

Alla base di tutto c'era l'immagine del diritto civile come ragione scritta. E quell'immagine finiva con il perdere la sua identità storica a tal segno da proiettarsi a sua volta nella profezia. Con un'intonazione ideologica rovesciata, e non meno trasparente, tutto il diritto vero era identificato con la tradizione storica precodicistica e questa era vista secondo una percezione unitaria e onnicomprensiva come un'affermazione di libertà. All'astratto arbitrio dell'assolutismo legalistico era contrapposta, in nome della realtà empirica del divenire storico del diritto, una non meno astratta qualificazione del senso ideale di quell'intera vicenda.

Sebbene non si disconoscessero del tutto i possibili vantaggi di un « nesso organico » con la vita dello Stato, il primato da difendere gelosamente, contro le troppe e preoccupanti negazioni percepibili nei fatti, stava nella produzione non autoritaria del diritto, pur nella riaffermazione di « un rapporto necessario tra poteri pubblici e ordinamenti privati » (72).

28. *Confini.*

L'idea di un diritto privato quale sfera della cultura giuridica che da sempre avrebbe espresso e quasi preservato il senso vero dell'intera storia del diritto prima e fuori dello Stato moderno conteneva al tempo stesso tanto la visione di una giuridicità che si forma spontaneamente per un accumulo di regole diffuse in ogni società che si organizza tanto la persuasione dotta che con quell'esperienza si fosse cimentato il pensiero umano nell'individuare le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vere basi cognitive di ogni ragionamento giuridico concettualmente fondato.

Il diritto privato, per essenza extrastatuale, era espressione diretta degli stessi privati. In tanto aveva un significato in quanto si poneva come « diritto dei privati ». In definitiva, il diritto, quale voce della società auto-organizzata, era da sempre e per sempre posto dai componenti stessi di una società; e le sue forme colte e tramandate si modellavano da sempre e per sempre su quell'esperienza.

E dunque il diritto privato, diritto dei consociati, era più semplicemente il diritto: senza qualificazioni aggiuntive.

Lo sforzo di tracciare confini era frutto di un artificio variamente suggerito da istanze ideali o pragmatiche eterogenee.

Questa linea di pensiero non era implicita solamente nel saggio di Filippo Vassalli del 1951. Aveva avuto in Italia, nel corso del novecento, sviluppi molto significativi che avevano impresso visibilmente le loro orme in un vasto numero di ricerche di teoria generale del diritto e di filosofia del diritto.

Era sempre mancato un tentativo di farne applicazione diretta tanto nel vivo delle puntuali indagini dei cultori del diritto privato quanto nella sistemazione generale della materia e già nella cornice delle pagine introduttive dei manuali o delle trattazioni generali dedicate all'insegnamento.

Così almeno stavano le cose, allorché, nel 1955, e non caso sulla rivista trimestrale di diritto pubblico, fu pubblicato un lungo saggio, quasi una monografia, di un docente di diritto civile che insegnava nell'Università di Firenze, Salvatore Romano. Il titolo era di per sé tutto un programma: « ordinamenti giuridici privati » (73).

Lo studio prendeva le mosse da una constatazione preliminare sul pensiero giuridico dominante a quel tempo fra gli studiosi del diritto privato e si svolgeva in una linea di fermo e di aperto dissenso nei confronti dell'insegnamento corrente.

Il primo oggetto di esame era costituito dalle « formule propedeutiche adoperate dalla maggior parte dei cultori del diritto privato all'inizio delle loro trattazioni di carattere generale ». Il contenuto di quelle opere era uniforme, privo di sfumature, non problematico: si riassumeva quasi sempre in un richiamo al diritto come norma nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duplice significato « oggettivo » (*norma agendi*) e « soggettivo » (*facultas agendi*).

Questa visione stereotipata e semplificata, continuamente ripetuta, era chiaramente sentita e descritta come deludente. La ricchezza e la varietà del fenomeno giuridico sarebbero state in tal modo sacrificate sull'altare di una riduzione deformante, pallida eco di una rigidità che aveva riscontri ancor più fermi nelle trattazioni generali dedicate al diritto privato tedesco.

Il quadro già avrebbe potuto essere almeno in parte diverso se i nostri manuali, nel rispetto di una vicenda culturale che pure ebbe nel passato una sua inconfutabile dignità, avessero guardato ai modelli francesi, ove si sentiva « l'influsso della tradizionale considerazione verso il *droit coutumier* e di un più libero gioco delle forze creatrici del diritto, favorito da una giurisprudenza dotata di grandi capacità costruttive ». Ma questo non accadde.

Era necessario spezzare quella compattezza prolissa e acritica. La forza per avviarsi lungo un cammino di ricerca, che già sapeva di proporsi come un percorso quasi solitario, era qui tutta fondata, in maniera aperta, su di una piena dichiarazione di fedeltà all'insegnamento paterno: a quell' « ordinamento giuridico » di Santi Romano che, fin dalle famosissime lezioni pisane, era stato sempre onorato e rispettato, in qualche caso anche artificialmente usato quale goffo espediente d'inaudita legittimazione, ma ben di rado aveva trovato sviluppi di rilievo nelle costruzioni del diritto privato. L'area più significativa, nella linea di uno spunto antico racchiuso in quelle pagine, era stata esplorata nell'analisi dell'esperienza delle « obbligazioni naturali »: con pacato distacco, nelle pagine di Giorgio Oppo; con pieno e conseguente sviluppo di tutte le possibili derivazioni, in quelle dello stesso Salvatore Romano.

Dell'opera celeberrima del padre erano richiamate in breve tanto le idee sul diritto in generale quanto il corollario teorico imperniato sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, fra cui era dato specialmente rilievo a quei sistemi giuridici non statali che appartenevano per definizione alla storia del diritto senza distinzioni artificiali interne: « le c.d. associazioni o istituzioni non riconosciute, gli ordinamenti di enti considerati illeciti o ignorati dallo Stato, l'ordinamento familiare e tutta una serie di ordinamenti interni di enti, di privati ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'ispirazione fondamentale animava di sé un progetto generale di ricerca: l'« analisi sui vari rapporti tra questi ordinamenti inquadrati nel principio della pluralità »; « l'esame di questi ordinamenti nelle loro relazioni con l'ordinamento statuale ». Gli spunti c'erano già tutti, con tratti essenziali, nel libro paterno che fungeva da guida: si trattava ora di riprenderli e di svilupparli allo scopo di rifondare la teoria del diritto privato in una linea di aperto distacco rispetto alle categorie e alle sistemazioni dogmatiche tradizionali.

Un'altra fonte prediletta, subito dopo quella paterna, era costituita, come tutti potrebbero facilmente intuire, proprio da quel saggio di Filippo Vassalli sull'« extrastatualità del diritto civile » che era stato pubblicato quasi in sordina quattro anni prima.

Forse ancor più denso di significati era un ulteriore pilastro che sorreggeva, per aperto riconoscimento dell'autore, l'intera prospettiva di ricerca.

Si trattava anche questa volta di un'opera che fu celebre già negli anni trenta: quel « diritto dei privati » di Widar Cesarini Sforza che fu pubblicato nel 1929 e che influenzò anche molti scritti successivi dello stesso autore fino a quelli che videro la luce negli ultimi mesi di vita del fascismo (risaliva al 1942 il saggio sul corporativismo come esperienza giuridica) (74).

Tornava così a proporsi nel progetto di ricerca a cui si ispirava la sistemazione del diritto privato già suggerita in anni ormai lontani da Salvatore Romano quel continuo gioco di rimandi, spesso gravidi di pesanti condizionamenti occasionali, con il quale dovrà costantemente confrontarsi ogni analisi che si proponga di porre l'accento sull'altalena del « continuo » e del « discontinuo » nella cultura giuridica italiana del secolo ventesimo.

29. *Miraggi: un « altro » diritto?*

A Catania dal 15 al 17 maggio 1972 per iniziativa del Dipartimento giuridico della Facoltà di scienze politiche si tenne un incontro di studio che condusse alla pubblicazione di due volumi il cui titolo si prestò a riassumere una stagione intera dei movimenti di pensiero che in Italia avevano cercato in vario modo, soprattutto nel corso degli ultimi anni sessanta, di riflettere sulle categorie giuridiche del diritto privato nonché sul ruolo del giurista e del giudice in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

base alle idee di Marx oltre che per tramite di un approfondimento dei problemi istituzionali, economici e sociali che sembravano caratterizzare quella determinata fase della storia nazionale. I relatori erano di formazione soprattutto filosofico-giuridica (Umberto Cerroni, Biagio De Giovanni, Luigi Ferrajoli, Giovanni Tarello) ovvero erano, come il curatore dell'intera opera (Pietro Barcellona), cultori del diritto civile (Adolfo Di Majo, Stefano Rodotà), del diritto commerciale (Francesco Galgano) o del diritto del lavoro e del diritto costituzionale (Fabio Mazziotti, Enrico Spagna Musso). Alcuni erano studiosi stranieri (Blanke, Preuss, Seifert, Wiethölter). Il primo tomo recava il titolo « Scienza giuridica e analisi marxista ». Trovarono spazio nel secondo tomo (dal titolo « Ortodossia giuridica e pratica politica ») i numerosi interventi al dibattito e le repliche dei relatori. Le introduzioni di Pietro Barcellona chiarirono il senso dell'iniziativa e riassunsero criticamente le opinioni che a quel tempo si confrontarono (75).

Molti di quei contributi di riflessione dovettero fare i conti con la difficoltà di definire da un punto di vista marxista l'idea stessa di un « altro » diritto la cui formazione potesse essere aiutata dal giurista militante proprio in base a un'interpretazione innovativa di alcuni aspetti delle stesse strutture giuridiche borghesi. Gli studiosi del diritto civile avevano ben presenti — e non mancarono le citazioni testuali — quei passi del *Capitale* in cui Marx aveva messo in rilievo l'ambivalenza della stessa legislazione sulle fabbriche quale prese a delinearsi sulla fine del secolo diciannovesimo. Quella legislazione doveva essere vista come un mezzo di difesa « inevitabile », certamente distruggeva i privilegi nascosti sotto vesti vecchie e ormai destinate a dissolversi, eppure era un momento interno dello sviluppo di un sistema pur sempre subordinato al dominio diretto, non più mascherato, del capitale. Si escluse che fosse predicabile una vera « alterità » per il diritto tendente alla tutela di posizioni sfruttate o escluse, poiché anche un tale assetto, insieme con le interpretazioni che ne assecondavano e che ne dilatavano le potenzialità, era un momento bensì da difendere ma pur sempre con la consapevolezza della sua immanenza alle trasformazioni del potere borghese. Per tal via il marxista ortodosso aveva poche speranze che le sue proposte teoriche e interpretative di studioso del diritto vigente potessero fondare un progetto politico caratterizzato da una radicale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversità. Ne derivava allora un'inevitabile conclusione: che egli fosse scisso fra un'ortodossia giuridica la quale non riusciva mai a superare i limiti immanenti al suo oggetto (così da risolversi in una conservazione seppure illuminata degli assetti politici esistenti) e una pratica politica che solamente avrebbe potuto aiutare la formazione di un diverso diritto.

C'era anche, a dire il vero, un'altra possibile immagine dell' « alternatività » giuridica quale aveva preso a delinearsi culturalmente negli anni trenta in seguito alla diffusa opinione che il futuro dell'umanità richiedesse per forza di cose, in un modo o nell'altro, non già l'egemonia della libertà economica ma il primato dello Stato sull'economia. In uno dei saggi pubblicati in quell'occasione, erano rifiutati con forza i risultati della vasta ricerca di Luigi Lombardi Vallauri sul « diritto giurisprudenziale », poiché, nel contrapporsi agli atteggiamenti vacui o profetici, essi tendevano a incoraggiare la scelta interpretativa del « migliore diritto possibile », sicché, per via di un tale procedere per gradi, finivano con il dimostrarsi « il più forte alleato dello stato esistente ». Al tempo stesso, nel richiamarsi all'esperienza normativa del *New Deal*, con la tendenza a provvedere sull'intera economia (« nel giro di un anno più di 600 codici »), si concludeva nel senso « di un uso 'rivoluzionario' e quindi 'alternativo' della struttura sulla sovrastruttura ». In anni successivi, dominati, fra le tante parole d'ordine politiche, dalla riforma del *Welfare State* in senso neo-liberale, si farà più forte il distacco, che le vicende storiche e culturali sembreranno portare a compimento integralmente in un breve volgere di tempo, nei confronti di tutte le visioni che attribuissero ai vari orientamenti di riforma giuridica e alle tante opzioni interpretative un volto unilaterale e riduttivo, contraddistinto, già al primo manifestarsi di ogni nuovo indirizzo, da un predeterminato destino politico, a sua volta controllato in maniera dominante dalla struttura economica o dalla sovrastruttura giuridica (76).

La discussione sull'« uso alternativo » si dissolse per l'incapacità di fornire indicazioni che non fossero in qualche modo assimilabili alle già sperimentate opzioni sul « migliore diritto possibile » ovvero sull'ausilio, nelle tante direzioni del lavoro del giurista, a un progetto di riforma sociale controllato dallo Stato. Tutte vie sicuramente discutibili — sebbene la seconda già fosse avviata verso una gravis-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sima stagione di fallimenti — che mai si erano autoproclamate, sotto pena di contraddirsi, come « rivoluzionarie », per quanto fossero sicuramente entrambe animate da una fortissima critica rispetto agli equilibri culturali ufficiali e rispetto ai poteri forti.

Con il declino dei movimenti di pensiero di origine marxista e con la nascita di nuove discriminazioni e di nuovi conflitti sociali le discussioni sulla scienza giuridica e sulla pratica politica lasciarono il posto a uno studio per problemi. Si continuò a pensare a un diverso diritto senza la pretesa di poterne conoscere in anticipo le radicali attitudini alternative ovvero gli inevitabili condizionamenti a vantaggio di un interesse dominante.

In presenza dei quesiti di sempre presentati in termini nuovi e di articolazioni diffuse dei poteri (che richiedevano strumenti e valutazioni critiche mai superficiali e immediate), i giuristi dovettero affinare lo spirito critico, e talvolta perfino la cautela sistematica antica, nel tentare di fornire criteri di lettura che fossero in qualche modo adeguati al minimo controllo di un materiale normativo sempre più ingovernabile.

L'« altro » diritto tornerà a essere quel che forse fu sempre: un miraggio; e proprio quando il diritto esistente parrà smarrire una gran parte delle sue compatte strutture, già a partire dal quadro delle fonti.

V. Riflessi sul diritto privato dei parametri della complessità e del mutamento sociale e legislativo

30. *Persone, famiglie, comunità, solitudini: nuove esperienze.*

Chi muoveva i primi passi verso l'adolescenza e verso l'età giovanile negli anni quaranta e negli anni cinquanta era portato anche a custodire, nella memoria di quel tempo, momenti che tuttora per lui avevano un tono quasi mitico: le immagini di alcuni *films* che sono rimasti nella storia del cinema; non poche pagine di alta letteratura; le imprese dei campioni sportivi; la passione civile e politica dei cittadini. E tutto questo in giorni che erano così totalmente privi di lusinghe « mediatiche » come insolitamente ricchi di comunicazione viva, diffusa nei luoghi di lavoro, nelle strade, nelle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

campagne. C'era infine dappertutto come un sentimento semplice delle cose che contano: forse per effetto della memoria della catastrofe e dello spettro di altre possibili e prossime. Si era alla vigilia dell'esplosione dei consumi in seguito al ritrovato benessere; e tutti avevano l'impressione che l'Italia avesse serbato, anche nei paesaggi urbani, oltre che nel tratto degli abitanti, preziose memorie (77).

Al grigiore diffuso, se non all'oscurantismo, delle posizioni culturali accreditate o imposte dai poteri dominanti, si opponevano alcune poche voci in apparenza soffocate in realtà assai ferme. Erano personali analisi e ricerche critiche: non prive, allora, di un raro coraggio intellettuale.

Si potevano leggere saggi giuridici che erano tanto più ragguardevoli in quanto, nel volgersi ai problemi dei tempi con sensibilità vigile e acutissima, muovevano pur sempre da una grande padronanza della severa formazione appresa dai docenti che, anche nel passato recente, avevano custodito le forme di una cultura con il rifiuto di allinearsi supinamente ai toni imperativi e sbrigativi della propaganda.

Basta tornare a leggerle, quelle parole, per trovarvi non solamente i segni di altrettanti e cruciali quesiti giuridici ma pure il senso complessivo dal quale sono ancora pervasi in quegli anni i tanti conflitti, dalle origini remote, che pur sempre dividono l'intimità delle coscienze e incrinano le identità personali all'interno delle concorrenti appartenenze a gruppi sociali contrapposti.

È il 1959. Pietro Rescigno pubblica il saggio dal titolo « Gruppi sociali e lealtà ». In poche densissime pagine la ferita ancora non del tutto risanata della guerra è rievocata nell'immagine di una « lealtà » imposta dai regimi totalitari e stravolta con le vicende della « collaborazione parziale » in caso d'occupazione bellica (« su piani diversi, Quisling, Pétain, Graziani »). Ferrea è la pretesa dello Stato — di qualsiasi Stato — « di negare il conflitto sconoscendo al singolo d'essere portatore di interessi di gruppo e inducendolo a identificare i suoi interessi e la sua dignità con gli interessi e la dignità dello Stato ... La verità è che, tramontato l'antico rapporto feudale col signore, si cerca invano d'istituire un rapporto impersonale e sovrapersonale del funzionario con lo Stato... ». I riferimenti ai conflitti gravissimi di quegli anni si fanno sempre più chiari; e la documentazione non lascia alcuna zona d'ombra: ecco i gruppi di pressione impegnati in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attività segrete nelle vesti del Ku Klux Klan; ecco soprattutto il fenomeno della « caccia alle streghe » negli Stati Uniti d'America. « Il maccartismo e la febbrile attività dei comitati senatoriali d'inchiesta nelle attività antiamericane hanno proposto ai giuristi una nuova figura di delitto, il delitto per associazione, nel senso che l'appartenenza a determinati gruppi importerebbe senz'altro l'accusa di sovversivismo e di slealtà ». Gli anni cinquanta sono, anche nella percezione dello studioso del diritto civile, anni di repressioni e di paure; e a farne le spese è, ancora una volta, « contro tutta l'evoluzione americana... fondata sull'istituto delle libere associazioni, sull'incontro dei gruppi e delle idee e sulla possibilità di tradire e di sperimentare », un'intera tradizione di civiltà giuridica sulle garanzie costituzionali dei diritti fondamentali. Il panorama sul mondo al di là dell'oceano è ravvivato non soltanto dall'analisi accurata di una varia letteratura in lingua inglese (alla quale nel passato quasi mai fu prestata la dovuta attenzione); è l'intera cultura di allora a rivivere in quelle pagine: le opere cinematografiche di Elia Kazan (*Fronte del porto* e *Volto nella folla*) e i drammi di Arthur Miller (*Uno sguardo dal ponte* e *Il crogiuolo*) sono degni, per l'efficacia della rappresentazione dei fatti, di memoria e di testimonianza non meno degli scritti giuridici e sociologici. La novità, pervasa da una libertà di pensiero che serba ancora, nel metodo stesso della ricerca, una forza di emancipazione intensissima, non si ferma all'esplorazione di vicende lontane. La domanda radicale investe (molto prima della consacrazione legislativa nazionale della figura dell'obiezione di coscienza) anche il principio costituzionale italiano: « la difesa della patria », « sacro dovere del cittadino »... (art. 52), è destinata « a travolgere particolari convinzioni religiose, che ripudiano ogni forma di violenza e rifiutano ogni giuramento prestato agli uomini? ». La risposta di quegli anni fu, com'è notorio, affermativa. Eppure « la soluzione a favore dell'ossequio incondizionato al dovere di obbedienza allo Stato » lascia nell'interprete come un senso d'inquietudine. Egli avverte di vivere in un tempo « in cui il pericolo del conformismo non è tramontato, incombe ancora su ciascuno di noi ». A volte, il nuovo tiranno è proprio il gruppo, il partito: « gli operai in rivolta ne *I nemici* di Gorki riconoscono la necessità che qualcuno sconti l'uccisione del padrone, ma affidano alla giustizia ufficiale il giovane Riabzov invece

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del vero omicida, che è troppo prezioso per il partito, troppo prezioso perché ci si possa privare di lui ». Ne *La linea di condotta* di Brecht, « il coro ripete che 'un uomo solo ha due occhi, il partito ha mille occhi. Il partito vede sette Stati, un uomo solo vede una città. Un uomo solo ha la sua ora, ma il partito ha molte ore'... ». E non è dimenticato, sia pure per il tramite di brevi cenni, il rinnovarsi spicciolo dello scontro atavico tra la Chiesa e lo Stato in Italia: non senza un riferimento al famosissimo « caso di Prato ». L'analisi delle parole del codice — le disposizioni in cui è usato il vocabolo « fedeltà » — si unisce in tal modo a un vasto arco di riferimenti culturali. Questi, a loro volta, pongono nuove domande. Sono quesiti radicati in un'attualità grave e oscura che non è mai soffocata sotto il velo del pensiero. C'è semmai una sorta di proiezione in una coscienza ermeneutica le cui antichissime radici risalgono al racconto biblico di Abramo e di Isacco. « Si rinnovano l'incertezza le tentazioni la scelta la paura, ritorna tutta una esperienza di lotta e di dolore, nell'impossibile attesa dell'Angelo ». La coscienza intima e tormentata che sfida il dubbio, mentre lo dichiara senza finzioni e ne analizza la tragicità, si unisce a una finezza inconsueta nell'aprire nuovi orizzonti alla riflessione giuridica, così da porre finalmente in una luce quasi improvvisa, traendole dal disinteresse a quel tempo ancora diffuso, la persona e i gruppi sociali. Saranno proprio questi, infatti, i temi destinati a trovare la più vasta gamma di conferme nel diritto in azione; ma ben salde sono già le premesse di principio di un'analisi che pure mette in campo senza remore il sentimento dell'inevitabile gravità delle scelte, fin dentro la ricca trama dei molteplici materiali eterogenei, tutti ormai assurti alla dignità dell'investigazione scientifica. La critica nei confronti delle degenerazioni liberticide in nome di entità mitiche avverte il lettore del rischio derivante dal fatto di acquietarsi nelle sue torpide fedi mondane; ma non lo abbandona con un pugno di tormenti esistenziali. Lo invita piuttosto a non tradire un orizzonte normativo non equivoco e non aggirabile; che ha dato ormai pieno riconoscimento ai diritti tanto del singolo quanto delle « formazioni sociali », nelle quali — come si esprime la fondamentale disposizione della nuova carta costituzionale (art. 2) — si svolge, e mai può essere calpestata, la personalità di ciascuno.

La fermezza sui principi non pretende di fornire una chiave

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

immediata di soluzione dei problemi. Sullo sfondo si intravvede, anzi, un incremento di complessità, che gli anni a venire renderanno evidente in ben altre forme, lontanissime dalle percezioni e dalle preveggenze di allora.

E tuttavia ogni chiusura rigida, ogni semplificazione, ogni unilaterale assolutezza diventano improponibili in quanto indissociabili da una palese faziosità o comunque da una povertà culturale che proprio queste pagine contribuirono come poche altre a evitare.

Qui il giurista colto, esposto alle tempeste dei tempi ma fermo nella padronanza degli strumenti d'indagine, non occulta la difficoltà dei problemi dietro una cortina illusoria. Eppure il rifiuto delle certezze riduttive non prelude a un inventario dei dubbi. La netta negazione di tutte le prevaricazioni di parte, sotto qualsiasi bandiera (perfino là dove la violazione del diritto celebrasse le sue nefandezze in un mondo che si autoproclamava libero o liberato), era, per quei tempi, di una solitudine quasi temeraria.

Nell'improbabile attesa dell'Angelo, quel giurista — laico, eppur misuratissimo nel far percepire un'intima religiosità — continuerà a difendere le sue idee del diritto senza tentennamenti e darà un contributo mai superficiale alle battaglie civili di un tempo in accentuata trasformazione. La sua sarà sempre una voce consapevole del limite (la « miseria ») del diritto. Ma, proprio per via di una tale ferma cognizione, egli contribuirà a salvaguardare i lasciti migliori di un metodo e di una tradizione di pensiero immuni da ogni sbrigativa strumentalizzazione occasionale e di parte (78).

31. *Libertà e liberazioni: lunghi cammini incompiuti.*

Fra tutte le metafore rischiose la più insidiosa si richiama ai tanti cammini che si sono ammantati di libertà e di liberazioni. Un cenno è necessario, poiché taluni percorsi del pensiero giuridico sono stati pur sempre posti sotto l'insegna del « lungo viaggio verso... ».

Sarebbe necessaria un'analisi nell'analisi. E il discorso si farebbe a questo punto troppo vasto e troppo specifico al tempo stesso. In alcune sfere del diritto privato le pari libertà hanno potuto trovare una difesa già in via interpretativa o per la via del controllo di legittimità costituzionale. Il pensiero giuridico ha spesso assecondato questi orientamenti fin dai primi anni del secondo dopoguerra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altri problemi, legati specialmente al diritto di famiglia, alla condizione dei minori e soprattutto allo stato giuridico delle donne, hanno richiesto un intervento nella fase della progettazione del nuovo diritto.

Se sia considerato nei riflessi giuridici, il movimento di emancipazione femminile è forse il più esemplare: le diverse fasi delle riforme legali dirette a promuovere pari libertà giuridiche e liberazioni dagli ostacoli effettivi sono state scandite dapprima con lentezza e con risultati non equivoci e in seguito con velocità e con risultati ancora aperti e incerti. Si pensi al momento di passaggio dalla piena eguaglianza davanti alla legge alla politica delle *affirmative actions*: dirette a introdurre privilegi allo scopo di rimuovere ostacoli sulla via di una liberazione che ancora è vissuta come contraddittoria e incompiuta.

Dove sta l'insidia della liberazione? Sta nel perenne dubbio che il diritto non serva o sia disponibile per le manipolazioni più arbitrarie, sicché anche l'eguaglianza davanti alla legge sia vista come un trucco del dominante potere maschile. Di fronte a tanto smarrimento sarà proprio una giurista che si era formata alla scuola di Ugo Natoli a riaffermare (alla fine del suo « lungo viaggio verso la parità: i diritti civili e politici delle donne dall'Unità ad oggi ») che « la tutela della dignità della donna può farsi, e si fa, nell'ambito di un'unica soggettività giuridica rivelatasi idonea a far emergere senza traumi la diversità femminile » (79).

32. *Nuovo pensiero sui dogmi: condizione giuridica delle persone fisiche e diritti della personalità; persona giuridica; diritto soggettivo.*

Già negli anni quaranta e negli anni cinquanta lasciarono un segno — e furono tante volte richiamate in seguito nelle analisi e nelle discussioni fra gli studiosi del diritto privato — alcune lezioni inaugurali.

Furono tolti da una sorta di oblio o di emarginazione non pochi temi di ricerca verso cui fortissima era la diffidenza: sembravano di per sé sfuggire ai controlli delle consuete investigazioni scientifiche; non si collocavano, con piena aderenza logica e concettuale, dentro gli schemi ormai collaudati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Erano questi, fra i tanti, oltre agli orientamenti a cui si è incidentalmente accennato con riguardo alle donne e ai minori, i problemi ancora posti da una categoria di per sé sicuramente non del tutto inedita: i diritti della personalità.

Erano veri diritti o erano proiezioni sulla persona delle tutele già predisposte in sede penale dal diritto oggettivo? Nel caso fossero da qualificare come diritti, quali erano i caratteri distintivi in seno al genere dei diritti soggettivi? Quali le facoltà del titolare e quale l'oggetto? Erano, quegli strani diritti, tanti e moltiplicabili all'infinito fino a comprendere i più bizzarri dettagli della frantumata vita contemporanea degli uomini in società? Ovvero si doveva prendere atto di una sola generale figura alla quale di volta in volta avrebbero fatto capo tutti i contenuti che la convivenza sarebbe stata in grado di porre in primario rilievo?

All'inizio dei suoi corsi nell'Università di Macerata, a queste e ad altre domande cercò di rispondere con uno stile esemplare, per l'intelligenza concisa dell'argomentazione e per la lucida coerenza del quadro sistematico di riferimento, un finissimo giurista siciliano: Giorgio Giampiccolo ([80]).

Anche in questo caso la memoria è ravvivata da un racconto personale; e la speranza, una volta ancora, sta nell'immaginare che la forza di una partecipazione emotiva non pregiudichi, e al contrario esalti, l'intelligenza critica.

Chi scrisse quell'introduzione ai corsi di Macerata insegnò il diritto privato in un'aula del pianterreno del palazzo pisano de « La Sapienza ». La percezione visiva di quei banchi (ancora sufficienti, a quell'epoca, ad accogliere, perfino con qualche vuoto, gli iscritti del primo anno, che frequentavano i corsi universitari nel 1963) è ancora viva: e forse basta da sola a misurare la ben diversa entità dei problemi universitari del 2000. La sensazione più forte — che credo fosse comune a molte altre matricole — era trasmessa dalla parola e dal gesto: c'era la comunicazione di un pensiero intenso, espresso in una forma sobria; e quasi si percepiva lo scavo concentrato che precedeva la forma, pur essenziale, della lezione. Spesso un candido fazzoletto — che asciugava il sudore sulla fronte semicalva — chiudeva un giro di frase.

Mentre si ascoltava non si poteva certo immaginare che un tema tanto arduo — i diritti della personalità, appunto — fosse stato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scelto come lezione inaugurale alcuni anni prima. Pochi altri docenti di diritto ci avrebbero altrettanto colpito per l'acume del pensiero; e si era allora condotti a supporre, non senza pregiudizi ingenui, che ci fosse in quella misuratissima definizione dei problemi una sorta di corrispondenza necessaria con la predilezione per un campo d'indagine irto bensì di sottili interrogativi, eppur sempre sufficientemente delimitato e controllabile: quasi per sua intrinseca essenza. Il diritto privato ci appariva e si confermava, in quella visione, come il luogo ideale in cui la quotidianità era stilizzata in altrettanti conflitti: dei quali si percepiva un solo asciutto momento, racchiuso in una domanda che poteva aprirsi su plurime risposte; e bisognava soprattutto saper fornire argomenti per decidere. Nelle esercitazioni sui casi, per pochissimi volontari, la palestra della motivazione giusta, nel senso di « conforme a diritto », escludeva di per sé ogni precipitosa soluzione emotiva.

I diritti della personalità, nelle loro radici che da sempre si annunciavano atemporali, suggerivano invece immagini vaghe e perorazioni apodittiche. Proprio non si riusciva a pensare che quel docente, nemico delle approssimazioni, cercasse di analizzare addirittura quella categoria giuridica forse da sempre rischiosamente sospesa tra due opposte vie di possibile svalutazione: la via dell'enfasi e la via di una vanità pragmatica, inevitabilmente derisa dall'operatore professionale del diritto privato.

Tutti sanno che quel quadro è ormai, almeno a parole, radicalmente mutato. Uno dei tratti inaugurali, nuovi e fermi, fu segnato per l'appunto allora. C'era stata già in quegli anni una discussione assai viva e assai critica, provocata dalle decisioni giudiziali che, sulle orme delle poche e meritorie trattazioni analitiche e divulgative della materia, avevano composto talune celebri liti insorte a causa della divulgazione a mezzo stampa (sui rotocalchi molto popolari di quel tempo) delle vicende della vita privata di alcune persone celebri (fra quelle, a conferma dell'attrazione ancora viva per i personaggi del ventennio fascista, fu celebre la controversia promossa a difesa della memoria di Claretta Petacci, amante di Benito Mussolini). In forme molto più artigianali delle sofisticatissime attuali, avevano anche allora un grande successo le inchieste che attiravano la curiosità spesso morbosa dei lettori (81).

Si trattava, a ben vedere, di rare ancorché clamorose avvisaglie:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un tempo in cui, almeno in Italia, quasi non c'erano televisioni, le famiglie si riunivano la sera accanto alla radio, o, tutt'al più, si concedevano la domenica un *film* al cinema rionale. La mole vastissima dei problemi legati alla società dell'informazione di massa era ancora lontana.

Gli studi di comparazione giuridica, soprattutto in questa materia, erano da noi quasi del tutto assenti: eppure, i materiali su cui documentarsi, soprattutto nella letteratura in lingua inglese, non mancavano. In Francia e in Germania si potevano citare vecchi nomi autorevoli; e fin da remoti anni.

Già si è rammentato con quanta sensibilità Pietro Rescigno — che aveva insegnato pure a Macerata quasi in quello stesso periodo di tempo — aveva contribuito a segnalare il problema nel richiamarsi tante volte al confronto fra le persone e le comunità di appartenenza (82).

Alla vigilia della prolusione maceratese alla quale qui si fa riferimento, furono notoriamente i giudici tedeschi a edificare, con l'esplicita approvazione di Helmut Coing, la categoria del diritto generale della personalità. E quella data, non a caso, sarà posta in chiaro rilievo nella seconda edizione di una delle più celebri sintesi storiche sul diritto privato tedesco moderno (83).

Diversa fu la via, pur parallela e quasi contestuale, seguita dal docente italiano. Tutti sanno che in Germania, dopo le ferite della guerra, si era diffusa, anche per tramite di una prima e generale riabilitazione del giusnaturalismo (le cui motivazioni sono comprensibilmente affini a quelle da cui fu animato il corrispondente movimento italiano di quegli anni), una giurisprudenza che sarà comunemente definita « dei valori » e che penetrerà anche nel cuore del diritto privato, subentrando alla più famosa e tanto discussa « giurisprudenza degli interessi ».

Era quasi inevitabile, già in quel tempo, un netto confronto con la categoria del diritto soggettivo; specialmente con il comparto della responsabilità per lesioni della sfera della personalità.

L'ingresso dei valori nelle forme antiche e in apparenza chiuse dei rapporti tra privati non fu immediatamente e direttamente legittimato da un giudizio etico. La porta tedesca, o (se si preferisce) la fonte, fu, come da tempo è largamente noto, giuridica: l'art. 2 della Costituzione di Bonn. Costituzione e codice civile non appar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vero a quei giuristi e a quei giudici come due mondi estranei. E del resto la fine di quella separazione tradizionale aveva lontane radici — anche questo è fin troppo noto — nella Repubblica di Weimar. Il problema — che si perpetuerà quasi senza interruzioni — non concerneva tanto, nella linea di pensiero della letteratura giuridica tedesca, l'ammissibilità di un rapporto tra le due sfere di norme, ma le modalità (84).

Nella lezione di Macerata non c'era alcuna traccia di un'imitazione di quello schema di ragionamento sistematico: la categoria generale del diritto della personalità era definita con un ordine di idee molto conseguente che procedeva in maniera stretta dall'interno della tradizione del diritto privato moderno; a suo fondamento si poneva un'argomentazione critica in cui l'aspetto costruttivo, aperto nel suo flessibile contenuto alle variazioni sociali, ma diffidente dei barocchi eccessi dogmatici, era unito, con vigile coerenza, alla demolizione implacabile dei pregiudizi negativi del passato, già quasi sempre affidati a contorte motivazioni di palese debolezza concettuale. Come poteva la persona essere al tempo stesso soggetto e oggetto del medesimo diritto? Queste, e altre, le domande dei giuristi scettici.

Senza bisogno di invocare i valori, o di fondare i valori sulle carte costituzionali contemporanee, l'« essere », quale figura che non è in alcun modo estranea alle categorie giuridiche del diritto privato, faceva la sua prima apparizione in quelle pacate pagine, in luogo dell'« avere ». Per la prima volta senza doversi appellare al diritto naturale, un tale ordine di problemi diventava con piena consapevolezza un momento interno a una riflessione autonoma sulla moderna antropologia del diritto e sull'immanenza al diritto nella sua oggettiva rilevanza sociale di una postulata unità soggettiva. Era un segnale non equivoco della necessità di emanciparsi dall'asservimento assoluto all'unico modello logico, di tipo possessivo, che già parve concepibile al pensiero dominante.

La lezione fu fondamentale. E non per le risposte alle tante domande — altre ne furono infatti date fino a farsi perfino incontrollabili quantitativamente nei decenni successivi; la discussione continuerà senza interruzioni e senza frontiere divisorie artificiose tra studiosi del diritto privato e del diritto costituzionale — ma per la nitida forza stessa del pensiero.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prevarrà negli anni, sull'immagine monista (guidata da prudenza nei confronti degli eccessi nominalistici), una visione multipla degli svariatissimi interessi della personalità: ma le figure che ebbero nelle leggi e anche nel diritto applicato i maggiori sviluppi creativi erano tutte ricomprese nell'orizzonte unitario di una cultura giuridica guidata dall'idea della difesa della dignità della persona (si addenseranno specialmente intorno ai nuclei essenziali della vita materiale e spirituale: la salute, l'identità, il riserbo).

I riferimenti alle carte costituzionali diventeranno canonici: serviranno a porre questioni di legittimità e a dar forza a costruzioni pretorie nel difetto di previsioni testuali. Anche i dilemmi, com'era stato agevole prevedere, si moltiplicheranno e si faranno ben più gravi in termini di fatto. La sensazione della tragicità inevitabile delle scelte del giurista si diffonderà nella coscienza comune.

Resterà, per tutti, un insegnamento troppo spesso dimenticato o frainteso. Sarà una sorta di intuizione da sempre avvertita ma raramente espressa con la misura indispensabile: che nel diritto privato gli argomenti dei quali molte volte si diffida e dei quali talora si prova quasi paura devono essere invece affrontati, purché si sappia stare al riparo dalle declamazioni vuote o dalla pretesa di fare del diritto imposto uno strumento assurdamente invasivo: destinato a deformare ogni aspetto del « mondo della vita » (si spiega anche in questi termini il disagio di Giorgio Giampiccolo di fronte alla tendenza, non soltanto grottesca ma anche pericolosa, alla proliferazione « di minuti diritti »).

Quello stile intelligente e lucido aveva contribuito a dischiudere in maniera seria, aliena da qualsiasi concessione agli effetti facili, un'intera area di ricerca. E seppe andare al di là della stessa proposta teorica a quel tempo suggerita. Ci lasciò, in una difficile materia sempre esposta alle deformanti improvvisazioni, una minima fiducia: che perfino le esplorazioni più ardite possano essere affidate a a un discorso critico controllato, ove nulla sia concesso tanto alle stanche censure dogmatiche ufficiali quanto alle nude emotività intuitive ([85]).

I primi anni sessanta saranno ricordati anche per due scritti che, pur nella diversità dell'ispirazione, riprenderanno gli studi sulla nozione di persona giuridica, con piena consapevolezza così della radicale revisione critica di Hans Kelsen come degli spunti che, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Italia, Tullio Ascarelli aveva sparso in molti saggi pubblicati fin dagli anni cinquanta (86).

Riccardo Orestano, già nello studio dal titolo « Diritti soggettivi e diritti senza soggetto », aveva invitato a ripensare alle grandi categorie giuridiche della tradizione con un metodo in cui la riflessione sul divenire storico dei concetti era indissociabile da un più ampio complesso di movimenti ideali e di assetti reali socialmente organizzati. Era uno storicismo tutto fondato sulla concretezza dei fatti e delle idee accertate, mai modulato speculativamente sulle astrazioni dogmatiche o concettuali ovvero su postulati filosofici idealistici (87).

Floriano D'Alessandro a sua volta fece proprio, temprandolo nell'applicazione a un tema classico del diritto privato e della teoria generale del diritto, quel metodo, già da tempo in auge nella filosofia analitica del diritto di matrice anglosassone, che poco più di un decennio prima era stato promosso, nell'intento di riaffermare la scientificità del sapere giuridico e l'unità delle scienze, dai brevi scritti, quasi divulgativi, di Norberto Bobbio e di Umberto Scarpelli. Il suo saggio del 1962 (« Persone giuridiche e analisi del linguaggio »), insieme con le ricerche di altri giuristi nel settore delle « definizioni », resterà, nel suo genere, qualcosa di unico: per la chiarezza delle premesse (le posizioni di Kelsen e di Ascarelli saranno distinte con finezza); per la conoscenza accurata della letteratura filosofica di indirizzo analitico; per la capacità di rendere accessibile e a tratti perfino gradevole un modo di ragionare che era quanto mai insolito nei giuristi tradizionali; per la cura nel porre in rilievo la sterilità di molte astrazioni concettuali avulse dall'esperienza eppure quasi sempre presentate come se fossero a quella necessariamente immanenti (88).

Con quei saggi, che pure non avevano proposte applicative dirette, il pensiero dei giuristi italiani — perfino di quelli che continuarono a manifestare orientamenti di metodo diversi e più compositi — si aprirà con pienezza nei confronti dei movimenti filosofici che per troppo tempo erano rimasti ai margini della nostra tradizione.

Anche le investigazioni nell'area dell'« analisi economica del diritto » avranno alle origini un carattere innovativo e fin quasi pionieristico. Si vedrà che in tal caso il territorio primo d'indagine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarà in Italia diverso: muoverà dalla responsabilità civile e si propagherà soprattutto nell'area dei contratti e della responsabilità contrattuale (89).

33. *Soltanto diritti? Quali soggetti? Quali oggetti? Forme dell'inclusione e dell'esclusione.*

Condizione giuridica delle persone fisiche, rivalutazione delle comunità, diritti della personalità, annunci della riflessione critica sulla persona giuridica secondo una sperimentazione, quasi senza precedenti in Italia, del metodo analitico.... Gli anni quaranta e cinquanta, ove siano ripercorsi nell'intero loro arco fino agli esordi del decennio successivo, ci danno l'idea del graduale formarsi di una linea di pensiero che si presta a discutere criticamente una gran parte delle sistemazioni più divulgate, pur dietro la quiete degli insegnamenti ufficiali e dominanti, in prevalenza destinati alla didattica, e sullo sfondo di orientamenti ancora stabili dei giudici (soprattutto dei giudici di legittimità).

L'accento posto sulle condizioni effettive dei soggetti, ancora con riguardo a contrapposizioni di classe persistenti nel mondo rurale e nelle relazioni industriali, il peso assunto dai partiti politici e dai sindacati pur nella permanenza di una regolamentazione affidata in gran parte ai principi del diritto privato, l'esplosione (di natura sicuramente rivoluzionaria) dei movimenti di emancipazione femminile, l'impossibilità di chiudere gli occhi di fronte alle modalità diverse della vita delle famiglie, l'accentuarsi del divario fra le generazioni: questi fenomeni eterogenei non ebbero tutti, nel loro insieme, manifestazioni esterne così evidenti e perfino clamorose come quelle che giunsero a esplodere sul finire degli anni sessanta. Eppure già sulla base di una visione d'insieme, che qui ha dovuto fermarsi soltanto nei luoghi ove sembrava possibile unire all'importanza del pensiero la forza di una memoria personale o di una testimonianza, si nota che l'esigenza di riprendere le fila di un pensiero giuridico critico circolava nelle pagine sulla capacità delle persone fisiche, sui tentativi di fissare un minimo di garanzie essenziali nel quadro di rapporti in linea di fatto non paritari, sulle intense parole rivolte alla solitudine umana nel difficile equilibrio fra persona e comunità, sui primi studi che esaminarono in termini giuridici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e senza preconcetti i problemi delle aggressioni di massa nei confronti della vita privata degli individui e dei gruppi. Forse, fra tutte, la questione che trovò minore visibilità nelle riviste giuridiche si riferiva alla concezione complessiva del diritto di famiglia. Ma è pur vero che in tal caso il problema rendeva urgenti non tanto nuove sistemazioni immediate, che fossero già possibili sulla base di opzioni ermeneutiche diverse, quanto prese di posizione della corte costituzionale o visioni riformatrici complessive; e le une e le altre, notoriamente, saranno più tardive, poiché avranno successo soltanto fra la metà degli anni sessanta e la metà degli anni settanta (90).

Le riflessioni sulla categoria dei diritti della personalità rievocava la centralità che aveva assunto, negli studi tradizionali di diritto privato, la figura del diritto soggettivo, nel nesso strettissimo con il diritto di proprietà. Una tale via di passaggio obbligata presupponeva una verifica dei limiti del modello, in sé considerato o valutato nella sua dogmatica assolutezza. Ove fosse vista in una linea di teoria generale del diritto o in una cornice filosofica, non mancavano già a quel tempo gli spunti radicalmente critici. La diffusione del pensiero di Hans Kelsen provocava in molti un forte scetticismo nei confronti di una categoria a cui era imputata un'eredità ideologica invadente: tale da deformare la cura scientifica nella ricostruzione del diritto nella sua oggettività. Anche coloro che incominciavano, su di un versante ben diverso, a rivalutare le radici fattuali delle categorie giuridiche, contestandone le superfetazioni non realistiche — e che a tal fine si avvalevano delle prime esplorazioni fondate sulla comparazione con altri ambienti culturali — volgevano ora l'attenzione al rimedio effettivo piuttosto che alla situazione presupposta a fondamento della tutela. E alcune correnti della storia del pensiero giuridico (si pensi alle ricerche di Villey in Francia) contribuiranno alla critica del dogma (91).

Sappiamo che tutto questo aveva avuto nell'intero corso del secolo ventesimo conferme costanti. Abbiamo visto l'accentuazione che fu data negli anni trenta al tema dominante costituito dall'incompatibilità del diritto soggettivo, quale immagine dell'individualismo borghese, con il « diritto sociale », ovvero, con il « diritto corporativo » dei tempi nuovi. E non dobbiamo mai dimenticare come l'unico timore che pervadesse la dittatura, nel momento del massimo entusiasmo per la codificazione dei principi, fu rivolto alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possibilità che si tornasse a difendere il diritto soggettivo e con quello la persona: quasi che entrambe le figure fossero in eterno macchiate da un peccato di origine indelebile (92).

Ora la critica, quando non assumeva le vesti scientifiche coerenti con il sistema di Hans Kelsen o non era il frutto di un metodo realistico o analitico, era rivolta all'assolutezza arbitraria dell'esercizio del diritto. La situazione era garantita al soggetto nella sua struttura; ma questa, pur intrinsecamente incompatibile con il dovere e con la funzione, era inscindibile dalla possibilità di un concreto controllo, ove si fosse espressa senza giustificazione razionale alla stregua di un potere privato illimitato.

La ripresa delle analisi sulla figura dell'« abuso del diritto » — che nel passato mai aveva avuto grande fortuna nella nostra letteratura giuridica — era il frutto di una posizione che non negava il diritto soggettivo ma che al tempo stesso escludeva di farne un feticcio astratto da qualsiasi contesto d'esercizio. Già nel 1958 Ugo Natoli e Salvatore Romano e, nel corso degli anni sessanta, una documentatissima monografia di Pietro Rescigno (apparsa nella veste di articolo sulla rivista di diritto civile e di nuovo edita in forma di volume sul finire del secolo a conferma di una perdurante attualità) avevano contribuito con pochi altri (fra i quali devono rammentarsi almeno i nomi di Giovanni Cattaneo e di Filippo Ranieri) a riprendere gli studi inaugurati da Mario Rotondi negli anni venti (93).

C'era anche un'altra via di ricerca che pure presupponeva un abbandono dell'« assolutezza » dei riferimenti al diritto soggettivo.

Si trattava di chiedersi se fra gli interessi qualificati in termini di « diritti soggettivi » e gli interessi privi di qualsiasi rilievo giuridico potessero manifestarsi figure rilevanti in termini strutturalmente diversi, che fosse pertanto opportuno valorizzare in via autonoma, identificando la specificità dei presupposti della tutela e la peculiarità dei rimedi. Per ragioni storiche tutte prossime alla nostra tradizione giuridica il problema era stato approfondito in Italia nel quadro dei rapporti con la pubblica amministrazione; e la dicotomia dei « diritti » e degli « interessi » penetrerà perfino, com'è a tutti noto, nel sistema costituzionale.

Ancora una volta l'osservatorio pisano consentiva di fare i conti con una giurista non dimenticata e non dimenticabile: pensosa,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

battagliera, generosa nel darsi per intero alla didattica e alla ricerca, incapace di fermarsi pur nel momento del dolore fisico senza speranza.

Il contributo di lei alla teoria degli interessi legittimi nel diritto privato apparve sulla fine degli anni sessanta. Anche in questo caso gli spunti sul controllo dei poteri privati e sul ruolo delle direttive della correttezza e della buona fede oggettiva ebbero con il tempo riconoscimenti molteplici e perfino sviluppi effettivi nel diritto applicato.

Fu diretta soprattutto al vasto territorio che restava da esplorare — in direzioni sempre nuove e molteplici — l'invitante indicazione che, come volle riconoscere la stessa autrice alla vigilia della sua scomparsa, nasceva da quella prima ricerca. Nell'arco della quale fu già costante l'esigenza di unire il momento della revisione critica dei concetti tradizionali alla proposta di regole operative inedite: nella ricostruzione di un sistema ancor più rigoroso proprio in quanto più ricco e in quanto più aperto alla difesa di tutte le sue (prima non viste) potenzialità ([94]).

Non era ancora ben percepibile in quegli anni un ripensamento della linea distintiva fra le stesse categorie generali della soggettività e dell'oggettività giuridica: sebbene molti aspetti del problema fossero impliciti già nel fondo delle ricerche sulle persone e sui gruppi, sul rapporto tra forma e realtà della persona giuridica, sul riesame della figura del diritto soggettivo e dei limiti nella fase dell'esercizio dei poteri privati, sulla delimitazione della tutela della personalità, sulla varia costruzione degli interessi individuali e collettivi.

Nei tre ultimi decenni del secolo prendeva nuovamente a essere discussa l'immagine del diritto chiuso nei recinti intangibili della sovranità nazionale. Molti erano i fattori — non tutti coerenti fra di loro nei possibili sviluppi — che contribuivano a rendere credibile una tendenza nel passato soltanto auspicata o intuita. Si trattava di fenomeni a tal punto noti, e a tal punto divulgati anche da una vasta letteratura giuridica, che basterà solamente darne un parziale elenco. Si pensi: all'esplodere delle questioni legate alla difesa dell'ambiente; all'individuazione di nuovi beni nel contesto della società dell'informazione; alla discussione imposta dalle scoperte della genetica e dallo sviluppo delle tecnologie con la connessa necessità di riesami-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nare i confini estremi della vita umana e della morte. Nell'area dei rapporti mercantili sarà sufficiente rammentare le analisi sulla libera concorrenza delle fonti giuridiche in un'area ormai priva di barriere. Nel diritto internazionale si assisterà al tentativo, certamente ricco di incognite e tuttora incompiuto, di proclamare il primato dei diritti umani universali, sull'arbitrio degli Stati e dei loro apparati, con responsabilità diretta degli stessi uomini di governo di fronte alle corti di giustizia internazionale per i crimini commessi a danno dei cittadini.

A simili tendenze conflittuali e instabili (tutte documentate nel pensiero giuridico anche con apporti dei cultori del diritto privato) si aggiungerà l'ampia riabilitazione di una filosofia pratica che si farà sempre più insistente nel ridiscutere i confini di quel che è incluso e di quel che è escluso dalla sfera della protezione giuridica: non senza inevitabili linee di scontro con la tendenza a difendere l'identità e l'appartenenza alle più diverse comunità.

L'universalismo mercantile sarà teorizzato insieme con l'universalismo dei diritti fondamentali. Al realismo economico si sovrapporrà l'idealismo del governo mondiale.

Su tutto graverà il sospetto di una semplificazione quasi mitica: come sempre disponibile per le più interessate strumentalizzazioni a vantaggio effettivo dei poteri più forti.

La ricerca giuridica ebbe nuovamente la tentazione di tenersi in disparte in nome della difesa delle forme. E tuttavia una presenza critica sarà indispensabile, poiché queste dispute tenderanno a darsi — in alcuni luoghi tempestivamente e in Italia fra molte dilazioni e incertezze — una base minima di nuovi principi e di nuove regole.

Senza dubbio quella sfera di condizioni individuali e collettive che tante volte si erano ammantate di un'aura di « diversità » — a sua volta già rivendicata alla stregua di un'istanza di libertà — non sarà riassorbita integralmente nell'uniformazione imperativa del diritto, ma prenderà a essere riconosciuta e difesa con una nuova consapevolezza in merito alle antiche e alle moderne emarginazioni e discriminazioni sociali.

Su questa zona di confine gli studi giuridici non avanzeranno le stesse ambizioni, spesso destinate a prolungarsi in una contesa senza fine, che da sempre affliggono le contese sui valori; eppure sarà quasi impossibile ormai non prendere atto della fragilità delle vecchie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistemazioni, già nel nucleo medesimo delle nozioni di « soggetto » e di « oggetto », di « inclusione » e di « esclusione ». E diverrà allora indispensabile un minimo di criteri orientativi: il giurista sarebbe stato ancora una volta invitato a fissare un disegno coerente con i principi diretti a controllare quei fattori di mutamento e di complessità da cui sono e saranno sempre più dominate le società contemporanee (95).

34. *Problemi al cuore dei sistemi: proprietà, impresa, contratto.*

Negli anni sessanta non furono prevalenti le frammentarie divagazioni sui confini, poiché i problemi sui quali era ancora tempo di riflettere, secondo quella linea di continuità e di discontinuità con le ricerche sul diritto privato moderno che ebbe già prima della seconda guerra alcune chiare manifestazioni, erano posti al cuore dei sistemi giuridici: era ancora la proprietà, nella distinzione sempre più matura rispetto alla figura ormai dominante dell'impresa; e naturalmente era il contratto, quale centro vivissimo e cangiante delle operazioni economiche dei privati (96).

Nel 1960 — e, per una delle tante bizzarrie della cronologia storica, la data sembra quasi pensata ad arte — fu pubblicato quel saggio, destinato a diventare famoso, di un giovane studioso, Stefano Rodotà, che recava il titolo « Note critiche in tema di proprietà ». Si rammenterà che Ugo Natoli consigliò di leggerlo, insieme con gli scritti dello studioso meno giovane e più celebre (Salvatore Pugliatti), in margine al corso pisano dedicato nel 1965 al classico tema (97).

Nell'illustrare le origini della non meno famosa formula costituzionale (art. 42, 2° comma), che era oggetto di colloquio presso il Collegio giuridico pisano, e nel chiedersi se vi fossero e, ove del caso, quali potessero essere i possibili riflessi della tanto discussa clausola sulla struttura stessa del diritto di proprietà privata, era possibile attingere a piene mani dalla ricca esplorazione già compiuta dal giovane studioso; e fu attenuato quel trauma dell'incontro con gli anni trenta e con la scuola di Giuseppe Bottai su cui, come si è anticipato, molti torneranno a meditare più tardi con animo più distaccato (98).

Agli occhi dei giovani lettori, già abituati a un altra forma di letteratura giuridica, parve subito impressionante l'arco dei riferi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti culturali: tutti filtrati da letture che creavano una sorta di ponte ideale con le ricerche degli storici e degli economisti, oltre che con le costruzioni dei giuristi più coinvolti nelle tempeste sociali e politiche del secolo.

Non si era mai dubitato che la ricerca sul diritto privato potesse consentire esplorazioni di grande finezza intellettuale oltre che di notevole incidenza operativa nella giornaliera vita di tutti. Era pure diffusa la convinzione che ci potesse essere sempre una sorta di solidarietà non urlata fra lo studio più minuzioso, utile a dar luce anche alla più rara lite pretorile, e la costruzione dei concetti teorici di più vasto respiro. Nell'uno e nell'altro caso il confronto con gli asciutti (e, appunto per questo, affascinanti) giuristi delle aule pisane (ma anche di tante altre in Italia) era utilissimo. Si sentiva l'esigenza di evitare che il riferimento diretto a una così varia documentazione, nell'appagare la più vasta e la più gratificante libertà di ricerca, si dimostrasse tuttavia incompatibile con quell'immagine quasi ascetica, se non perfino penitenziale, promanante dalla sobria lezione di quei docenti: spesso personalmente coltissimi, ma del tutto alieni dall'inserire le loro passioni stravaganti dentro la trama delle nude argomentazioni offerte all'apprendistato dei più giovani.

Come tutte le ascesi, non sempre ci si accorgeva che anche quella, pur sorretta da un'intonazione etica senza dubbio in sé esemplare, presentava altri rischi; poteva risolversi in una rinuncia rigida: non sempre compensata dai risultati della ricerca, sol per il fatto che questa aveva saputo serbarsi fedele a un metodico e austero silenzio sulle libere e appaganti spigolature culturali del ricercatore. Parzialmente molti lettori delle « note critiche » di Stefano Rodotà si liberarono, allora, per interposta persona: grati che altri avesse avuto il coraggio e il privilegio di scegliere per sé un argomento in relazione al quale, in virtù del respiro stesso degli argomenti trattati e della qualità della documentazione raccolta, si rendeva percepibile l'intera formazione intellettuale dello studioso. Quasi che l'autore volesse inaugurare un nuovo genere letterario. Al quale, come ai bellissimi saggi che pochi mesi prima Pietro Rescigno aveva dedicato a « persona e comunità », la sola qualificazione « giuridica » sarebbe certamente andata assai stretta.

Questa volta la fonte prediletta nello studio della proprietà non fu l'orma in apparenza minima con cui si era tramandata una storia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del dominio privato e collettivo che sembrava ormai perduta. L'attenzione primaria era rivolta ai fenomeni di per sé più imponenti della storia giuridica ultima: ai principi costituzionali, agli *standards* normativi, alle vicende cruciali della conflittualità politica e sociale di questo secolo, alle grandi correnti del pensiero economico. I codici civili e, nella loro cornice le definizioni e le costruzioni concettuali incentrate sulla proprietà privata avevano ancora un rilievo centrale; ma erano diventate parti integranti di una scena molto più ricca: ormai non erano le materie solitarie di un monologo da chiosare all'infinito.

Si notava con chiarezza quel che già qui si è rammentato nel procedere alle brevi escursioni negli anni trenta: il dialogo con i giuristi aveva specialmente come interlocutori quegli interpreti che nel quindicennio postbellico avevano ripreso con altre motivazioni e con altri fondamenti alcune intuizioni sparse nei decenni precedenti; e che ora quelle linee di pensiero avevano rafforzato nel tentativo di istituire un primo nesso fra la legislazione di settore e i principi costituzionali. Come per Ugo Natoli, che ne era diretto allievo, anche per Stefano Rodotà, fu a quel tempo un punto di riferimento obbligato la ricerca di Salvatore Pugliatti, sui diversi statuti di una proprietà ormai declinata anche al genere plurale, che fu pubblicata sei anni prima, sebbene alcuni saggi risalissero al decennio che precedette la guerra, sotto un titolo di per sé eloquente: « la proprietà nel nuovo diritto » (99).

Altre tracce furono portate alla luce. Da un lato, si dette ampio rilievo alle reiterate prese di posizione di Tullio Ascarelli sulle tipologie espresse dall'organizzazione sociale stessa e sui margini di discrezionalità dell'interprete; da un altro, si aderì pienamente alla critica che, come si è rammentato, sempre sulla fine degli anni quaranta e negli anni cinquanta, dapprima Vezio Crisafulli fra i costituzionalisti, e poi Ugo Natoli fra i civilisti, mossero, non da soli ma certamente quasi in solitudine, alla svalutazione della forza normativa della carta costituzionale e alla negazione della sua incidenza sui rapporti fra i privati.

Si trattava di tracce che comportavano entrambe un ampliamento della responsabilità ermeneutica tanto con riguardo all'area degli enunciati che si rendevano pienamente disponibili alle costruzioni degli studiosi del diritto privato quanto con riguardo alla loro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa tessitura lessicale. Anche in questo caso era possibile rifarsi, con un'oculata selezione degli ultimi apporti della letteratura civilistica, a un importante risveglio di attenzione nei confronti delle clausole generali del codice civile, specialmente in relazione agli studi che si erano soffermati sulla distinzione fra la buona fede soggettiva e la buona fede oggettiva, che porranno quest'ultima a confronto con le disposizioni sulla correttezza e che infine si confronteranno con la ricchissima letteratura e l'imponente giurisprudenza già reperibili in Germania. E sappiamo pure che appena due anni prima proprio Ugo Natoli, sulla base di un coordinamento sistematico con la buona fede oggettiva e con la correttezza, aveva affrontato nuovamente l'arduo tema dell'abuso del diritto (sul quale si dovranno ancora rammentare in quest'occasione i moniti contenuti nel saggio che nel 1938 Emilio Betti pubblicò sulla rivista di diritto commerciale) (100).

Ma vi erano altre tracce, più remote e più cariche di ambiguità, delle quali pur sempre si doveva tenere conto nell'affiancare alle clausole generali dei codici civili la direttiva costituzionale espressa in termini di « funzione sociale ». Qui non era possibile fare astrazione da un ordine di problemi che per loro stessa natura esigevano di non isolare la trama dei rapporti tra privati da una qualificazione giuridica nuova, poiché l'accento non era più posto sulla natura di « interesse pubblico » — e dunque direttamente o indirettamente imputabile allo Stato — dei limiti legali esterni (per giunta assai più vecchi dello stesso assolutismo soltanto verbale della formula napoleonica: e già abbiamo visto con quanta fermezza Emilio Betti respingesse alla vigilia del conflitto mondiale tutti i tentativi di trasporre i tradizionali limiti esterni all'interno della struttura del dominio) (101).

Ora era necessario chiedersi, non più sulla base di costruzioni teoriche bensì nel procedere alla lettura di un testo giuridico fondamentale, se potesse darsi un significato autonomo all'istanza costituzionale di « socialità ».

In questa direzione si orientò — non senza una chiara diffidenza nei confronti dell'autoritarismo statale ma con una non meno aperta opzione a tutela delle posizioni inferiori della scala sociale — Ugo Natoli, il quale era sicuramente ispirato dalla piena adesione alle finalità di emancipazione iscritte nell'art. 3, 2° comma, cost.; e nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corso degli anni successivi vincolerà l'analisi delle stesse clausole generali del codice civile (prime fra tutte, la correttezza e la buona fede oggettiva) al rispetto di una generale e primaria istanza di garanzia della dignità umana.

L'interpretazione sistematica a sua volta proposta dal più giovane studioso tendeva a suggerire un esito costruttivo conforme al postulato economico che imponeva di promuovere, secondo i dettami dell'utilitarismo, il « massimo benessere economico collettivo ». L'orientamento ermeneutico al quale Ugo Natoli era più sensibile poteva essere letto, e così avvenne in prevalenza (seppure in chiave assai riduttiva e parzialmente infedele), con riferimento a una rigida opzione laburista o addirittura classista. Questi motivi, mai univoci, erano sicuramente presenti nella carta costituzionale, ma certamente, ove fossero stati considerati del tutto egemoni, avrebbero alla fine ostacolato ogni plurima linea di sviluppo della stessa legislazione sociale (102).

Con il passare degli anni gli interpreti abbandoneranno il terreno, scivoloso, dei limiti, interni o esterni, ai tanti statuti proprietari.

Con totale arditezza costruttiva passeranno a promuovere in via diretta « diritti » che un giorno sarà di moda proclamare « di cittadinanza » proprio per il fatto che sono di tutti e non soltanto, come nel passato, dei cittadini: e perfino con riguardo a problemi (quali la « salute » e l'« ambiente ») diffusi nell'intera collettività, sì da non essere sempre riferibili all'identità di singoli individui. Eppure, ove si eccedesse nell'ignorare le varie origini culturali dei molti frammenti attuali di pensiero, si rischierebbe di precipitare in un vuoto pericoloso. Difetto, questo, certamente non imputabile alla ricca tessitura di quelle analisi: che sembrano ormai lontanissime (103).

Correva l'anno 1956 quando in una famosa prolusione romana già si era parlato dell'urgenza di definire l'« oggetto di una moderna scienza civilistica » e di procedere all' « elaborazione sul piano concettuale di una moderna teoria generale del diritto » fino a « rivedere le... categorie concettuali generali: soggetto, oggetto, situazioni giuridiche, atti giuridici... »: ... « le quali non possono essere valide in termini moderni se non riescono a esprimere compiutamente anche la realtà di quei fenomeni e di quelle situazioni che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituiscono i contrassegni caratteristici di questa epoca ». Questo era il compito non soltanto possibile ma doveroso del cultore del diritto civile: studiare l'imprenditore e l'impresa e tutti i fenomeni che a tali realtà sono legati (azienda, titoli di credito, autonomia patrimoniale e personalità giuridica delle società, attività economica dello Stato e degli enti pubblici, vita e organizzazione dei grandi complessi associativi, produzione di massa, economia di mercato, concorrenza, tutela contro i monopoli, lavoro...) « sotto l'aspetto formale, anziché sotto quello contenutistico, caro ai nostri commercialisti ». L'apporto scientifico autonomo a cui il cultore del diritto civile tentava di dedicare il suo impegno non pretendeva di porsi in competizione, « per identità di punti di vista o per analogia di metodo » con le indagini che i più competenti studiosi del settore del diritto commerciale « hanno condotto con vigile intuito e con indubbio acume ». Voleva, piuttosto, « essere la dimostrazione del modo in cui questo affascinante tema » potesse « sotto il profilo formale, essere inquadrato negli schemi concettuali di una teoria generale », pur nella speranza di « non meritare l'accusa di presunzione eccessiva ». Si trattava, insomma, di « guardare il fenomeno dell'impresa, così come può essere guardato da un civilista, meno sensibile, per definizione, agli aspetti materiali della realtà giuridica, ma più propenso alla schematizzazione formale dei fenomeni che di quella realtà costituiscono il substrato ». Alla base di una tale linea di analisi ricostruttiva, stava l'immagine sistematica della sostituzione storica — segnata dall'unificazione del codice civile e del codice commerciale nel 1942 — di una « dialettica esterna imperniata su di un'antinomia », ove il diritto civile era il diritto comune e il diritto commerciale era il diritto speciale, con una « dialettica interna » al sistema unitario del diritto privato. Quale che fosse il giudizio sulle oscure e affrettate ragioni politiche della fusione dei due codici, un punto ormai era fuori da qualsiasi seria discussione: l'ordinamento giuridico dell'impresa assorbiva « la più gran parte dell'attività economica »; non poteva non essere oggi al centro di un diritto privato che pretenda di essere moderno; « e considerare tale ordinamento come diritto speciale » sarebbe stato « davvero anacronistico e antistorico ». Il « nuovo processo » in cui trovava vivace espressione una tale « dialettica interna » al sistema era rappresentato « dalla contrapposizione tra *proprietà* e *impresa*, l'istituto del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passato e quello dell'avvenire, l'aspetto statico e l'aspetto dinamico dell'attività della persona umana, ma entrambi realtà vive e operanti. Le « situazioni cardine del diritto privato » dovevano essere studiate secondo « questa nuova dinamica ». La dottrina civilistica non poteva e non doveva rimanere estranea, poiché anzi essa era « la più qualificata, per la sua più raffinata preparazione dommatica e per la sua tradizionale tendenza alla teorizzazione, ad elaborare, sul piano formale, questi nuovi dati dell'esperienza giuridica e a inserirli nel quadro di una rigorosa indagine scientifica, depurandoli da quegli elementi materiali, economici, sociologici, o di altra natura, che non hanno peso immediato in una visione formale della realtà giuridica » (104). Insistito era il richiamo all'istanza di « modernità ».

Negli anni del dopoguerra, oltre che sulla proprietà e sull'impresa, anche sul contratto si tornò a meditare. E già si è detto della voce di Giuseppe Osti e della linea di continuità che egli ravvisò nella fisionomia complessiva che, modernizzandosi, la figura aveva assunto in seguito all'intervento dello stato nell'economia. Ancora Stefano Rodotà, nel pieno degli anni sessanta, dedicherà, in maniera coerente con un disegno di ricerca aperto alle trasformazioni delle categorie fondamentali del diritto privato contemporaneo, uno studio monografico notissimo alle fonti d'integrazione degli effetti contrattuali. L'argomento dei controlli alla libertà contrattuale sarà approfondito da una vasta letteratura anche negli anni successivi: fra i primi saggi, sorretti da una diversa linea di ricerca, deve ricordarsi un approfondito contributo critico di Pietro Barcellona (105).

Qui si accennerà — sempre nella linea del costante contrappunto delle continuità e delle discontinuità — a un ulteriore e originalissimo indirizzo di studio.

Intorno alla metà degli anni cinquanta, al centro di un decennio che poteva essere ricostruito anche all'insegna del primato delle trattazioni sul negozio giuridico, e in un tempo nel quale non si erano ancora del tutto sopite le vivacissime polemiche sui valori racchiusi nella difesa del primato della volontà, un corso di lezioni, in due tomi, sul contratto, seguirà in effetti una via diversa, estrosa, pervasa di notazioni argute e del tutto insolite, corredata da una documentazione casistica gustosissima in sé e nella comparazione con vicende simili già sottoposte alle corti francesi e alle corti di *common law*. Anche i materiali di supporto erano sorprendenti: non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripercorrevano la traccia consueta dei riferimenti ai codici con il sostegno dei lavori preparatori oltre che con il tradizionale proemio modellato sulle nozioni essenziali tramandate fin dagli studi sul diritto romano. Si sentiva che lo studioso aveva respirato un'aria cosmopolita (le lezioni furono scritte durante un soggiorno d'insegnamento in Egitto) e che egli aveva una grande passione per le incursioni libere nel passato precodicistico. Quest'opera non seguiva i canoni più tradizionali e più consolidati: nuova era la via della ricerca e nuova era la modalità di esposizione delle ipotesi ricostruttive nonché delle possibili e plurime soluzioni proposte con riguardo alle controversie descritte.

Si parlava espressamente, già nel titolo, di « metodo storico-comparativo e casistico ». In gran parte trascurata o fraintesa in patria — e la stessa sorte subirono anche i molti saggi che prima e dopo furono scritti su argomenti connessi (non destinati, questa volta, a nuovi modelli di lezione e di studio) — un tale esperimento fu conosciuto e discusso ben presto al di fuori dei nostri confini.

Il destino volle così che al civilista più sensibile al confronto con l'universo giuridico di *common law* arridessero, ma per ragioni opposte, riconoscimenti quasi paragonabili a quelli che, anche per via di una grande padronanza della cultura e della lingua tedesca, furono tributati a Emilio Betti da non pochi e illustri docenti in Germania. Eppure c'era fra i due giuristi una palese incompatibilità nelle generali idee ispiratrici e nel metodo: e, a ben vedere, si trattava di un'avversione ben più netta di quella che si manifestò apertamente e clamorosamente nel corso dell'ormai notissima polemica che Emilio Betti ebbe con Giuseppe Stolfi.

Gli ultimi tre decenni del secolo saranno un'orgia « editoriale » di casi; e così dietro il *boom* dei materiali destinati all'insegnamento andrà fatalmente disperdendosi, a causa dell'inevitabile disparità dei testi, quel segnale personalissimo e fin quasi pionieristico, il quale pure seppe dare un'irripetibile impronta unitaria a quei due celebri tomi sul contratto.

Molte aperture della nostra cultura giuridica verso nuove indagini trovarono specialmente e senza dubbio alcuno fra quelle pagine, che non avevano precedenti (nella stessa grafica e perfino nella libera disposizione e connessione fra le parti casistiche e le parti argomentative), incentivi rari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il diritto privato comparato aveva avuto sicuramente anche in Italia, per merito soprattutto di Mario Rotondi, origini illustri che sarebbe grave ignorare. E gli studi del settore avevano trovato alimento, fin dagli anni trenta, sulla pagina di una rivista specializzata: la quale ebbe il pregio incontestato di contribuire a ridurre alcune gravissime lacune informative nazionali.

Eppure ora quel viaggio, in un territorio di per sé così ricco di potenziali scoperte, aveva una nuova e preziosissima mappa di riferimento; che fu talvolta condivisa, talaltra avversata, talvolta integrata, talaltra perfino sostituita, da ulteriori ipotesi e modelli di ricerca. E il quadro appena tracciato sarà arricchito da un alto numero di apporti: a quel tempo certamente imprevedibili.

Sta di fatto che a metà degli anni cinquanta ci furono in quell'importante triplice settore (del contratto, del metodo storico e casistico e della comparazione giuridica) le premesse di una sorta di nuovo inizio: che da tutti, anche dai più critici e dai più perplessi, sarà finalmente, con il passar del tempo, riconosciuto (106).

35. *Nuovi inizi: studi sulla responsabilità civile.*

Gli anni del secondo dopoguerra non furono soltanto dominati dal protrarsi degli scontri ideologici del passato e dalle propagazioni che — in misura più o meno intensa e più o meno sporadica — si manifestarono anche nel confronto fra i cultori del diritto privato non senza conseguenze sulla sopravvalutazione di alcune dispute teoriche di lontana origine. Né furono poste solamente alcune basi generali delle discussioni che si animeranno negli anni sessanta intorno alle categorie della proprietà, dell'impresa e del contratto.

Non si deve trascurare la memoria della tragedia immane — una delle più terribili fra tutte — che aveva segnato la fine della guerra nel Giappone. Direttamente o per riflesso il tema più angoscioso, che si riverberava su tanti altri, traeva alimento, in apparenza senza effetti sulle analisi dei cultori del diritto privato, dalla sperimentazione dell'energia atomica a scopi bellici.

Il problema pervadeva la politica internazionale, era sempre presente nelle discussioni pubbliche o di partito, penetrava nella psicologia collettiva, perfino la vita quotidiana pareva risentirne. La letteratura, il cinema, la stampa, i rapporti fra le grandi potenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nucleari, recavano fortissimi i segni di un simile sentimento diffuso: che spesso si traduceva in una comune cultura dominata da immagini apocalittiche. I giuristi sembravano ancora una volta in disparte; quasi si volesse confermare il preconcetto di una forma di sapere per sua essenza immune dai grandi temi (di speranza o di incubo) che si agitavano nella società civile.

Eppure c'era un settore che non poteva lasciare indifferente l'interprete dell'età atomica: l'area della responsabilità civile.

In Italia si tardò a prendere diffusa coscienza del fatto che questo era uno dei nodi cruciali destinati a imprimere il loro sigillo al diritto privato moderno e contemporaneo.

Tutte le opere che si erano occupate del mutamento e della complessità sociale nei loro riflessi sulla strutture giuridiche — in Francia, in Germania, nei paesi di *common law* — avevano accentuato nel secondo dopoguerra i riferimenti alle grandi metamorfosi dell'intero settore: guardavano alla proprietà, all'impresa e al contratto, e tuttavia mai trascuravano le ricerche sui presupposti dei rimedi nei confronti dei danni in vario modo legati allo sviluppo industriale e tecnologico.

Spesso proprio a quest'ordine di problemi erano state notoriamente dedicate, dalla fine del secolo scorso e ancora negli anni venti e trenta del secolo ventesimo, le descrizioni più vivaci e più divulgate: qui le applicazioni della scienza avevano manifestazioni imponenti, esiti potenzialmente illimitati, benefici e costi di chiarissima percezione collettiva.

Qualcosa incominciò a muoversi finalmente anche in Italia. Si riscoprirono voci preveggenti di insigni studiosi ai quali si fece in tempi lontani non molta attenzione. Nuovi, pur sporadici, saggi alimentarono gradualmente la curiosità, prima, e, poi, l'investigazione più approfondita e più varia.

Nel 1959 fu pubblicato uno scritto, tanto aperto e aggiornato quanto in Italia quasi ignorato, di Cesare Grassetti sulla responsabilità civile per la produzione e l'impiego dell'energia nucleare (107). Erano passati pochi mesi dalla presentazione — il 28 ottobre 1959 — di un progetto di legge governativo. Quattro anni dalla promulgazione in Inghilterra dell'*United Kingdom Atomic Energy Authority Act*.

L'importanza del riferimento a questo specifico comparto della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

responsabilità civile non stava soltanto nell'attualità: nell'incombente memoria del fungo atomico con il suo seguito di distruzione, di morte, e di deformanti piaghe per le generazioni future. Il profilo giuridico che univa tutti qui stava nella fine di tutte le remore nei confronti dei criteri d'imputazione diversi dal dolo e dalla colpa. In presenza di alcune disposizioni che in maniera espressa neppure escludevano la responsabilità nelle ipotesi di « caso fortuito » e di « forza maggiore » ci si interrogava addirittura, già a quel tempo, sul carattere perfino « assoluto », non solamente « oggettivo », della responsabilità.

Due anni prima del provvedimento inglese sull'energia atomica — siamo tornati al 1952 — Gustavo Minervini si confrontava con la letteratura di altri sistemi giuridici e, con l'aiuto di quella documentazione, poneva l'accento, pur nel disinteresse dominante, sul successo degli orientamenti di pensiero che altrove già si erano pronunciati sulla responsabilità senza colpa delle imprese (108).

In questo percorso a ritroso si facevano altri incontri quanto mai ricchi di insegnamenti. Si poteva notare, sebbene spesso si tendesse a negarlo sulla base di una volgarizzazione corrente, che in realtà l'indagine sul tema aveva radici remote e illustri. Proprio agli inizi degli anni quaranta sarebbe stato possibile, perfino in Italia, il rinvio a una trattazione d'insieme racchiusa nelle famose pagine sui delitti e sui quasi-delitti di Giovanni Pacchioni. Si trattava di un filo interessantissimo, certamente non egemone né allora né negli anni successivi, che poteva e doveva essere riannodato in tempi successivi (109).

È largamente noto come di quel pensiero avesse ripreso la trama una monografia giuridica che subito avrebbe dovuto essere annoverata, a pieno titolo, fra le opere destinate a riaprire e a rendere attuali un indirizzo e un metodo di ricerca mai prima sperimentati e in ogni caso da tempo emarginati o sepolti.

Nel 1961 fu pubblicato il volume, intitolato « Rischio e responsabilità oggettiva », di Pietro Trimarchi.

Anche qui furono di grande rilievo le prospettive nuove, tanto centrali quanto laterali. Alla prima lettura i giuristi più aperti furono attratti dall'attenta e approfondita analisi della figura, in Italia mai adeguatamente studiata, del « rischio d'impresa » e ammirarono l'uso precocissimo se non pionieristico di un metodo — l'« analisi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

economica del diritto » — che era in una fase ancora formativa perfino in altri luoghi d'origine.

Chi non fosse mosso da preconcetti ostili doveva riconoscere il fondamento dell'ispirazione generale: la critica alla disattenzione della prevalente cultura giuridica nazionale nei riguardi dei problemi della responsabilità per danni quali erano da tempo sorti e si andavano progressivamente aggravando nella cornice delle moderne società industriali.

La direttiva da seguire era subito trasparente: ci si doveva finalmente opporre a quello « spirito conservatore il quale, anche là dove è costretto a sostituire strumenti superati con strumenti nuovi, preferisce nascondere in qualche modo il mutamento designando questi ultimi ancora con i nomi degli strumenti antichi ». Il bersaglio da colpire era la tendenza — che avrebbe avuto manifestazioni evidentissime ancora nella giurisprudenza degli anni successivi sulla responsabilità per danni nei confronti dei consumatori a causa dei prodotti difettosi — a camuffare sotto la responsabilità per colpa, per il tramite di palesi invenzioni o di rigide presunzioni, una responsabilità in effetti fondata, a causa dell'impossibilità stessa di procedere a sicuri accertamenti in linea di fatto, su criteri di imputazione di natura diversa. Con uno stile sobrio e chiaro, che sarà sempre inseparabile da un'intera linea di ricerca, si rammentava come fosse, questo, « un espediente assai antico. Spesso, nella storia del diritto, quando il giurista, spinto più o meno consapevolmente dalle esigenze economiche o sociali o da un nuovo senso di giustizia, ha introdotto soluzioni nuove, ha cercato di realizzare il nuovo risultato pratico con sistemi processuali, che lasciano apparentemente immutato il sistema di diritto sostanziale » (110).

C'era un'altra indicazione essenziale che fin da quel tempo sarebbe stato assai utile non lasciar cadere, poiché, sebbene fosse soltanto posta quasi fra parentesi, risvegliava l'intelligenza critica dei giuristi sull'effettivo fondamento ideale e politico delle teorie giuridiche. Tale fu l'accento posto sulla superficialità di alcune tendenze che amavano subito dare ai risultati delle analisi giuridiche una definizione politica: quasi sempre nel segno della facile e attraente dicotomia consistente nel contrapporre una lata concezione socialista a una non meno lata concezione liberale.

Notava Pietro Trimarchi (con riferimento esplicito a un citatis-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simo scritto francese, apparso in una seconda edizione nel 1920 e a un non meno celebre saggio tedesco edito nel pieno del conflitto, nel 1941) che il principio della responsabilità per rischio aveva avuto « una elaborazione intesa solo a metterne in evidenza la funzione sociale » (111).

Era interessante osservare come fosse già fermissima la piena intuizione del carattere transtemporale, transnazionale e transdisciplinare di un'intera tradizione di pensiero novecentesco la quale tendeva a discostarsi dall'assolutezza acritica con la quale era tramandata la configurazione strutturale delle fondamentali categorie giuridiche del diritto privato (individuo-possessore sovrano nella sfera dell'economia e del diritto; volontà egemone nella sfera del contratto; imputazione soggettiva della responsabilità civile). Il funzionalismo, arricchito dal qualificativo « sociale » specialmente allo scopo di evitare gli irrigidimenti strutturali dell'anacronistico monismo categoriale del passato (già ristretto al nesso soggettivo ferreo tra la proprietà, la volontà sovrana del titolare, il contratto, la responsabilità), nel campo del risarcimento del danno intendeva renderlo « sopportabile attraverso un'ampia ripartizione di esso fra il pubblico ». L'importanza di questa pur elementare figura d'indubbia « socializzazione » fu qui, come in altri campi, ipervalutata in senso ideologico, e si giunse a scorgere nel principio della responsabilità per rischio « una impronta di socialismo ». Né tutto questo — dopo quel che già stato possibile notare in margine a una gran parte della letteratura degli anni trenta — poteva stupire; non ci fu quasi metamorfosi o trasformazione del diritto privato e critica delle categorie del passato a cui non si aggiungessero, per volontà degli stessi protagonisti o per valutazione dei lettori simpatetici oppure ostili, chiose solidaristiche: di segno democratico, corporativo-fascista o corporativo-cattolico.

Pietro Trimarchi evitava subito ogni possibilità di equivoco. Non si trattava certamente di negare la « funzione sociale » della responsabilità civile. In tal senso era implicita quell'impronta solidale dell'intera problematica da cui infatti sarà complessivamente guidato — con un riferimento testuale all'art. 2 della Costituzione — Stefano Rodotà nel suo studio, non meno famoso, di pochi anni successivo.

Quel che importava era pure di aver chiaro in che cosa fattual-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente, non già nel fumo delle ideologie, qui consistesse in maniera puntuale la funzione: nell'« attribuire all'impresa la sopportazione del rischio ad essa pertinente, quale parte dei suoi costi, in modo da determinare la sopravvivenza delle sole imprese e dei soli metodi di produzione socialmente attivi ».

Si trattava, a ben vedere, di un principio, ora modulato sui problemi della società industriale, che apparteneva per intero alla tradizione del pensiero economico — e non solamente all'ideologia — liberale: ove si consideri che i postulati primari di quella concezione si imperniavano da sempre sull'esigenza di accertare « se e come il funzionamento delle leggi della concorrenza possa determinare un equilibrio giustificato da un punto di vista di economicità generale ».

Era anche palese come fosse questa una delle più elementari manifestazioni (in Italia fra le più incerte e più tardive, sebbene non mancassero segnali significativi già nella disciplina del codice civile in materia di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose) dei riflessi prodotti dai processi di modernizzazione sulle categorie del diritto privato. Avrebbe dovuto essere a tutti noto che « l'esigenza di garantire il risarcimento al danneggiato, attribuendo il danno a chi trae profitto dall'attività nel corso della quale esso si è verificato » sarebbe necessariamente diventata « sempre più viva e convincente con lo sviluppo della grande industria moderna » per via della « serie continua e regolare di incidenti statisticamente prevedibili e connessi con la natura dell'impresa ».

Si trattava — Pietro Trimarchi ne era ben consapevole — di una novità antica o, se si preferisce, di un nuovo inizio per l'insegnamento ufficiale del diritto privato italiano. « La prima legge che chiaramente addossa all'impresa tutto il rischio ad essa pertinente è il *Preussisches Eisenbahngesetz* del 1838 ». Il principio, com'è noto, « trovò poi ampia applicazione nelle numerose leggi sugli infortuni sul lavoro emanate in tutti gli stati moderni fra la fine del secolo e gli inizi del nostro ». Solamente molto più tardi vennero (e assunsero un peso preminente) « lo sviluppo del traffico automobilistico e lo sviluppo sempre maggiore di attività industriali pericolose », fino a quegli impieghi dell'energia nucleare — con riflessi giuridici nel segno di una responsabilità perfino assoluta — da cui ha preso le mosse la memoria breve di questa non dimenticabile lettura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come già Mataja nel lontano 1888, Josserand nel giovanile saggio del 1897 sulla responsabilità per il fatto delle cose inanimate, Pacchioni nel 1940, bisognava, con parafrasi di un noto titolo di James del 1948, « riconsiderare » la responsabilità civile alla luce dell' « impatto » con il fenomeno assicurativo, sulla base dell'assunto elementare, in seguito tante volte ripetuto, secondo cui « l'imprenditore può, meglio di ogni altro, assicurarsi... e distribuire, poi, fra tutti gli oggetti prodotti, il costo totale della loro produzione » (112).

Tutti sanno che i lavori sono ancora in corso. Nella materia della responsabilità del produttore (entro il quadro di un diritto privato dei consumi che a quell'epoca fu soltanto intuito e anticipato da pochi scritti che precorsero la vera e propria esplosione contemporanea), Pietro Trimarchi assolverà anche a un delicato compito legislativo, poiché guiderà l'attuazione della direttiva europea che sarà tradotta in provvedimento normativo sul finire degli anni ottanta.

A distanza di quarant'anni gli studiosi delle generazioni ultime potranno considerare quasi come se fossero scontate quelle idee che un tempo furono da molti trascurate o incomprese. Ma proprio per questo dobbiamo sempre tornare a leggerle; e a capire finalmente con pienezza il senso di una dura e lunga formazione: che seppe unire l'attualità comparativa e interdisciplinare alla storia stessa della nascita di un diritto privato della modernità.

Il giurista di allora, con l'ausilio di una rara e diretta documentazione sulla cultura giuridica europea e nordamericana, contribuì fra i primissimi a divulgare una linea di pensiero e di metodo ben fondata nel tempo e nello spazio ma per molti aspetti anche qui da noi gravemente insolita: così da evitare una volta per tutte l'insidia che si perpetuasse, in un settore fondamentale, l'isolamento delle ricerche giuridiche nazionali nelle materie del diritto privato.

C'è un altro aspetto che proprio mi piacerebbe mai si dimenticasse di quelle pagine. Consiglierei, anche in questo come in tanti altri casi simili, di riaprire il volume facendo attenzione, oltre che all'idea già espressa dal titolo, a un tratto che qui è già stato definito « laterale » ma che in effetti — l'evento è molto più diffuso di quel che non si creda pure nel campo della cultura giuridica — era tutt'altro che marginale e privo d'insegnamenti preziosi per il futuro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pietro Trimarchi era consapevole che i fenomeni macroscopici della grande impresa e della società industriale erano ben lungi dall'esaurire la ricchezza e la varietà dell'esperienza della responsabilità civile.

Non meno rilevanti — e attentamente valutabili secondo parametri misurati sulla colpa effettiva dei soggetti — erano le relazioni legate a quella serie di comportamenti del nostro vivere quotidiano, seguito anche nelle più minute della sue manifestazioni, che Pietro Trimarchi stesso riassumeva, in linea con uno spunto lessicale di Giovanni Pacchioni, nella nozione complessiva di « attività biologica » ([113]).

C'era qui l'idea, solamente in apparenza ovvia, che la responsabilità civile si intrecciava con la vita stessa delle persone e imponeva di soffermarsi, dove tutto questo avesse ancora un senso, sulla condizione reale delle persone del danneggiante e del danneggiato, oltre che sul loro confronto: ossia, sulla valutazione puntuale del contegno del primo in relazione alle circostanze; sul modo più efficiente di riparare il danno ingiusto subito dal secondo. E si trattava di un danno spesso subito direttamente nella salute: non a caso, forse, proprio a Genova, dove Pietro Trimarchi ebbe i primi suoi allievi, per la prima volta il danno sarà definito « biologico » da giuristi e da giudici.

L'aggettivo dall'attività si sposterà sui suoi effetti. Ma non stava soltanto nel riferimento ai protagonisti della vicenda l'importanza di quel nesso indissolubile fra la responsabilità e l'esperienza della vita personale umana al quale si alludeva con una tale nomenclatura.

Fu ancora una volta Pietro Rescigno — in uno studio finemente documentato del 1956, ove si esplorava con largo spettro critico una giurisprudenza tedesca ricchissima di motivi nuovi di riflessione — a interrogarsi sui confini della responsabilità quando il danno fosse la conseguenza della procreazione di un bambino affetto da malattie gravi ereditate dai genitori consapevoli delle loro tare. Ancor oggi quel saggio è, in Italia, il punto indispensabile di avvio dal quale muoveranno con maggiore o con minore consapevolezza tutte le ricerche e tutte le decisioni che sono andate moltiplicandosi negli anni (a causa dell'intreccio con la vasta e notoria serie di problemi che in maniera costante prima graduale e poi più rapida si sono accumulati intorno alla vita prenatale, all'aborto, alla condizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica degli embrioni creati *in vitro*, alla responsabilità medica la quale comporti danni irreversibili per il nascituro in relazione a comportamenti negligenti, imprudenti o frutto di imperizia nei confronti del bambino non ancora venuto alla luce).

Il danno da procreazione ci dimostrava che la responsabilità civile — come l'intero diritto privato, anzi come il diritto stesso, del quale segnalava uno degli aspetti più universalmente coinvolgenti — poteva svariare dai problemi connessi agli impieghi dell'energia nucleare (ossia dalle questioni che davano l'impronta con il loro peso immane a una fase intera della storia) a quei gesti quotidiani elementari che già il vecchio manuale poneva alla base della percezione viva del diritto. In mezzo erano, ancor ieri seppur in maniera diversa dall'oggi, drammi umani, solitari o collettivi, della più difforme entità e natura (114).

A volte erano fatti che sembravano appartenere, con maggiore o con minore clamore, soprattutto al costume e alla cronaca. Non era detto che di tutti fosse dato percepire sempre un aspetto giuridico. Non di rado, anche quando finalmente quegli eventi prendevano a essere studiati dai giuristi, si trattava di memorie ormai sbiadite. Residuava soltanto la stilizzata superficie, indispensabile per dare al discorso dell'interprete stringatezza e incisività.

Erano vicende che sembravano star là a testimoniare il nesso, sia pure temporalmente sfasato, fra la cultura giuridica del diritto privato e molti episodi che assursero al rango dell'informazione divulgata dai canali della comunicazione popolare.

Questa circolazione culturale, che forse avrebbe potuto contribuire a un'attenuazione dell'isolamento degli studi giuridici, spesso restò quasi sulla soglia, a differenza di quel che comunemente soleva capitare nelle aree che più immediatamente coinvolgevano le scelte politiche e le passioni pubbliche (il diritto costituzionale, il diritto penale, certi settori del diritto dell'impresa e delle società). Eppure, tante volte ebbe di per sé un rilievo indubbio; che tuttavia fu in genere pudicamente sottaciuto quasi per timore di contaminare la purezza dell'analisi.

4 maggio 1949, ore 17.10. In una cupa giornata che negava la primavera, si fracassava contro il campanile della Basilica di Superga l'aereo che riportava in Italia dal Portogallo l'intera mitica squadra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di calcio del Torino, annientata nel tragico incidente. La commozione collettiva fu enorme.

Mi accadde di partecipare ai giochi infantili che ancora negli anni successivi ebbero come protagonisti quei campioni perduti (le figurine di Bacigalupo, di Mazzola e degli altri eroi sportivi volteggiavano lente dal davanzale della finestra sul pavimento e prevalevano sulle figurine del giocatore nostro amico se riuscivano a sovrapporsi su quelle almeno in parte).

Per una delle tante bizzarre combinazioni della vita, avverrà che un nuovo e diversissimo incontro con quel ricordo infantile sempre più annebbiato avrà di nuovo come scenario gli studi sul diritto privato nella facoltà universitaria pisana.

Nel « caso Superga » furono coinvolti grandi principi del foro. Fra questi, Rosario Nicolò già lo incontrammo a Pisa, impegnato a dissentire da un'incontrollata codificazione di principi e a controproporne semmai pochissimi ispirati a un'istanza di aggiornamento razionale a cui quel giurista attivamente contribuì nella fase di redazione definitiva del codice vigente. E poi lo ritrovammo a Roma in quella lezione sulla necessità di dare forma giuridica ai contenuti di una modernità tutta dominata dal fenomeno dell'impresa. Ora il cultore del diritto privato nella sua veste professionale era chiamato a patrocinare, contro la colpevole compagnia di navigazione area, le ragioni dell'associazione calcistica che nel disastro aveva perduto tutti i suoi giocatori. Bisognava chiedersi — tale è pur sempre il freddo compito del giurista — quale diritto fosse stato leso, poiché questa era la necessaria premessa che consentiva di qualificare il danno come « ingiusto » (art. 2043) così da legittimare la domanda di risarcimento. I grandi atleti scomparsi furono già vincolati dietro corrispettivo a prestare la loro preziosa attività a vantaggio dell'associazione calcio Torino: che vantava nei loro confronti un diritto di credito. Questo credito era stato vanificato dalla tragedia, né era surrogabile, poiché quelle prestazioni erano uniche, come ben sapevano i tanti tifosi di quella mitica squadra. I giuristi erano costretti, dalle croci del loro pur prezioso mestiere, a porsi altre domande. Poteva un credito essere risarcibile quando la lesione non era frutto, secondo quel che da sempre normalmente accade, dell'inadempimento del debitore, ma derivava dal fatto illecito del terzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(in questa circostanza dal comportamento imputabile agli errori dei piloti della compagnia di navigazione aerea)?

« La lesione del credito da parte di terzi » questo fu il titolo del volume che — nella scia del « caso Superga » e in un tempo in cui i giudici di legittimità si pronunciarono negativamente nei confronti delle pretese del principe del foro — Francesco Donato Busnelli pubblicò, verso la metà degli anni sessanta, nella collana, diretta da Ugo Natoli, della facoltà giuridica pisana (115).

Con il tempo diventerà quasi manierata, nel campo degli studi sulla responsabilità, la metafora della frontiera: un'immagine che i giuristi tenderanno a spostare ora in questo ora in quello dei loro settori d'investigazione, poiché dovranno comprendere, nell'avanzare del secolo, che è quasi impossibile tener dietro al numero degli eventi estranei alle certezze di una volta. Con un cambio consonantico, che esprimeva anche le diverse sensibilità al tema, le frontiere, dapprima nuove, saranno viste come mobili e come nobili. Altre metafore si affermeranno (parabola; commedia). Certo è che tutti dovranno prendere atto della perdita della graniticità indiscussa del secolo scorso non solamente dal lato del criterio di imputazione — colpa o rischio — gravante su chi il danno aveva commesso (già si è detto in tal senso dell'importanza storica, nella nostra letteratura postbellica della monografia di Pietro Trimarchi) ma anche dal lato della selezione dei danni risarcibili subiti dalla vittima: il filtro non era più il diritto soggettivo assoluto modellato sull'idea di un dominio individuale di natura possessiva (116).

Le idee di Francesco Donato Busnelli furono testualmente riprese in alcuni passi delle decisioni stesse dei giudici di legittimità dopo alcuni anni (in margine a un caso che, per la curiosità della sorte, ancora vide protagonista il Torino e una sua famosissima « ala sinistra » uccisa in un incidente automobilistico). Quel che più contava — al di là della vivace discussione critica intorno alle opinioni sul tema specifico del risarcimento del danno per lesione del credito (fra gli interlocutori, in tempi e in modi diversi, fu possibile annoverare, oltre a Pietro Trimarchi, Arturo Carlo Jemolo) — era l'apertura nuova sull'« ingiustizia » del danno: un tema al quale già erano stati offerti contributi esemplari già nel 1960 da Piero Schlesinger e da Rodolfo Sacco (ancor prima, tanto con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguardo alla nozione stessa dell'« illecito civile » e al « danno morale », da Renato Scognamiglio).

Anche Francesco Donato Busnelli dette il suo apporto — il riconoscimento è unanime — a quel « nuovo inizio » delle ricerche in materia di responsabilità civile. Altri più giovani e valentissimi cultori, con ricchissima documentazione e con vasto respiro nell'uso dei metodi dell'analisi economica e della comparazione, proseguiranno il cammino nei decenni successivi.

Alla vigilia della guerra, com'è narrato da tutte le memorie della famiglia degli studiosi del diritto privato italico, Salvatore Pugliatti aveva dato a tre dei suoi allievi altrettanti terribili argomenti di tesi che di lì a poco si trasformeranno in volumi: il soggetto a Angelo Falzea; il diritto soggettivo a Ugo Natoli; l'atto a Vincenzo Michele Trimarchi.

Nel rileggere le pagine di Francesco Donato Busnelli era percepibile — non diversamente da quel che accadeva nel rileggere le pagine di Lina Bigliazzi Geri sull'interesse legittimo nel diritto privato — la premessa dell'ulteriore cammino compiuto: ora che si trattava di porre a confronto, nello svolgere il tema assegnato, lo schema generale del diritto soggettivo con gli interessi giuridicamente protetti e con i modi della rilevanza giuridica (il che è quanto dire con il fondamento e con i limiti della tutela). Era il confronto attento con la critica delle forme giuridiche tradizionali, la cura cartesiana nel confrontarsi con l'ossatura ancora indispensabile di una tradizione di pensiero radicata in un sistema, anche l'attenzione per il problema che l'attualità clamorosamente poneva davanti agli occhi di tutti e insieme la ricerca di un regola da proporre, limpida e argomentata. La fatica compiuta aspirava a essere comprensibile dalla comunità dei giuristi dotti e mirava a un successo, come in effetti tante volte accadde, nella pratica quotidiana del diritto.

Ugo Natoli, pur nel ripudio degli eccessi a cui egli dovette assistere nel soggiorno di studi imposto dal diritto soggettivo, aveva una formazione messinese-tedesca, assai temperata dal contatto con la giurisprudenza e dalla passione, quasi sempre delusa, delle idee (in alcune pagine si sentiva anche, molte volte con chiari dissensi concettuali, la lettura dei giuristi francesi).

L'allievo nato a Friburgo aveva e ha a sua volta uno stile franco-svizzero che si compone modernamente con la formazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cattolica. Dati, questi, notissimi nell'ambiente; e sui quali è superfluo insistere. Eppure c'era un aspetto che molti biografi non potevano conoscere: già in qualità di giovane assistente, egli sapeva porsi con paritaria naturalezza al fianco degli spauriti laureandi come me; aiutava a darsi uno stile trasparente; a trovare la risposta essenziale al problema più intricato. Non erano apporti trascurabili: soprattutto ove siano confrontati con tempi in cui i dialoghi furono o si fecero sempre più difficili. Eppure direi che il suo tratto più importante era come sempre non del tutto definibile; se non dicendo che aiutava tutti a sentirsi meno indifesi e meno soli: anche al di fuori delle biblioteche austere (117).

Non ci fu soltanto il « caso Superga ». Ci fu in altri anni — nei quali i giuristi si sentirono spinti a interrogarsi su di un mestiere che spesso sembrava costretto a riprodurre in maniera automatica, con il rischio di accentuarle in maniera acritica, regole che si perpetuavano automaticamente — il « caso Gennarino » (118).

Di nuovo eravamo nell'area caldissima della responsabilità civile. Qui non si trattava di una tragedia collettiva che avesse colpito con forza l'opinione pubblica. L'episodio era doloroso ma confuso nell'anonimato dei tanti incidenti della vita quotidiana. A trarlo dall'oblio fu, ancora una volta, la valutazione giuridica del fatto (119).

L'osservatorio pisano ora si intrecciava con quello genovese. Sarà questo uno dei momenti di un dialogo che ebbe innumerevoli altre manifestazioni: sarebbe impossibile dimenticarle tanto contribuirono a risvegliare negli allievi pisani, grandi amici e ammiratori dei genovesi, il gusto per le indagini a vasto raggio e per un approfondimento dello spettro intero dei più documentati e dei più aggiornati metodi di ricerca.

Una giurista di Pisa — di Ugo Natoli ancora un'allieva il cui nome già abbiamo incontrato nell'interrogarci sui « lunghi cammini » variamente non finiti — noterà che, nel risarcire il giovanissimo Gennarino, nullatenente e nullafacente, il quale per effetto dell'incidente aveva subito una gravissima invalidità permanente, i giudici presero come parametro il mestiere di manovale del padre e, sulla base della presunzione secondo cui in una società come la nostra se si è figli di manovali si tenderà a fare i manovali, risarcirono Gennarino come se fosse un manovale (120).

Nel collaborare a una ricerca di gruppo, a sua volta inserita in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una collana diretta da Pietro Rescigno, a cui presero parte anche giovani studiosi provenienti da altre sedi universitarie, l'argomento fu studiato nella cornice del rilievo attribuito al diritto dell'individuo alla salute nel quadro dei rapporti privati. Nacque così — sulla scia di un saggio pubblicato in quel volume da Francesco Donato Busnelli — l'idea che il danno all'integrità psico-fisica della persona debba essere risarcito indipendentemente dal reddito che la persona produca o sia in grado di produrre: secondo parametri rispettosi di una parità di trattamento adeguata alle peculiarità del soggetto e alle circostanze del fatto.

Incominciava così — e la notorietà delle vicende è tale dal dispensare da ulteriori notazioni — una nuova ricca e varia storia, ancora in corso, con tutto il suo seguito, di consensi, di dubbi e di polemiche: la vicenda del fondamento, dei criteri e dei limiti della risarcibilità del danno biologico ovvero del danno alla salute e alla persona ([121]).

VI. Cronache di fine secolo

36. *Incontri fra docenti.*

Prima che la tempesta delle lotte studentesche lo relegasse nella memoria dell'accademia di una volta, il genere letterario della prolusione ai corsi universitari ebbe, come risulta dalle cronache qui parzialmente rievocate, una fioritura notevolissima; e celebrò i suoi fasti fino a una quasi repentina e tacita autosoppressione. Fu sul finire degli anni sessanta. Una testimonianza, così, bruscamente si interruppe. La ricerca sul pensiero giuridico dovrà ricorrere in seguito ad altri segnali. Al tempo stesso quel che ci fu prima del silenzio dev'essere di nuovo interrogato. Di prolusione in prolusione si potrebbero, infatti, rintracciare molti segni impressi dai tempi sulle idee dei cultori del diritto.

L'occasione fu spesso sfruttata a dovere: penso sia stato possibile ben dimostrarlo sulla base dei limitatissimi esempi (prospettive del diritto del futuro, problemi di metodo e d'interpretazione, divagazioni sui compiti e sui confini disciplinari, riesame del diritto o dei diritti della personalità, tutela dei consumatori, nel quadro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della concorrenza e del mercato, revisione di vecchie categorie e sistemazione delle nuove nella dialettica interna al sistema fra gli istituti statici del passato — la proprietà — e gli istituti dinamici del futuro, l'impresa) di nuovo riprodotti fra queste pagine fra i tanti possibili. Ecco, quasi dovunque, un'aria di libertà e un'esigenza di comunicazione che altrove si evitava con tanto paludato timore di sperimentare. Ricerche in corso, anche ardite e innovative, erano consegnate a un uditorio nel quale i cultori della materia si mischiavano con i colleghi di altri settori di studio, con i professionisti, con gli studenti, con i curiosi: proprio come ci narrarono i nonni quando ci parlavano delle signore eleganti che nelle aule allora sufficienti a dare ampia accoglienza ai più diversi ascoltatori ascoltavano il luminare che pontificava dalla cattedra.

Né si poteva confondere il genere con la solita conferenza dell'oratore pur colto e brillante. I convegni più o meno vasti e più o meno solenni, le tavole rotonde, gli inviti a tenere lezioni presso altri atenei si moltiplicheranno anzi fino a raggiungere un'entità ingovernabile anche dal più aggiornato e dal più onnivoro dei partecipanti. E sarà una moltiplicazione del tutto in linea con molte altre concorrenti (delle riviste, delle collane, delle opere divulgative): tutte al tempo stesso indispensabili e insufficienti nel dar conto della ricchissima congerie delle notizie.

Nella prolusione ormai perduta c'era qualcosa di diverso. Si trattava di un momento di sospensione quasi rituale: fra il passato di chi era stato condotto in quel luogo dai suoi stessi studi e il futuro di chi nel medesimo tempo si accingeva, spesso con altri colleghi e con nuovi allievi, a tradurre nell'insegnamento i risultati delle sue analisi; e altre ancora aspirava a progettare. Per questi motivi la prolusione aveva, dietro la solennità e la pompa della tradizione (l'una e l'altra percepite ormai come del tutto anacronistiche: ma lo stile era già inevitabilmente cambiato), una trasparenza confessoria insolita: il dotto senz'anima — o tale giudicato ingenerosamente — gettava la maschera, si raccontava, per comunicare il suo arduo pensiero a tutti si documentava anche in altri campi con liberatorio dilettantismo, immergeva i tempi stessi, anche dolorosi e tormentati, della sua vita nel ritmo di una cronaca che veniva dalla strada e che (non c'era verso) si faceva sentire, anche chiassosa, invadente e volgare, fin dentro la magnitudine dell'aula.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con le parrucche e con le toghe saranno infine gettate nel macero anche le prolusioni. Ma l'isolamento e il silenzio dei docenti non saranno surrogati — né a quel tempo v'era chi potesse prevedere con tanto pessimismo l'ulteriore degradazione — da veri spazi di comunicazione più autentica più diretta e più innovativa, pur nel moltiplicarsi delle vie di confessione elettronica. Forse gli stessi studenti di allora, nel confronto inevitabile con le promesse deluse, analizzerebbero con altre percezioni quelle rare tracce di libertà comunicativa che, per uno dei tanti paradossi della storia, proprio la solenne tradizione accademica, con tutte le sue muffe grottesche, preservava dal chiuso anonimato degli incontri occasionali, frettolosi e dispersivi (122).

Il confronto fra gli studiosi del diritto civile sarà in seguito nella stragrande maggioranza dei casi affidato, quando si usciva dal recinto dei rapporti interni a una locale trasmissione del sapere (fra colleghi o con gli allievi), a un dialogo indiretto e a distanza, la cui sede era spesso, ieri come oggi, nel corpo minuto delle note a piè di pagina.

Spesso si trattava di scambi di idee notoriamente anche assai vivaci, poiché non sempre erano improntati a una stretta esigenza di documentazione, ma — come si è visto nel corso del racconto — avevano innanzi tutto un piglio antagonistico e polemico. Questa ricchezza plurima di voci spesso conflittuali era quasi sempre iscritta nella contemporaneità degli interlocutori. Le idee del passato o erano ormai consacrate o erano abbandonate. Quando erano scoperte per la prima volta — si trattava di un caso assai raro — da investigatori solerti erano rivissute quale curiosa anticipazione di idee nuove: che a loro volta erano assunte come prevalenti.

Immersi nel vivo di una discussione che sempre si rinnovava anche quando il contraddittore non era presente, gli studiosi avevano poche occasioni di prendere le distanze da sé stessi e di interrogarsi insieme sul risultato complessivo di quel dispersivo magma di molteplici confronti: singolari o comunque interni all'itinerario di ogni personale ricerca.

Sarebbe stata necessaria una mente storica *super partes*. E questa ogni tanto avrebbe dovuto tessere la tela, accorpando i frammenti in modo che i chiari e gli scuri si componessero in una trama comples-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siva corredata di ricche informazioni sullo stadio raggiunto nei vari comparti della cultura giuridica.

Di tanto in tanto i giuristi — non tutti purtroppo, sicché inevitabili erano nuovamente i laceranti contrasti — si offrivano come demiurghi di sé stessi e guardavano all'opera che si era andata stratificando dietro di loro con il passare degli anni.

Ogni studioso si faceva così testimone di una tessera almeno di quel mosaico. E, ancora una volta, la testimonianza, anche quand'era formulata in un linguaggio per iniziati, avrebbe voluto tentare di evadere dalla specificità del discorso disciplinare. Quasi sempre tradiva la presenza di uno sfondo temporale oggettivo, del quale solamente ora, a fatti compiuti, si voleva dare una valutazione meno incerta. Spesso le dispute furono infatti alimentate anche da vicende sociali allora incompiute: delle quali non tutti seppero prevedere l'esito. Il frammento personale era pure illuminato — come si è più volte visto — da incontri, da aneddoti, da memorie della sede in cui si lavorava, ovvero da un rapporto discontinuo, spesso temporalmente sfasato, con la cronaca mondana o politica. Comparivano sulla scena anche i sentimenti che rimasero chiusi in sé per pudore o per timore; o le idee già confidate all'amico e mai scritte. Gradualmente l'affresco avrebbe potuto così farsi completo. Ma le meditazioni a ritroso, per tante ragioni restavano rarissime. Solamente con un apporto corale avrebbe potuto ricostruirsi, per approssimazione, l'azione reciproca fra le tante culture di una società e il pensiero di chi studiava un ramo del diritto ([123]).

Accadde così che i giuristi sentissero il bisogno di fare il punto. Talvolta, condizionati dalle pressioni contingenti (che deformavano inevitabilmente il giudizio) riflettevano sul cammino fra tanti contrasti compiuto. A sollecitarli poteva ben essere anche una speranza di rinnovamento (limitata in tal caso a settori che ambivano di porsi all'avanguardia) ovvero, forse più spesso, un senso (vivo in molti, questa volta) di spaesamento e di sfiducia, al quale si mischiavano nostalgie o persuasioni conservatrici.

Alla prima ispirazione si è accennato di sfuggita ([124]).

Converrà ora dedicare qualche nota — anche in considerazione dell'ampiezza che a volte assunse il progetto di una comune riflessione — alla seconda.

Era l'anno 1981, nei giorni dal 3 all'8 novembre. A Messina e a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Taormina fu indetto un grande convegno nel quale i giuristi di ogni settore di ricerca furono chiamati a interrogarsi su mezzo secolo di studi giuridici (e anche di leggi, di decisioni delle corti): « Cinquanta anni di esperienza giuridica » (125).

Nell'introduzione generale Angelo Falzea mise subito in campo le ragioni che i promotori assegnavano a quel colloquio. « Studiosi e operatori giuridici vivono in prima persona, dall'interno della realtà giuridica, le grandi aporie del nostro tempo, provocate dalla catastrofe dei valori epocali che avevano sorretto e guidato.... la vita sociale fino ai primi decenni del secolo ». I giuristi si sentivano chiamati a una ricerca di nuovi valori: ma era un'esplorazione « incompiuta e tormentata ».

Era ripresa, qui, un'immagine che, come altrove si è osservato, era stata disegnata con incisività non minore da un altro protagonista della tradizione giuridica di Messina. « In questo tempo... sono ormai senza forza gli ideali di prima e non hanno ancora preso forza gli ideali che debbono sostituirli ». La sintesi di quel pensiero fu già molto efficace quando si trattò di procedere alla descrizione dell'anima meticcia del codice civile del 1942 (si rammentino di nuovo le voci scritte da Rosario Nicolò negli anni sessanta). Quel sistema, a parte i mai sopiti sospetti d'inquinamento politico effimero, non poteva avere il successo che ebbero i suoi illustri antenati del passato, poiché era sospeso fra la memoria dei modelli ottocenteschi e una modernizzazione spesso innegabile ma quasi indecisa e a tratti perfino ambigua: con la quale interferivano alcune isolate riabilitazioni di antiche figure precodicistiche, già demolite dall'assolutismo legalistico della rivoluzione francese.

A distanza di quasi un quarantennio — e nel corrispondente approssimarsi della fine del secolo — a questa ribadita consapevolezza, tutta dominata ancora dal sentimento di una transizione che non si risolveva, si univa la riflessione sulla discontinuità e sulla continuità dell'esperienza giuridica che dagli anni trenta giungeva ormai a lambire il ventunesimo secolo.

Alle figure della continuità e della discontinuità erano qui associati due campi distinti a cui spettava un primo compito di chiarimento: la discontinuità era propria « dei contenuti culturali »; la continuità era propria « dei valori... del vivere civile ».

A prima vista il riferimento ai valori sembrava costringere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'analisi della discontinuità e della continuità entro un dualismo bloccato: da un lato, i contenuti culturali che variano; da un altro, i valori, « superiori e immutabili ». Ma questa era soltanto un'apparenza. Nasceva da un bisogno di stabilità e di radicamento che si voleva a tutti i costi contrapporre alla sensazione collettiva e individuale di mancanza di orientamento.

Era la conseguenza di uno stato di fatto così implacabile, e così rapido e cangiante, da travolgere, almeno in superficie, perfino la fiducia in quegli ultimi fabbricatori laici di quotidiane certezze che ci si illuse fossero i giuristi. La continuità non era qualcosa che si dava per sé: si imponeva come problema di fronte al manifestarsi del mutamento con modalità inafferrabili.

L'interrogazione che riassumeva ogni altra domanda era la seguente: che cos'era questo tempo segnato, anche nel diritto privato, dalla metamorfosi dei valori fondamentali della società?

L'elemento fattuale primario da indagare si riferiva ora alla trasformazione di cui si assumeva l'evidenza. Questo fattore non discutibile imprimeva per forza di cose al tempo giuridico l'impronta costante di un quesito che inaugurava altri quesiti a catena.

Il tempo giuridico era ormai qualificabile — anche per lo studioso che più fermamente credesse nella responsabilità dell'interprete — come un « tempo problematico ». Non era mai stato, per la verità, a onta delle più enfatiche perorazioni, il tempo della giustizia dispiegata o prossima, così come non era mai stato, anche quando la scienza giuridica autocelebrò nel passato l'altezza esemplare dei suoi modelli, il tempo delle certezze. Ma fu senza dubbio da vecchia data — sebbene una tale consapevolezza si annunciasse come specialmente grave fin dall'esordio degli ultimi due decenni del secolo ventesimo — un « tempo critico ».

Una tale consapevolezza ne presupponeva un'altra non meno netta. Che il sotto-sistema del diritto — da equipararsi al linguaggio quale struttura istituzionale originaria di ogni formazione sociale tra uomini — fosse un'articolazione interna rispetto a una complessità « sistemica »: quale stigma ormai canonico di una delle più diffuse teorie intorno all'assetto caratteristico delle società moderne. I problemi e i tentativi di soluzione definivano la « cultura » e lo « stile di vita » di un gruppo sociale: qui stava l'apporto specifico della cultura giuridica alla cultura complessiva di una società.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chi scriveva le pagine di quell'introduzione al convegno messinese del 1981 svilupperà nei due decenni successivi lo studio del diritto quale sistema culturale primario. Ma in quei giorni, da lui per primo, non era nascosta la sensazione che quel « tempo critico » fosse minato alla radice dall'incombente « tragedia dell'irrazionalità »; e che fosse aumentato correlativamente il peso della responsabilità gravante sul sistema giuridico nel suo complesso. L'autoriflessione dei giuristi diventava ancor più ardua e doveva farsi carico doverosamente, in maniera rinnovata, dei due fondamentali principi ispiratori di ogni ricerca: « il principio che la realtà del mondo dato è una realtà globale »; il principio che « la realtà del mondo dato è una realtà in divenire ».

Il riferimento a un mezzo secolo di esperienza giuridica costringeva, d'altra parte, a interrogarsi su di un punto di partenza cronologicamente anteriore alla costituzione repubblicana. E la prima notazione quasi intuitiva si riferiva alla trasparenza, « negli anni trenta del ventesimo secolo, pur nella deviazione autoritaria, dei segni di una mutazione culturale » che all'organizzatore del convegno appariva a quell'epoca « ancora incompiuta ».

A conferma della molteplicità di letture che la storia del pensiero giuridico rendeva possibili, in quella stessa ipotesi ricostruttiva gli anni trenta erano però rievocati — secondo un'immagine diversa da quelle proposta in queste pagine — come anni in tutto dominati dal formalismo giuridico; e in tal senso come anni segnati da una netta discontinuità con l'« antiformalismo di oggi » (ossia, è bene non dimenticarlo, dell'autunno del 1981).

Un primo « ordine di motivazioni » dell'indirizzo attuale era ravvisato: nello scarto delle vecchie leggi con i principi costituzionali, oltre che con le trasformazioni che andavano maturando nella società; nell'attenzione pragmatica al pensiero giuridico anglo-americano; nelle innovazioni derivanti dalla « dimensione comunitaria » e dall'infittirsi dei rapporti commerciali transnazionali.

Un secondo ordine di motivazioni, che era considerato « più inquietante », si riferiva alla forza di pressione degli interessi di parte con il conseguente grave sacrificio « di quegli interessi sociali che per la loro natura non si prestavano a generare organismi sociali a forte aggregazione, capaci di imporli alla lotta per il diritto: disoccupati, consumatori, utenti di pubblici servizi... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'ipotesi critica principale si riferiva a una duplicità di ere dell'atteggiamento antiformalistico.

In un primo tempo, quando si trattava « di dare sostanza reale ai principi ideali della Costituzione » dovettero ascriversi a suo credito « le lunghe e in gran parte vincenti battaglie per l'emancipazione dei lavoratori, l'affermazione della libertà civile, l'eguaglianza dei sessi, la dignità familiare della donna ». In un secondo tempo, c'era stata la degenerazione della lotta per il diritto « in rissa per l'accaparramento e la spartizione del potere », la « strumentalizzazione delle competenze istituzionali », lo « straripamento » delle funzioni pubbliche. Una volta caduto, senza remore apparenti, l'argine costituito dal « rispetto della legalità », anche « il sistema culturale del diritto » era destinato a corrompersi.

E così, quell'introduzione, che avrebbe dovuto guardare soprattutto ai cinquant'anni dell'esperienza giuridica trascorsa, si concludeva con un appello, imposto dai duri moniti di un inviso presente, alla « restaurazione della legalità ». La contemplazione sconfortata di quel che accadeva all'alba degli anni ottanta e l'accentuarsi (proprio nella regione del convegno) della criminalità mafiosa anticipavano di un decennio i traumi politici o giudiziari, che si presagivano prima o poi come inevitabili, i quali notoriamente si produssero, pur in un contesto mondiale radicalmente diverso, nei primi anni novanta.

L'urgenza negativa dei fatti — e il timore di contribuire a rafforzare lo sprezzo nei confronti del principio di legalità — inducevano forse a sopravvalutare, tanto in senso affermativo quanto in senso negativo, le potenzialità degli atteggiamenti culturali dei giuristi che amavano brandire, non senza schematismi eccessivi, le opposte bandiere del formalismo e dell'antiformalismo. Non a caso fu possibile rifarsi proprio a una pagina scritta ancora negli anni trenta da Salvatore Pugliatti allo scopo di riaffermare che ogni netta quanto semplicistica antitesi era destinata a dimidiare artificiosamente la peculiare unità del fenomeno giuridico: quale fu definito, nel 1935, in un passo — tante volte imitato — dell'*Esecuzione forzata*: « fatto storico-sociale giuridicamente qualificato » (126).

Anche nelle pagine espressamente dedicate da Rosario Nicolò all'esperienza del diritto civile si faceva un puntuale riferimento agli anni trenta. E di nuovo soprattutto si metteva in rilievo lo sforzo dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuristi nel « tentare, attraverso l'ausilio del metodo formalistico, di ricucire le smagliature che nel sistema aveva aperto la legislazione speciale, la quale molto spesso dava veste giuridica agli interventi dello Stato nell'economia, resi indispensabili dai nuovi tempi » (127). Era dunque riaffermata, a distanza di circa quarant'anni dal convegno giuridico sui principi del sistema giuridico fascista e di quasi vent'anni dalla voce enciclopedica dello stesso Nicolò sul codice civile, l'altra notissima notazione di Salvatore Pugliatti a cui tante volte anche qui si è fatto riferimento: la trincea formalistica opposta all'invadenza declamatoria e sgrammaticata dei politici di professione.

Quella comune testimonianza, agli occhi dell'allievo, non sembrava per nulla affievolirsi. Eppure insieme traspariva, quasi fra le righe, qualche ulteriore spunto. Non poteva farsi a meno di notare che l'investigazione dello stesso Pugliatti sulla pluralità degli statuti della proprietà poteva dirsi già quasi compiuta negli anni trenta: sarà quasi ripubblicata integralmente, tal quale era, negli anni cinquanta.

C'era, fin da quella linea di ricerca precostituzionale, uno sforzo di sistemazione che era condotto tutto all'interno della legislazione speciale; e non si riduceva alla ricucitura esteriore di un sistema tradizionale minacciato. L'immagine riaffermata della « barriera formale ai tentativi eversivi del regime » rischiava così di negare proprio gli aspetti di novità di quella stessa ricerca e si poneva in contraddizione con la proiezione che sicuramente ebbe nella cultura giuridica postbellica. La quale invece notoriamente ci fu e, come s'è visto, ebbe riscontri e sviluppi chiarissimi nella letteratura degli anni sessanta, quali che siano state poi le valutazioni retrospettive su quel diffuso risveglio degli studi dedicati alla proprietà privata.

Una visione monolitica della letteratura degli anni trenta sarebbe stata dunque assai infedele: è stato possibile darne non pochi esempi in queste stesse pagine; e non soltanto nella linea che trasse alimento (come nuovamente Rosario Nicolò ricordava) dal « lucidissimo saggio » nel quale Filippo Vassalli, già alla fine del primo conflitto mondiale, aveva constatato che la legislazione speciale, nell'incidere sugli istituti tradizionali, ne alterava i principi cardine fino a « estendersi all'intero sistema ». E dunque c'era anche allora un orientamento che si sforzava « di cogliere le trasformazioni in atto della società », sebbene non sempre si adoperasse — scriveva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre Rosario Nicolò — « per dare alle medesime un'adeguata sistemazione concettuale ». Ne derivava l'immagine di un « rapporto osmotico » in cui gli opposti atteggiamenti si richiamavano a vicenda. La stessa polemica, « di stampo crociano », sui « concetti giuridici » risaliva all'inizio degli anni quaranta e tendeva conclusivamente a riaffermare la « storicità della scienza giuridica ».

A questo punto, il passaggio, nell'ordine cronologico della ricostruzione, agli anni del secondo dopoguerra invitava a cercare segni più evidenti di discontinuità. La prima personalità che si incontrava, nella stessa testimonianza del relatore al convegno del 1981, rispondeva a un nome che già era posto in calce al saggio innovativo, qui richiamato, degli anni trenta. Era proprio Tullio Ascarelli: quasi un simbolo che rievocava il passaggio, in realtà non coincidente con il ritorno in Italia bensì anteriore, a uno storicismo non più « di marca crociana o idealistica », ma « essenzialmente pragmatico ».

Tullio Ascarelli, con il suo implicito elogio dell'empirismo di stile anglosassone, indicava una linea di ricerca soprattutto attenta ai modelli che si erano manifestati in seno alla società. Nell'insegnamento di Salvatore Pugliatti era primario un invito a proseguire nell'esplorazione sistematica, da lui stesso avviata, di un materiale normativo, diverso nei contenuti e nell'ispirazione stessa delle disposizioni, rispetto ai consueti schemi del codice. Era già messo in discussione, quanto meno nella sua rigidità e nella sua compattezza interna, un intero circuito statico di concettualizzazioni, tutte legate a una riaffermazione speculativa che aveva perso una gran parte del suo senso con lo smarrirsi stesso della linearità riduttiva dell'oggetto da studiare. In Tullio Ascarelli era accentuato il riferimento al momento fattuale dell'investigazione giuridica. La cecità e la miopia del giurista non stavano soltanto nel primato anacronistico assegnato a un universo normativo bensì glorioso eppure sempre più lontano dal vivo dell'esperienza in atto. Derivava soprattutto dall'aggiungersi a quella deformazione professionale stantia, oltre che unilaterale e minima, di una grave disattenzione nei confronti delle dinamiche sociali. Secondo il metodo di Salvatore Pugliatti, il momento della ricomposizione del problema entro una o più proposte di soluzione, le quali indicassero altrettante pur duttili riabilitazioni della forma giuridica, era costitutivo della sostanza stessa del diritto: ne salva-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guardava l'identità rispetto alla bruta forza dei fatti. Tullio Ascarelli, in nome della nuova e più diretta attenzione per una tipologia che già si manifestasse oggettivamente, con gravi evidenze, nella sfera delle relazioni sociali, mostrava di non credere più alla metafora, che forse per lui si avviava a diventare una favola, del giurista-pescatore, il quale, sulla sponda dell'oceano scomposto dei fatti e delle regole fluttuanti come scaglie in frantumi, ogni volta ricuciva con pazienza antica le maglie della rete sistematica ereditata dai vecchi capi-barca: una rete che, a ogni uscita sulle onde della ricerca, vedeva accentuarsi, con il gonfiarsi delle bufere sociali, le lacerazioni. L'approssimarsi pratico a un oggetto incompatibile con il vecchio strumento accentuava la proposta di sondaggi nuovi, singole sortite, altre strumentazioni e diversi arnesi di lavoro. Proprio come si addiceva a una temperie che un allievo dello stesso Salvatore Pugliatti, all'esordio del convegno, definiva — lo abbiamo or ora rammentato — critica e problematica.

Rosario Nicolò ricordava anche una terza figura, Gino Gorla, a cui, in quegli stessi anni, andò il merito di aver aperto un'altra importante via di ricerca, così da contribuire a svelare l'inganno della tela sistematica, ogni volta destinata a disfarsi con un evidente spreco di energie. Il metodo della comparazione, che proprio Gino Gorla, come a suo luogo rammentammo, aveva fra i primissimi contribuito a rivalutare, dava ai giuristi una nuova libertà d'indagine: ampliava lo spazio conoscitivo e critico e toglieva alla soluzione dei problemi interpretativi quell'aura di falsità o di assolutezza che poteva essere messa seriamente in discussione solamente sullo sfondo di una vera e piena sprovincializzazione. Il « tempo critico », sulla scia di un insegnamento del quale già era stata posta in rilievo la perenne e mai appagata curiosità indagatrice (del tutto refrattaria ai luoghi comuni), diventava così anche un tempo nel quale si incominciava a dubitare tanto dei molti falsi problemi quanto della tendenza a non ammettere che la soluzione ripudiata in un sistema ben potesse essere accolta, senza insanabili traumi di principio, in altri sistemi (ovvero che, per vie diverse, potesse giungersi a una stessa meta). Anche in tal caso c'era una riabilitazione non idealistica della storicità; e insieme c'era una palese disarticolazione del prisma delle regole effettive. Tutto questo a contatto con una sincronicità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

multiforme: da cui era possibile attingere cognitivamente nuovi strumenti riflessivi.

Rosario Nicolò non negava che negli anni sessanta almeno quattro figure umane (Vassalli, Pugliatti, Ascarelli, Gorla: le sole rievocate nominalmente nelle sue pagine con sufficiente ampiezza) avessero lasciato tracce assai feconde nell'area degli studi giuridici. La valutazione dei risultati, pur cauta, qui aveva ancora un tono di positivo apprezzamento. Scomparivano i pochi personaggi-guida, tuttavia; e prevaleva il riferimento corale. Che permarrà, con accentuata brevità, nel richiamo — questa volta del tutto negativo — agli anni settanta.

Il fatto è che, pure in tale contesto, la testimonianza prevalente (in sé, su di un altro piano, assai indicativa) diceva ben altra e dura cosa rispetto all'oggetto diretto dell'analisi: la quale sicuramente risentiva per sé stessa di una stanchezza neppure troppo dissimulata nelle pieghe del sommario disegno. C'erano, fra le righe, i segni dei tempi; e poiché, dal convegno, erano del tutto assenti gli allievi, prevaleva il sentimento di un grave deterioramento. Questo stato di cose era percepibile — si leggeva nella pagina conclusiva — non tanto negli studi giuridici quanto nella « struttura », nell' « organizzazione », nell'« efficienza » dell'Italia di fine secolo.

Il diritto e i suoi cultori si sentivano ormai quasi impotenti: l'ingenua convinzione in un perenne primato dei valori del diritto cedeva alla prevalenza di altre scienze, da quella sociologica a quella dell'organizzazione; la formazione delle leggi « dominata da una tecnica primitiva e talvolta addirittura ridicola », era un sintomo di « vera e propria decadenza ».

Le conclusioni di quel convegno del 1981 erano affidate al decano dei civilisti: Francesco Santoro Passarelli. E il decano, del cui formalismo sia quale baluardo nei confronti dell'invadenza fascista sia quale presa di distanza rispetto alla richiesta pressante di innovazioni post-fasciste tanto si parlò nelle rievocazioni del convegno pisano sui principi generali e nelle analisi sull'egemonia culturale degli anni cinquanta, affermava invece, senza mezzi termini, che non « si può... accogliere la dottrina formalistica », perché « il diritto è espresso direttamente dal corpo sociale » e non dalla forza o dal potere. « In Italia, dopo la guerra, l'ordinamento diventò democratico prima ancora che le leggi e la costituzione scritta lo proclamas-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sero ». E ancora: « la validità vincolante di un diritto non scritto si è resa più evidente in questi anni di profonde trasformazioni economiche e sociali così nel diritto privato che nel diritto pubblico » ([128]). Gli esempi si riferivano in quel saggio al diritto di famiglia che, fra l'altro, con l'affermazione dell'« assoluta parità dei coniugi », avrebbe trovato fondamento in una regola costituzionale che non poteva leggersi nell'art. 29 (ove il principio dell'eguaglianza era coordinato con la previsione di limiti legali a garanzia dell'unità familiare) e al diritto del lavoro, ove, per esempio, « la partecipazione progressiva dei sindacati … sarebbe stata sorretta da un'ormai durevole e sempre più arrendevole disponibilità della società generale e delle istituzioni in cui confronto viene esercitata ». E la corte costituzionale, con l'ammettere la legittimità dello sciopero politico, avrebbe oltrepassato tutti gli impliciti confini dell'art. 40.

L'aria di un tempo storico — che pur sempre aveva ritmi diversi rispetto allo sviluppo del pensiero giuridico — si faceva così gravemente sentire, ora con un'ombra di consenso ora con una forte inquietudine, anche nelle pagine del decano dei civilisti italiani nell'anno 1981. Non a caso fra le righe di quel medesimo intervento era contenuta la notizia sui primi segnali del tracollo dei regimi socialisti dell'Est europeo con un riferimento esplicito ai contemporanei sommovimenti politici e sociali della Polonia.

Dopo alcuni anni (quasi sette per l'esattezza) un nuovo congresso dei civilisti italiani si propose di fare il punto su di un vasto arco di tempo — solamente in parte sovrapposto al cinquantennio ricordato nell'incontro del 1981 — che giungeva ormai a lambire come risultava fin dal titolo della relazione introduttiva di Giorgio Cian — il secolo ventunesimo.

Questa volta la data iniziale di riferimento era di un ventennio successiva (gli anni cinquanta). Comune era, fin dall'intestazione del congresso, il richiamo a uno stato di crisi espressamente riferito alla dogmatica.

Nell'illustrare le ragioni generali di una riflessione collettiva si poneva l'accento sul manifestarsi di una svolta critica a partire dagli anni sessanta e si definivano gli ostacoli che si frapponevano alla costruzione di un nuovo sistema.

Gli ostacoli erano — si leggeva in quel saggio introduttivo — di ordine « soggettivo » (la caduta della « prospettiva storica » degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

studi e il conseguente distacco « dalle matrici originarie della nostra cultura giuridica ») e di ordine « oggettivo » (la difficoltà di trovare un punto di equilibrio, « di fronte alle moderne trasformazioni della società », « fra le idee e i valori del liberalismo giuridico » e « l'ideologia solidaristica dello Stato sociale »).

Libertà e solidarismo erano di nuovo posti a confronto. Ma, nella cornice di un discorso sul disagio del cultore del diritto privato contemporaneo, c'era anche un esplicito riferimento alla parabola che aveva subito un'intera concezione dello Stato: di cui si incominciava a percepire la fase discendente. Sebbene ancora non si parlasse di uno smantellamento e neppure di una riforma, la qualificazione « sociale », già tante volte usata e discussa, sembrava ancora, almeno nella nostra tradizione, la più comprensibile a tutti. Anche in termini di riflessione sulla ricerca dei giuristi il problema fondamentale non era più visto nei termini di una contrapposizione irriducibile ma in quelli di un difficile contemperamento. I due ordini di valori coesistevano quasi alla stregua di un postulato indeclinabile. Si doveva affrontare il nodo diretto a tentare una composizione: il cultore del diritto privato doveva prenderne atto, quasi si trattasse dell'unica possibile immagine capace di riassumere, in maniera da tutti percepibile, una situazione sociale e legale interamente dominata dalla complessità e dal mutamento (129).

Una vicenda che si ripeteva in altre forme: anni trenta, anni sessanta, anni... ? Eppure era sufficiente prestare ascolto ancora una volta all'eco della storia universale per rendersi conto che quel tempo — simbolicamente segnato dalla caduta del muro di Berlino quale emblema del generale collasso dei sistemi socialisti e della stessa Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche — era alle soglie di un decennio nel quale, forse per la prima volta nell'intero arco del secolo, fu riproposta la temeraria profezia della fine della storia, con trionfo universale e definitivo delle democrazie capitalistiche liberali. A una tale previsione — che non poteva certamente sopprimere d'un colpo i problemi legati alle strutture giuridiche e alle politiche economiche ereditate nel corso dell'ormai annosa e tormentatissima esperienza che si era soliti racchiudere nella formula dello Stato sociale — si univa, con un'approssimazione non meno grave, l'immagine, ormai divulgata quasi alla stregua di un dominante pensiero senza interlocutori, che associava all'atteso ritorno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle libertà non solamente politiche e civili ma anche economiche una sorta di automatico miracolo.

A nulla valsero le forti cautele degli stessi economisti di schietta convinzione liberista: che pure subito furono chiamati a far da esperti nei paesi che già si dissero socialisti, nella speranza che sapessero indicare le possibili linee di una ragionevole difesa nei confronti di una disgregazione sociale ormai gravissima.

Sta di fatto che l'ultimo decennio del secolo fu dominato da un succedersi incontrollato di mitologie acritiche anche nei sistemi che, come il nostro, avevano da tempo accumulato, all'insegna di un solidarismo soprattutto verbale, inefficienze, sprechi e clientelismi: in una diffusa illegalità, nell'arroganza del potere di parte e nell'immobilismo politico (alimentato anche dalla diffusione sempre più imponente di una regolamentazione caotica: come sempre condizionata dalle pressioni più disparate).

C'era già da tempo un clima plumbeo di cui era stata descritta l'incombente presenza o l'imminente avvento fin dal convegno del 1981. Ma non tutti seppero allora prevedere che alla forte riaffermazione del principio di legalità, del quale si sottolineò con fermezza una nuova perdita, sarebbero seguite, nel corso di una rapidissima sequenza di eventi di cui è imprevedibile il compimento, i tanti luoghi comuni, imposti da uno stile mediatico 'a effetto', sulla fine della prima repubblica e sui non meno fallimentari tentativi di edificarne una nuova: senza peraltro mai dar prova seria di essersi liberati pienamente dalle defatiganti pratiche ereditate dalla vecchia.

Se proprio si vogliono trovare, in termini non del tutto vaghi e ripetitivi, alcuni fattori istituzionali di un qualche rilievo non soltanto declamatorio, occorre guardare al decennio italiano di fine secolo in un contesto non solamente nazionale; e chiedersi, al riparo dalle tentazioni di un'ennesima enfasi a senso unico, quali prospettive si annunciassero in maniera effettiva, non propagandistica, con l'intensificarsi del processo d'integrazione europea. Tutto questo anche in considerazione del ruolo che — pur al culmine di una delle più gravi esperienze vissute dalla nostra società nella seconda metà del secolo — era stato riconosciuto all'Italia nella cornice di quel progetto le cui prime manifestazioni economiche e giuridiche pure risalivano alla metà del secolo.

Gli annunci di una così grave serie di eventi, di parole d'ordine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sommarie, di effettive trasformazioni dei molti istituti del diritto privato ai quali si tendeva sempre più spesso a sovrapporre una qualificazione europea che aspettava ancora d'essere pienamente decifrata, erano visibilissimi in quelle giornate di studio. Prevaleva nondimeno la tendenza a fare una vasta ricognizione sul grado di lontananza dagli assetti da cui si erano prese le mosse piuttosto che sull'imminenza di avvenimenti che per tante ragioni non potevano essere ancora del tutto prevedibili. Si pensi soprattutto al rapidissimo andamento che ebbe la fine dei vecchi equilibri, con la scomparsa di alcuni partiti che del sistema avevano preteso di esprimere, da lunga data, tanto i fondamenti ideali quanto le radici sociali; si confronti tutto questo con la tendenza — coerente con la spettacolarità dei mezzi usati — a legare la forza e la penetrazione popolare dei nuovi movimenti alla personalità dei protagonisti e a specifiche proposte o promesse piuttosto che ai grandi orientamenti ideali.

Nella fase d'avvio l'auspicato ritorno alla legalità avvenne in tempi e con modalità che misero impietosamente a nudo l'esistenza di un pesante vuoto politico, difficilmente ormai colmabile, anche per il fatto di essere stato troppo a lungo dissimulato, nel tempo storico del tramonto delle ideologie una volta egemoni, sotto le pratiche spartitorie del potere.

L'affermazione forte del diritto, con la fine di quella rissa che (come si disse nel convegno del 1981) aveva preso il sopravvento sulla famosa « lotta » cara a Jhering, fu identificata quasi per intero con il doveroso intervento dei giudici. Ai quali, ancora una volta, fu affidato un compito immane e, in maniera acritica, furono rivolte in blocco demolizioni e talvolta anche apologie interessate; ma senza che alla popolarità delle più clamorose vicende giudiziarie divulgate dai mezzi di comunicazione di massa si unisse la diffusione di una nuova e più matura coscienza del ruolo della cultura del diritto; e senza che mai si percepisse fino in fondo l'incidenza specifica — nella sua stessa essenza immune da strumentalizzazioni a senso unico — a cui le forme e le motivazioni immanenti alla giuridicità devono pur sempre assolvere anche nell'intreccio strettissimo con i sottosistemi dell'economia e della politica; e tanto più quando si tratti di fissare gli itinerari e i limiti delle possibili e ragionate risposte alle domandi più pressanti e più emotive.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Era prematuro immaginare in quella vigilia la babele delle lingue che, nel più patente uso di parte, fece da coro ai tanti traumi dei primissimi anni novanta. Certo è che alcuni gravi sintomi, che erano nell'aria, si sentirono già chiaramente in quell'incontro.

Un'altra novità del convegno di Venezia — se non la più importante — era nell'ispirazione stessa, ancor prima che nei risultati, della sessione conclusiva, ove finalmente vecchie e nuove generazioni di giuristi erano invitate a dialogare tra loro: a confrontare, come si leggeva nel titolo di quella giornata di lavori, « diversità di metodi e di interessi », « opportunità còlte » e « opportunità mancate ». Nuovamente di un bilancio si trattava. Ma non si annunciava come il frutto di una testimonianza a senso unico: voleva essere il risultato di un dialogo aperto, nel corso del quale gli allievi erano chiamati a dire anche a chi li aveva avviati allo studio del diritto privato quali fossero, nella loro stessa esperienza, i segnali forti della discontinuità; e se tale discontinuità si spingesse perfino sulle soglie di una radicale rottura. Che in ogni caso sarebbe stato ingeneroso (e culturalmente improduttivo) confondere, salvo casi personalissimi, con una sorta di tradimento nei confronti di quegli studiosi. I docenti degli anni lontani quasi sempre continuavano a essere ammirati e rispettati: tante volte nel grato ricordo di un periodo comunque incancellabile della vita e della formazione dei giuristi più giovani.

Forse proprio il sentimento della diversità e della connessa rottura di un sapere giuridico tramandato e monolitico era una volta tanto partecipato collettivamente in forma pubblica, pur con grandissime cautele che trasparivano nella pluralità delle voci e nei difformi contenuti delle testimonianze: dunque, anche con esiti immuni da radicali contrasti.

Ancora nel 1981 i segnali dell'estraneità non sembravano percepiti o erano tutti visti come inseparabili da uno stato di scadimento diffuso della cultura giuridica.

In quella sessione conclusiva, invece, la diversità, già prima d'essere un valore o un disvalore, era un fatto da studiare senza rigidità assolute e totalmente precostituite.

Nel 1981 si era parlato, come ormai sappiamo, di un « tempo critico » della cultura giuridica; e la qualificazione epocale aveva un completamento nella definizione del tempo come « problematico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chi si era formato a diretto contatto con un'esperienza giuridica su cui si riflettevano in maniera caotica e imponente le conseguenze descritte dal pensiero sociologico con ricorso alle categorie del mutamento e della complessità ignorava, per ragioni anagrafiche, la percezione illusoria di un tempo diverso, quale ancora si era perpetuato, pur fittiziamente, dapprima nella fase della costruzione e poi nella fase della gelosa custodia delle pretese armonie sistematiche del passato.

Qui stava lo scarto più evidente. Si manifestava nella cancellazione quasi totale della memoria, e con quella anche dell'attesa, di un altro possibile tempo. Tutto questo pur se le più vecchie fra le nuove generazioni ne avevano ancora avvertito le tracce: tramandate negli anni quaranta e negli anni cinquanta dentro i luoghi sacri di un'università nella quale pochi seppero immaginare i gravi problemi, prima di tutto logistici, che avrebbe comportato l'insegnamento di massa.

Nell'ultimo decennio del secolo si assisterà a una vera e propria dilatazione incontrollabile di un fenomeno già notevole all'epoca di quel confronto fra le generazioni dei giuristi. Esplodeva ormai una pseudo-informazione onnivora, che era costretta a stare al passo con un'attualità complicatissima e frenetica. Era una sorta d'inseguimento del presente, nell'oblio precocissimo di ogni traccia di meditata riflessione.

Tale era la diversità che ormai si intuiva fra le tante possibili voci corali; là stava la linea che separava le generazioni: quelle che avevano ereditato forme giuridiche da criticare e da integrare e quelle che accumulavano notizie sulle quali era in primo luogo necessario aggiornarsi nell'inevitabile primato delle descrizioni sulle idee; quelle che avrebbero desiderato narrare ancora qualcosa sulla parabola del pensiero giuridico (per esempio: sul pensiero dei codificatori nazionali in merito al « contratto ingiusto » nel confronto con le idee della commissione incaricata di proporre per il ventunesimo secolo un codice europeo dei contratti) e quelle che subito sarebbero state invitate a commentare senza respiro l'ultima legge speciale (per esempio: la legge che prevedeva la nullità del contratto cosiddetto di subfornitura per « abuso di dipendenza economica »).

Le nuove generazioni di giuristi saranno dominate dalla diffi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coltà di misurarsi con il succedersi pur problematico e critico dei tempi. Si potrebbe parlare di una sorta di coatto disagio informativo, a sua volta provocato da un contingente eccesso di smemorate notizie, ancorché ricchissime di provocazioni illusoriamente innovative.

Non si tratterà allora di tornare a misurare sul ritmo antico e pacato degli studi giuridici su cui si formarono le vecchie generazioni le nuove ricerche; né di denunciare la solitaria vecchiezza delle une a fronte dello scadimento progressivo delle altre.

Si dovrà tentare di capire, oggi come ieri, un fenomeno culturale in atto. E anche di capirsi: nel momento stesso in cui nuovamente diventerà da tutti intuibile che gli scritti delle nuove generazioni saranno anche la testimonianza di una fase del pensiero giuridico; e questa, così com'era accaduto anche nel passato, recherà in sé le tracce dei tempi.

Gli ultimi saranno tempi che difficilmente si potranno riassumere in una formula breve, salvo forse nella menzione di un'unica nota caratteristica dominante: si tratterà di tempi che più non avranno troppo … tempo per le memorie e per i racconti.

Ma, si sa, chi ha il gusto di narrare continuerà a parlare anche quando l'ascoltatore si sarà beatamente addormentato: nella speranza che qualcosa passi lo stesso; e aiuti a vincere gli incubi che perfino dalle fiabe sono inseparabili.

Tutti avranno ora capito che spesso si è indugiato sui particolari già noti ai più esperti, poiché si pensava al più giovane dei possibili lettori-studenti; e non si disperava della curiosità che di tanto in tanto avrebbe potuto provare, prima di prendere sonno, per i molti e stravaganti episodi di cui sono intessuti alcuni momenti, continui e discontinui, di una storia degli studi dedicati al diritto privato che è in attesa di trovare nuovi attori (130).

37. *Cinquantenari: fra bilanci e prospettive.*

Cadevano nell'ultimo decennio del secolo, quasi a voler assecondare un capriccio del destino, due cinquantenari che per un giurista ben potevano dirsi cruciali; che specialmente erano tali per chi si confrontasse con gli studi sul diritto privato nazionale.

L'importanza delle due ricorrenze forniva nuove occasioni d'in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro su basi molto estese e assai condivise. Erano invitate a ritrovarsi, ancora una volta, generazioni intere; e queste si sentivano sospinte a compiere un'ulteriore riflessione sui temi che, ben mezzo secolo prima, avevano costretto tutti a prendere posizione per un verso o per un altro: fosse pure nei modi della reticenza o del rifiuto.

Il primo cinquantenario — anno 1992 — riguardava, com'è ovvio, il codice civile. Il secondo cinquantenario — anno 1998 — riguardava, con altrettanta ovvietà, la carta costituzionale.

I giuristi presero parte alle varie iniziative in grande numero e in maniera attiva: com'era facilmente prevedibile. Si trattava non solamente di favorire uno scambio di opinioni sullo stato delle ricerche in corso su quei testi giuridici fra tutti fondamentali, seppure su piani ben distinti.

C'era anche il bisogno di tornare a riflettere sul lungo tempo trascorso. Le testimonianze dirette (sullo stato d'animo personale con il quale nel momento della formazione furono accolti — e da taluni perfino progettati e discussi — quei documenti) si andavano rarefacendo fin quasi a scomparire. L'incontro era tanto più significativo, poiché finiva quasi inevitabilmente con il misurare l'entità e l'intensità del divario di pensiero fra le generazioni.

Molti erano chiamati a interrogarsi su testi giuridici di non pochi anni più vecchi di loro stessi. Era inevitabile, per certi versi perfino opportuno, che le domande e il disagio prevalessero sulla tentazione celebrativa o sul desiderio di creare un ponte fra l'esperienza remota e le aspettative rivolte al diritto del futuro.

Già negli anni della formazione giovanile delle nuove generazioni di studiosi, il codice civile e la carta costituzionale avevano perso nel bene o nel male una gran parte della loro « aura » primitiva e del relativo contorno, intessuto di contese fra gli esperti del diritto, ovvero — è il caso specialmente della carta costituzionale — fra gli esponenti dei principali movimenti politici dell'epoca.

L'impressione complessiva segnava un distacco forte rispetto tanto al passato più remoto quanto al passato più prossimo.

Si era ormai quasi spenta l'eco delle discussioni sulla penetrazione nel codice fascista delle idealità fasciste o corporative. Su questo punto era riaffermata l'opinione che, già a quell'epoca, era stata di gran lunga dominante. Il codice civile si era mantenuto fedele — questa era ormai l'opinione generale — alla linea costante

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei grandi codici civili europei: rispetto ai quali in qualche caso si poneva come un cauto, ma talvolta non irrilevante, tentativo di ammodernamento. Quando si penserà a un progetto di codice civile europeo ovvero a una codificazione europea di alcune parti centrali del diritto privato (i contratti) sarà discussa seriamente la possibilità di tener conto del nostro codice come di uno dei possibili modelli. Chi rammentava l'ipotesi (che, senza successo alcuno, fu ancora formulata, com'è noto, verso la metà degli anni sessanta) di una generale riforma di tutti i codici tanto faceva allo scopo di mettere in piena evidenza il carattere isolato e del tutto velleitario di un simile episodio.

Solamente ora diventava opinione comune quel che all'inizio fu motivo di perplessità e di conflitto: l'atteggiamento da assumere nei confronti di quei contenuti che, sebbene non fossero integralmente asserviti ai principi del fascismo o del corporativismo, sembravano ormai, per un aspetto o per un altro, troppo rivolti al passato. Si è accennato che questi atteggiamenti potevano avere motivazioni diverse: non mancava la tendenza a identificare con il fascismo ogni posizione dirigistica dell'economia che si riflettesse nella trama del sistema giuridico; ancor più diffuso era, su di un piano ben diverso, il disagio provocato dall'imminenza di una trasformazione dei costumi e dei rapporti sociali in termini incompatibili con i modelli giuridici che il codice aveva ereditato con poche variazioni e con qualche ulteriore declamazione autoritaria nella sfera della famiglia e delle successioni o del lavoro subordinato; e si delineava pure la possibilità di un conflitto con i principi di libertà o di eguaglianza proclamati dalla carta costituzionale, ovvero con la combinazione degli uni e degli altri: sul quale, com'è risaputo, dovette ben presto pronunciarsi infatti, pochi anni dopo il suo insediamento, la corte costituzionale.

Anche l'opinione di un codice che avrebbe perpetuato, in molte sue parti, una regolamentazione minuta, legata a un'economia rurale, ormai ben lontana dai grandi fenomeni sociali del secolo non fu ulteriormente ripresa e sviluppata, poiché il codice civile si era integrato, e continuava a trovare ampia applicazione nella pratica, nelle varie ere del diritto, in corrispondenza alle svolte epocali tante volte richiamate da una volgarizzazione sociologica elementare (si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensi al passaggio dalla società industriale alla società che è stata detta « dell'informazione »).

Questi atteggiamenti diffusi erano certamente un segno delle tendenze culturali predominanti e al tempo stesso risentivano del diverso oggetto delle analisi.

Tanto il diritto delle persone, della famiglia e delle successioni quanto il diritto del lavoro erano stati radicalmente trasformati.

Chi avesse preso in mano il codice civile, in un'edizione integralmente corrispondente al testo originario, avrebbe dovuto prendere atto che si trattava ormai di mondi lontanissimi rispetto ai modelli di partenza. E ora Pietro Rescigno perfino poteva, con più tranquillità, fermare lo sguardo sulla linea continua che restava meritevole di memoria: la riaffermazione del principio di laicità del matrimonio, pur entro un quadro ormai profondamente alterato tanto dal concordato con la chiesa cattolica quanto dalle successive revisioni; la visione contrattualistica — e non ambiguamente comunitaria — della regolamentazione dei rapporti di lavoro subordinato, per quanto fossero stati numerosi i tentativi di ripudiare la tradizione in nome di concezioni verticistiche o corporative.

Con riguardo ai tempi in cui la discussione dei giuristi tornò a farsi assai viva intorno ai temi che Natalino Irti riassunse nel verbo della « decodificazione » — e si trattò di uno dei rari momenti in cui le comuni riflessioni degli studiosi italiani furono richiamate in un contesto europeo — fu chiarissima la percezione di una svolta ulteriore. Si pensi all'arrembante babele del linguaggio legislativo, al fallimento di tutti i tentativi di creare un corpo essenziale di leggi che sapessero affrontare con un qualche grado di organicità un disegno politico riformatore, alle difficoltà — economiche e politiche — nel promuovere un ulteriore sviluppo dei principi costituzionali non soltanto lungo la linea del governo pubblico dell'economia ma anche in vista di un rafforzamento delle garanzie di libertà (non senza riferimento pure a quei diritti che furono già detti « sociali »). Quest'insieme di fattori e altri ancora non creavano certamente le premesse di un integrale e ancor più velleitario ritorno al primato unico del codice civile, ma confermavano, per gli aspetti che restavano sottratti ai mutamenti più effimeri, l'opportunità di salvaguardarne le strutture sistematiche fondamentali e la perdurante coerenza da cui erano tradizionalmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sorrette, contro i guasti di una produzione normativa che rischiava di non avere più veri interlocutori.

A tutto questo si aggiungeva l'impressione diffusa che fosse sempre più urgente non disperdere quei tessuti unificanti che avessero alla base un minimo di rapporto con una cultura giuridica collaudata e sperimentata. Gli apporti critici che il metodo della comparazione e i risultati dell'analisi economica del diritto avevano dato all'approfondimento di alcuni problemi di viva attualità (soprattutto nell'area contrattuale e nell'area della responsabilità civile) avevano ora bisogno di vie di comunicazione adeguate: non potevano sorreggersi soltanto sul linguaggio difficile delle leggi nuove. La rinascita delle iniziative dirette a progettare regolamentazioni unificanti in ambito transnazionale riabilitava, con il metodo della codificazione, anche quelle tradizioni culturali e giuridiche che (come poté dirsi per la nostra nel confronto con la Francia, la Germania e la Svizzera) già avevano tentato di porsi quale non trascurabile fattore di mediazione ([131]).

Il cinquantenario della carta costituzionale portava su di sé i segni di una vicenda ben diversa se non del tutto opposta. A quel testo venivano ora imputati assai spesso, con un atteggiamento radicalmente demolitorio che non sempre era meditato e approfondito, le tante disfunzioni e i gravi ritardi delle istituzioni repubblicane. Quest'atteggiamento complessivo influenzò pesantemente ogni discussione. Furono ben presto ripudiate le pur opportune distinzioni. Si giunse di nuovo a negare o a sottovalutare perfino quei principi-guida che erano un patrimonio irrinunciabile di tutte le democrazie contemporanee, almeno di quelle che non si opponevano al primato e all'ampliamento di quei diritti che proprio sul finire del secolo saranno definiti anche in Italia, sulla scia di un lessico non privo di ambiguità, quali diritti « di cittadinanza ».

La carta costituzionale, già un tempo relegata ai margini delle attenzioni degli studiosi del diritto civile con le motivazioni e per le finalità a cui si è più volte accennato, ormai non era più contestata nella sua generale forza precettiva operante in tutti i rami dell'ordinamento, tanto più che, come pure sappiamo, sarebbe stata non realistica la confutazione della vasta creazione di un nuovo effettivo diritto, anche nell'area del diritto privato, quale riflesso e quale sviluppo delle decisioni della corte costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora l'attacco era ben diverso e assai più grave, poiché traeva una gran parte della sua forza argomentativa da dati fattuali, ossia dal bilancio negativo dell'attuazione della costituzione stessa, con la critica radicale nei confronti di molti contenuti della parte seconda. Erano in discussione anche i principi fondamentali e soprattutto il nesso fra quelli e la disciplina dei rapporti economici e sociali. La presenza di formule scritte in tempi nei quali senza dubbio era ancora viva, come negli anni trenta, la fiducia nel governo pubblico dell'economia e nelle politiche di pianificazione economica, l'ampio spazio riconosciuto all'impresa e alla proprietà pubblica, la previsione delle nazionalizzazioni insieme con l'antica e perdurante assenza di un quadro di regole dirette a difendere con chiarezza il principio della libera concorrenza sul mercato si prestavano perfino a rovesciamenti totali di prospettiva storica. La costituzione era a tal punto figlia dei suoi tempi che non riusciva a separarsi da quella matrice culturale — il solidarismo — che era comune a tutti i movimenti ostili al liberismo economico. Delle formule che erano presenti anche nella carta del lavoro fascista e che erano vive anche nella tradizione del corporativismo cattolico si denunciava ora l'anacronistica ambiguità. Ogni interpretazione coerente con un assetto dell'economia che pur sempre trovava nella libera iniziativa economica privata il suo fondamento primario era vista con scetticismo, sebbene si radicasse in un contesto che non solamente era incompatibile con il partito unico e con il mito dello Stato ma era ormai pienamente integrato, non senza il pieno sostegno della stessa corte costituzionale, nelle istituzioni europee. Si aveva allora la dolorosa impressione di una nuova incomunicabilità con chi ravvisava l'unica seria forza del presente e la sola auspicabile prospettiva del futuro nell'immagine d'« un diritto senza padroni »: come tale pur sempre salvaguardato dall'idea stessa della costituzione. E vi era chi si sentiva quasi costretto d'un tratto a difendere un testo — che a lui sembrava « ferito » per generica ostilità, soprattutto nei luoghi in cui non si giustificava l'intervento modificativo (senza dubbio in molti altri casi opportuno) — dagli attacchi di chi ne aveva già decretato, spesso con decisione sommaria, la condanna a morte ([132]).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

38. *Ricerca dei principi in un ambiente non più soltanto nazionale.*

L'altra, e più ricorrente, occasione di confronto fra gli studiosi del diritto civile (numerosi furono i convegni e le opere collettive: fra le quali si segnalarono in maniera speciale due tomi dedicati al « diritto privato europeo ») si affermò soprattutto negli ultimi due decenni del secolo. Fu ravvivata da una più profonda e più estesa attenzione per i principi giuridici oltre che per le regole effettive del diritto internazionale, delle organizzazioni internazionali, delle stesse contrattazioni sui mercati internazionali.

Anche questa sfera di ricerche giuridiche, tante volte apertamente sondata, poteva trovare un simbolico punto di riferimento nella maturazione di almeno un mezzo secolo di esperienze. Nell'anno 1998 era celebrato il cinquantenario della carta universale dei diritti dell'uomo; nell'anno duemila e nell'anno duemila e uno avrebbero avuto cinquant'anni ormai la convenzione europea dei diritti dell'uomo e il primo trattato che dette impulso all'unificazione dell'Europa.

Chi studiava il diritto privato era indirettamente o perfino direttamente coinvolto nei nuovi orientamenti posti a fondamento di tante indagini. L'argomento dei diritti fondamentali sembrava aver perso all'interno una gran parte del richiamo originario. Era quel che accadeva soprattutto — a causa del grave dissesto economico e finanziario — con riguardo ai diritti che furono detti « della seconda generazione ». Per un'altra via, che poteva avere conseguenze mai prima immaginate, l'argomento ritornò al centro delle analisi dei giuristi insieme con l'ipotesi di una nuova e radicale revisione del principio di sovranità degli Stati.

In termini meno gravidi di conseguenze generali e tuttavia rilevantissimi nel comparto tradizionale del diritto privato, la necessità di dare attuazione alle direttive europee provocava trasformazioni normative che si spingevano, con l'uso di un lessico e di una tecnica definitoria e analitica le quali già a prima vista alteravano le compatte e sommarie linee del contesto, fino al cuore stesso delle parti generali del codice civile (tale fu il caso della disciplina dei contratti fra « professionisti » e « consumatori »). Vi erano provvedimenti di orientamento generale del mercato — quali le pur tardive

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi antimonopolistiche italiane — che testualmente eleggevano a criteri primari d'interpretazione i principi dei trattati europei.

Il distacco rispetto alle chiusure nette del passato più remoto — e qui veramente era innegabile la discontinuità ove si pensi che il sogno europeo doveva essere coltivato spesso nel chiuso delle prigioni o del confino — non poteva essere più evidente. Il segno più chiaro della svolta culturale — alla quale contribuirono in grande misura nel secondo dopoguerra le ricerche condotte con i metodi del diritto comparato — era rappresentato dalla proposta di una reinterpretazione, non ristretta nei confini dell'ordinamento nazionale, dell'originaria disposizione sull'interpretazione (art. 12 delle preleggi).

Si affievoliva molto gradualmente ma in maniera costante — sebbene ancora si manifestassero diffusi retaggi del passato — la disattenzione nei confronti di tutte le tracce del diritto locale, ovvero internazionale, sovranazionale o transnazionale, che potessero interferire con la formazione del cultore italiano del diritto privato. Ancora una volta un importante segnale del cambiamento, ben visibile nella cura stessa e nell'approfondimento costante delle linee di ricerca, era costituito dalla nascita di riviste e di iniziative che, già nel titolo oltre che nei contenuti, ambivano a fornire un'accurata documentazione critica sui più ampi confini spaziali della materia trattata.

Il cinquantenario del codice civile aveva avuto in prevalenza i toni di un pacato bilancio, senza denigrazioni e senza nostalgie. Nella grande maggioranza dei casi gli scritti a quel tempo pubblicati si soffermarono sulle modalità con cui i problemi nuovi, quali erano emersi soprattutto nell'esperienza stessa del diritto privato o quali erano stati provocati dagli interventi legislativi esterni al codice, avevano trovato un inquadramento, con l'apporto della letteratura e della giurisprudenza, nelle strutture sistematiche già esistenti; ovvero si pose l'accento sulla perdurante attesa di ricostruzioni e di soluzioni adeguate e autonome.

Anche sul cinquantenario della fonte costituzionale gravò l'orma rischiosa del bilancio, sebbene i risultati fossero assai meno confortanti e i toni ben più accesi. Le indicazioni sul diritto del futuro non erano più ricercate soprattutto all'interno del vecchio testo, come tanti avevano un tempo cercato di suggerire, ma erano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per lo più affidate, con ipotesi e con indicazioni non facilmente conciliabili, alla progettazione di un testo nuovo.

Ben più prematuri erano invece i bilanci sui principi che trascendevano i confini nazionali, poiché il tempo decorso dalle prime aperture era ancora minimo. Ne scaturiva il solito pericoloso spostamento dal difficile lavoro della proposta ermeneutica o della ricostruzione critica (dei tanti settori già coinvolti nel nuovo movimento di formazione del diritto privato) alla celebrazione ottimistica e alla profezia.

Il diritto privato europeo e transnazionale, al contrario, era ancora un oggetto in gran parte da scoprire e da vagliare con molta attenzione: erano inevitabili (e proprio per questo motivo si giustificavano i tanti timori) le tentazioni delle analisi riduttive. Come sempre accadde quando l'orizzonte della ricerca si dilatò oltre i consueti confini, l'incremento cognitivo era direttamente proporzionale al tasso di vaghezza e di problematicità dei risultati.

I contrasti, pur fecondi di prospettive, che i cultori del diritto privato furono invitati a comporre, si resero chiarissimi fin dalle evidenze legate alla materia prima del giurista: l'inserimento negli assetti consueti di un lessico anomalo con la necessità contestuale di chiarirne ogni volta il significato nel corpo di ciascun provvedimento; una modalità analitica e quasi minuziosamente regolamentare nella concezione dei testi (in conflitto con la schematica linearità di tutte le codificazioni); l'uso di categorie, spesso prive di un'adeguata e di una compiuta fisionomia, che ora dovevano ambientarsi, all'atto dell'applicazione di un diritto pensato originariamente in una sede non nazionale, entro un quadro da tempo definito diversamente (si pensi, sempre con riguardo agli artt. 1469-bis ss., al confronto tra le figure della nullità, compiutamente regolata nel codice, e dell'inefficacia, alle quali sembravano affidate finalità inconsuete).

Ben si comprendeva allora la riapertura di una comune officina giuridica che ritrovasse i modi di un linguaggio comunicabile e unificante.

I lavori in corso di nuovo presenteranno — già sono tanti i fattori intuitivi (alcuni, molto netti, nella materia della progettazione nuova di una disciplina generale del contratto) — segnali non equivoci di quell'appassionante e vitale intreccio delle continuità e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle discontinuità. Dalle une e dalle altre furono dominati, nella modernità, i tratti della storia del pensiero giuridico che qui si è cercato di ripercorrere parzialmente; non senza un primato, ove possibile, delle testimonianze: con tutti i loro limiti e con tutte le loro imperfezioni, ma anche con tutta la loro istruttiva vitalità (133).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Il ciberspazio è una cosa dentro il mondo, o il contrario? »

« Una parola appare nel luccichio lattiginoso e argenteo » dello schermo elettronico. Puoi esaminarla con un clic, « rintracciare le sue origini, il suo sviluppo, il primo uso conosciuto, il suo passaggio da una lingua all'altra, e puoi chiamare la parola in sanscrito, greco, latino e arabo, in mille lingue e dialetti, vivi e morti, e trovare citazioni letterarie, e seguire la parola attraverso i tunnel sotterranei delle sue radici ancestrali ». Se poi guardi fuori dalla finestra per un attimo, ti accorgi che la parola non è solo una sequenza di impulsi su di uno schermo: è riuscita « a renderti pensieroso »; ma anche a diffondere « un desiderio attraverso la distesa viva della città e oltre i ruscelli sognanti e i frutteti, fino alle colline solitarie »

(Don Delillo, *Underworld*, Torino, 1999, 879-880: a questo punto l'autore va a capo, chiude il suo lavoro e dice quale sia la parola).

APPENDICE

(*la numerazione dei paragrafi è progressiva; quella delle note è distinta per sezioni: le citazioni ricorrenti, allo scopo di agevolare chi legge, saranno ripetute per intero all'inizio di ciascuna sezione*)

Sezione Prima

Queste pagine sono state scritte con il pensiero rivolto allo « studente ignoto ». Intendo, con tale formula, un giovane, per fortuna vivo e vegeto, che, a differenza del « milite », nessuno celebra. Lo « studente ignoto » siede, ignorandomi, nell'ultima fila della sala cinematografica in cui, per conto dell'università che suol dirsi « di massa », ha luogo uno dei tanti riti ora fallimentari ora paradossali dei nostri tempi. Di un tale studente — ecco la ragione di quell'« ignoto » — io non vedrò mai il volto, poiché è nascosto dal foglio della rosea gazzetta sportiva che egli beatamente legge il lunedì con mia somma invidia mentre vanamente parlo. A lui posso così raccontare per la prima volta le storie che qui si rammentano e che molti miei amici docenti spesso già ben conoscono meglio di me. Ho cercato di scrivere con spigliatezza nella segreta speranza d'incuriosirlo se non proprio di divertirlo. Ho lasciato da parte — e ho esposto in modo discorsivo — gli apparati informativi per non spezzare il discorso ma anche per dargli la possibilità, se s'incuriosisce, di volgersi verso qualche esplorazione meno sommaria su questo o quel punto a cui sia circoscritto il suo desiderio di approfondimento. Non saprò mai, temo, se sono riuscito, almeno in piccola misura, a costruire un muto colloquio. E purtroppo, proprio a causa di quell'impopolarissimo discorso nella sala inadeguata, neppure mi sarà mai possibile dividere con lui il commento delle partite domenicali. Mi permetto solamente di pregarlo, se mai dovesse leggere, di non fare « come quei bambini che, quando si raccontano storie di guerra, sono sempre pronti a domandare: chi erano i buoni? chi erano i cattivi? » (Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di Vittorio Scialoja, I, Torino, 1886, 9-10, 10).

I motivi iniziali sono, quanto all'ordine cronologico degli eventi, consapevolmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altalenanti (non a caso il titolo della prima sezione è « frammenti intrecciati nel tempo »). Sarà bene subito tener presente che si tratta soltanto di uno spunto d'avvio. A puro titolo di curiosità ricordo inoltre che, mentre il mio lavoro prendeva a definirsi, è stata pubblicata l'edizione italiana di un romanzo nordamericano in cui è ampiamente usata la tecnica narrativa per salti cronologici in avanti o all'indietro. Ne risulta un potente affresco della seconda metà del secolo ventesimo, dalla guerra fredda e dall'incubo della guerra atomica fino alle navigazioni nel ciberspazio: ossia fino all'epoca che è pure detta, in quel libro, dell'« uniformità furtiva », poiché tutto è bensì declamato al plurale ma si scoprono ancora fosse comuni e sembrano perdersi le sfumature culturali — il diritto, spesso eluso per la sua presunta freddezza, è nondimeno sicuramente fra queste — mentre fiorisce l'industria dei rifiuti (compresa quella delle scorie radioattive), sicché ogni cosa tende ad appiattirsi, « dall'architettura al tempo libero, al modo di mangiare, dormire, sognare »: DON DELILLO, *Underworld*, Torino, 1999, 835.

Per associazioni di ricordi e d'idee si vorrebbe subito dare una prima percezione delle possibili discontinuità e dei fenomeni opposti. Nella prima parte (I. Memorie ormai lontane, nn. 1-5) un tema discusso nel Collegio giuridico di Pisa (anno 1962) suggerisce subito alcune domande in margine al celebre convegno del 1940 sulla codificazione dei principi. Nella seconda parte (II. Principi disponibili dal potere politico. Principi-tabù. Principi del diritto, nn. 6-8) l'ipotesi dominante è che quel convegno avesse aggirato un vero problema: da sempre immanente alla cultura giuridica e mai delegabile all'arbitrio contingente dei poteri dominanti. Il paragrafo conclusivo trae spunto da un ulteriore accostamento tra gli anni sessanta e gli anni trenta, quale fu imposto dal tema di un colloquio presso il Collegio giuridico nel dopoguerra a causa della necessità di consultare la documentazione sulla concezione fascista della proprietà privata. Molti scritti erano disponibili proprio nei locali, a quel tempo sede dell'istituto di diritto del lavoro, in cui fu ospitata la famosa scuola diretta da Giuseppe Bottai.

I, nn. 1-2, nota 1

Impressioni di un itinerario personale negli anni (n. 1). Scoperta dei dettagli e immediate provocazioni interiori (n. 2)

nota 1. La prima citazione testuale è tratta da MICHELSTAEDTER, *La persuasione e la rettorica,* Milano, 1982, pp. 187, 188, 189 — tesi di laurea (1908-1909) — 1ª ed. Genova, Formiggini, 1913, a cura di Vladimiro Arangio Ruiz. La « rettorica », in quel celebre saggio giovanile, è denigrata nella sua accezione di consolatorio inganno o di elusione discorsiva e banalizzata della nuda verità. In quanto tema da sempre cruciale anche per lo studioso del diritto privato, tale questione è notoriamente tornata d'attualità negli ultimi anni, sulla scia di una ricognizione critica, non sempre pregiudicata in senso rozzamente valutativo, degli argomenti interpretativi. Si è parlato di « nuova retorica » fino alle « decostruzioni » radicali (si rinvia, con le relative appendici, a: sezione terza, I, nn. 18, 22-25; [sezione quarta, I, n. 40; II, nn. 45-47, 49]).

I, n. 3, note 2-4

Prima, arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, Collegio giuridico, anno 1962 (n. 3)

note 2-4. Il testo discusso nel 1962 in un'aula del collegio giuridico pisano (n. 3, nota 2) era di CARDOZO, *Il giudice e il diritto,* trad. it. Gueli, Firenze, 1961. Del volume scrisse anche il magistrato che era autore di un famoso manuale, tutt'ora disponibile nell'aggiornamento a cura di Pietro Schlesinger e a quel tempo consigliato a Pisa per i corsi di diritto privato: TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1261-1273. A distanza di quasi quattro decenni da quella data, ormai lontana, è sorta in Italia una rivista, accessibile sulla rete telematica (*http: //www.gelso.unitn. it.*) dal titolo *The Cardozo Electronic Law Bulletin*. L'iniziativa ha trovato la sua base nell'Università di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Trento per merito di un gruppo di docenti del locale istituto di diritto comparato e anche con l'apporto, spesso molto aggiornato, dei più giovani allievi. Gli *Editors* (nonché gli autori di non pochi saggi leggibili sugli schermi) sono Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri. Funge da *supervisor* Andrea Rossato. Sulla personalità di Benjamin Cardozo nel contesto di quell'esperienza nordamericana degli anni trenta, la quale « in sostanza anticipò il Welfare State socialdemocratico che si imporrà nell'Europa occidentale del secondo dopoguerra », si sofferma in breve GAMBARO, in GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati,* in *Trattato di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 1996, 187-188, ove si sottolinea l'abilità di quel famoso giudice nel « nascondere la scelta di politica del diritto dietro il manto di argomenti giuridici impeccabili » (retorici: o « rettorici » alla Michelstaedter?) e si rammenta la posizione di minoranza in cui, dopo essere stato promosso *obtorto collo* quale « grande giurista » alla Corte Suprema Federale, egli si trovò (non senza l'ottima compagnia di Holmes e di Brandeis) in quel consesso che aveva preso a dichiarare incostituzionali le leggi del *New Deal* e così aveva assunto il ruolo di guardiano « dell'ordine costituzionale basato sull'individualismo proprietario » (sul nesso fra i problemi affrontati dalla cultura giuridica negli anni trenta e negli anni sessanta: II, n. 8; sezione seconda, I, nn. 9-10; sezione terza, I, n. 19; II, nn. 20-21; III, n. 25; IV, n. 29; V, nn. 33-35; il tutto con le relative appendici).

Sul tema del giudice e il diritto innumerevoli sono, com'è facilmente intuibile, gli spunti che possono dare un'idea del trascorrere del tempo. Mi limito a segnalare, in appendice alle prime pagine, il saggio di apertura di una rivista giuridica (*Contratto e impresa*) nata nella metà degli anni ottanta: GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, ivi, 1985, 29 (ove viva era la memoria di un'opera di Walter Bigiavi composta negli anni trenta: [sezione quarta, I, n. 40, nota 1]). A fine secolo di nuovo leggiamo: « con moto costante, procede entro la Corte di cassazione la tendenza … verso l'instaurazione di un sistema giudiziario basato sul precedente vincolante, analogo allo *stare decisis* di *common law* … o corrispondente al sistema processuale spagnolo, che ammette il ricorso per violazione della *doctrina legal*, ossia per violazione dei precedenti del Tribunale Supremo »: ID., *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, ivi, 1999, 889-896, con essenziali riferimenti alle ultime decisioni dei giudici di legittimità.

Al tempo della discussione del libro di Benjamin Cardozo, già sembrava ardito il semplice accostamento fra le due tradizioni di *civil* e di *common law* e il cenno — eretico — alla forza del precedente era tutto affidato a considerazioni di carattere culturale e pragmatico, non sorrette da forti appoggi nelle tendenze del pensiero giuridico o nelle massime della stessa corte di cassazione.

È risaputo che due erano i grandi punti di riferimento della comune cultura giuridica (qui si citeranno i testi nelle edizioni e nelle traduzioni che allora erano già ampiamente disponibili: n. 3, note 3-4): KELSEN,*Teoria generale del diritto e dello Stato,* Comunità, Milano, 1952 (trad. it. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves da *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945); ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Annali delle Università toscane.* Nuova serie-vol. II (XXVI della collezione), fascicolo 5, tipografia Mariotti, Pisa, 1917; ID., ivi, Nuova serie-vol. III (XXVII della collezione), fascicolo 1, Pisa, tipografia Mariotti, 1918.

L'attenzione prevalente era rivolta al sistema delle fonti scritte ovvero all'insieme delle istituzioni nei loro profili organizzativi. Rari, sebbene non mancassero alcuni precedenti celebri, gli studi sulle culture giuridiche non statali. A Sassari, nondimeno, era ancora vivo, nei primi anni sessanta, il ricordo commosso di Antonio Pigliaru. Egli aveva applicato sul campo la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e aveva raccolto una documentazione ricca e varia sulle regole giuridiche tramandate dai pastori della Barbagia. Ne fu tratta una monografia che ebbe una notevole fama: *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1959 (il volume fu riedito, con altri scritti, nel 1970, con il titolo *Il banditismo in Sardegna*). L'accenno, ironico, che nel testo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si fa alle regole delle comunità goliardiche lascia trasparire, e neppur tanto sullo sfondo, la ferma denuncia di tutte le goffe legittimazioni strumentali (dal « nonnismo » militare fino ai misfatti delle mafie): nella consapevolezza dell'assoluta incompatibilità con ogni studio serio e spregiudicato, in termini antropologici e giuridici, delle molteplici forme giuridiche non statali di organizzazione sociale.

Nella sezione terza si accennerà sia al rilievo che ha avuto nella cultura del diritto privato e del diritto del lavoro l'analisi delle formazioni sociali, anche in termini di ordinamento, sia all'impiego di una tale costruzione quando sempre più prenderanno a diffondersi quei fenomeni economici e istituzionali che saranno riassunti nell'immagine di un diritto e di un mercato senza frontiere.

Ma si può dire, più in generale, che il diritto privato nel suo complesso risentirà, sia pure in modi diversi nelle distinte fasi della vicenda novecentesca, della varia attenzione rivolta alle fonti, ossia della prevalenza attribuita, con o senza preoccupazioni di rispetto delle gerarchie codificate, a questo o a quel complesso normativo: che sarà, a seconda degli orientamenti culturali o dei mutamenti istituzionali, prediletto, rimosso, variamente usato a fini costruttivi oppure critici ([altri riferimenti, oltre che nella sezione terza, nelle pagine finali e nella loro appendice: sezione quarta, I, n. 40 ss.]). Anche il discorso più attuale e dominante (che ha per intestazione il « diritto privato europeo ») ha il tono di un'analisi argomentata dall'interno della cultura giuridica solamente se prenda piena coscienza del rilievo innovativo che un tale argomento ha assunto con riguardo allo studio e alla sistemazione critica delle fonti del diritto privato contemporaneo (una documentazione minima è nella sezione terza e nella sua appendice: per esempio, note 13 e 133).

nn. 4-5. II, nn. 6-7, note 5-22

Subito una suggestione emotiva, per affinità e per contrasto. Pisa, Aula Magna Storica, anno 1940: gli alunni del Collegio « Mussolini » (n. 4). Un'altra memoria che si rinnova: anche nel 1940 non si era smesso di discutere del « giudice che crea il diritto » (n. 5). II. Incombente presenza di principi « rischiosi » (persona, diritto soggettivo, limiti all'arbitrio statale; n. 6). Adesioni al fascismo e « ragioni » del diritto: un'ulteriore elementare testimonianza storica sul difficile rapporto fra il diritto privato come forma di cultura e il potere politico (n. 7)

note 5-22. La prima diacronia è a ritroso: da Pisa 1962 a Pisa 1940 (n. 4). Si tenga presente che non tutti gli studenti del Collegio Mussolini potevano fungere da verbalizzanti nel famoso convegno pisano a cui si fa ivi riferimento — *Convegno Nazionale Universitario su i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940-XVIII,* Arti Grafiche Pacini Mariotti, Pisa,1940-XVIII (n. 4, nota 5) — poiché alcuni alunni avevano perduto il posto a causa delle leggi razziali. È il caso di Giorgio Fuà, al quale allude nel numero 13, giugno 1999, del *Sant'Anna News, Newsletter dell'Associazione Ex-Allievi Scuola superiore S. Anna-Pisa*, un ex-allievo, Mauro Stampacchia, nel breve articolo *L'Università di Pisa e le leggi antiebraiche*, ivi, 18-20 (il tema della cultura ebraica a Pisa anche con riguardo alle figure più rappresentative fra i giuristi meriterebbe uno studio a parte: mi limito a segnalare la ricerca di Salvatore Mazzamuto; per un cenno, sezione terza, appendice, nota 123). La discussione fra tanti docenti, e illustri (nel testo si coglie il dialogo fra Mossa, Biggini, Calogero, Grosso, Santoro-Passarelli, Osti, Betti, Nicolò: n. 5; n. 6), è tratta da *Convegno Nazionale Universitario*, cit., 28-29 (n. 5, nota 6), 40-43 (nota 7), 37 (nota 8), 36-37, 18, 42, (nota 9), 19, 26, 28 (nota 10), 27 (n. 6, nota 11), 17 (nota 12). Si persi alla generale importanza dei temi elencati da Rosario Nicolò (nota 9): quelle indicazioni avrebbero potuto essere riprese anche in un diverso contesto delle istituzioni e degli orientamenti politici. Le premesse di un'apertura nei confronti di un sistema arricchito da duttili direttive generali erano palesi. E con quelle si porranno sicuramente in una linea di continuità le voci

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

enciclopediche che lo stesso Rosario Nicolò redigerà proprio all'esordio degli anni sessanta (sezione terza, I, n. 16, nota 6 e appendice).

In Lorenzo Mossa fu molto forte — e lo sarà anche nell'immediato secondo dopoguerra (sezione terza, I, n. 1, nota 1, nota 133 e appendice) — il primato emotivo assegnato alla rivoluzione sociale sopra ogni altro ideale: anche il corporativismo fu idealizzato in tal senso. Molti giovani che si formarono nell'opposizione interna al fascismo e che divennero fieri avversari del regime passeranno per analoga scelta, su di ogni altra dominante, nelle file del comunismo. La documentazione e le testimonianze sono ormai sul punto tanto ricche quanto note (II, n. 6, nota 12; il tema sarà ripreso in breve anche nella sezione successiva: II, nn. 9-11, note 1-12 e appendice). L'ipotesi che di tutto si parlasse fuor che dei veri e propri principi del diritto, dall'urgenza dei tempi trasformati, per ragioni opposte, in principi-tabù, o comunque « rischiosi » (II, n. 6), trova conferma nello scontro fra Carlo Alberto Biggini e Lorenzo Mossa: quando il principio da codificare ha le sue radici nel diritto soggettivo della persona e vi è il rischio di una continuità con le dichiarazioni illuministiche, il giurista fedele al potere autoritario getta la maschera. Il riferimento di Lorenzo Mossa a Karl Anton Martini alludeva — pericolosamente in quel consesso — a un celebre paragrafo della codificazione civile per la Galizia occidentale in cui erano elencati i diritti degli esseri umani: Busnelli, *Il diritto delle persone*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano*. 4-6 giugno 1992, Milano, 1993, 99-137; 103, nota 9; 122, nota 79. Ha rammentato anche La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, 82-83, nota 10, come quella disposizione fosse parsa eccessiva perfino all'allievo Zeiller e non fosse stata riprodotta per intero nel codice civile austriaco del 1811, sebbene fosse ben saldo l'impianto kantiano dell'intero sistema. C'era dunque un'intera tradizione di principi che gli organizzatori ufficiali di quel convegno ripudiavano drasticamente: nell'ostentato rifiuto verbale di una fase intera della storia della cultura giuridica moderna (per alcune ricostruzioni delle codificazioni illuministiche e dei loro fondamenti giusnaturalistici, quali furono proposte negli anni settanta: Corradini, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Milano, 1971; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, 1, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976).

Tutt'altro tono assumeva la discussione ove si torni a pensare al notevole contributo dogmatico di Vezio Crisafulli, oltre che al saggio di Costantino Mortati (le citazioni sono tratte dal volume collettivo dal titolo *Studi sui principi generali dell'ordinamento fascista*, Pisa, 1943: nota 13). Le numerose e accurate ricostruzioni critiche della storia del pensiero giuridico dei due studiosi (anche con riguardo ai saggi apparsi proprio sul limitare degli anni quaranta) consentono di procedere a un rinvio, giustificato anche da una consonanza di fondo con i tanti spunti già contenuti in quelle indagini (nota 14): Costa, P., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*; Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*; Mangoni, *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza* (tutti in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Bari, 1990, rispettivamente 138-145, 54-87, 335-340). La nuova proposta di lettura è limitata soprattutto a quei profili che avrebbero potuto lasciare tracce nella ricerca dei cultori del diritto privato: sulla quale, nel volume suddetto, si soffermarono Salvi, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, ivi, 233-273 e Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, ivi, 275-302. A distanza di oltre mezzo secolo è unanime il riconoscimento dell'importanza storica del saggio di Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 175-271, 178, nota 1 (nota 15). Ne danno atto per primi gli studiosi del diritto civile: Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in Aa. Vv., *I principi generali del diritto*, *Atti dei convegni lincei* - 96 (27-29 maggio 1991), Roma, 1992, 317-328, specialmente 317-318. Fra i costituzionalisti si tenga presente almeno Pizzorusso, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, ivi, 239-254 (in particolare, 231, note 7-10). Le altre citazioni (nota 16) si riferiscono a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 134, 129, 136, 124-125, nota 2 (l'ordine delle pagine corrisponde alle parti testualmente riprodotte). È da tempo studiato il ruolo che il pensiero e l'azione di Costantino Mortati hanno avuto nella cultura giuridica e politica dell'Italia durante la transizione dal fascismo alla Repubblica e negli anni successivi. Pagine molto penetranti, e ancora di viva attualità, sono state scritte sulla linea continua che univa l'opera notissima dedicata a « La costituzione materiale » (Milano, 1940) alla visione della democrazia nascente, ove l'egemonia dei partiti ben presto subentrò al partito unico: così da stravolgere nei fatti proprio quella visione pluralistica alla quale Costantino Mortati chiaramente si rifaceva nel dare pieno rilievo alle organizzazioni sociali. L'unità dell'indirizzo politico di governo e l'aspirazione a un assetto in cui trovassero un equilibrio e un centro la molteplicità degli ordinamenti era compendiata nella formula, che ben presto divenne famosa, del partito in quanto « parte totale ». La letteratura sul pensiero di Costantino Mortati è notoriamente molto vasta. Fra le opere collettive: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990. Per alcuni cenni di sintesi, nel contesto di un ricostruzione storica: BARBAGALLO, *La formazione dell'Italia democratica*, in Aa. Vv., *Storia dell'Italia repubblicana. I. La costruzione della democrazia. Dalla caduta del fascismo agli anni cinquanta*, Torino, 1994, 112 s. Sul pensiero di Costantino Mortati, e sul confronto critico con Hans Kelsen ma anche con Schmitt, proprio alla fine del secolo: FROSINI e RICCOBONO, *Mortati e Kelsen*, in *Mat. storia cult. giur*, 1999, 407-430, ove si precisa come sia aberrante la negazione di ogni specie di trascendenza, sicché il diritto, pur nella « materialità » del suo significato costituzionale è « costituito e garantito dal consenso diffuso intorno ad alcuni valori fondamentali … in primo luogo il valore assoluto della persona umana in ogni sua manifestazione ».

Quale momento esemplare del conflitto fra la convinta adesione al fascismo e la formazione culturale del giurista (n. 7), è segnalato in sintesi (nota 17) l'intervento di BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 327, 329, 330. È forse utile rammentare che gli unici testi richiamati in quello scritto furono dello stesso BETTI (*Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale: fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Atti del Regio Istituto lombardo di scienze e lettere,* 29 maggio 1941), nonché di JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur.*, 1932, 129 ss. e di MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. studi corp.*, 1930, 259-282. Alessandro Pizzorusso ha messo in rilievo con ferma chiarezza l'orientamento molto prudente di Emilio Betti e la tendenza a subordinare i principi scritti all'ordinamento giuridico tradizionale (si noti che a quel tempo, nella cornice della costituzione flessibile, anche Costantino Mortati, come ha osservato lo stesso Pizzorusso, ammetteva il primato delle norme di dettaglio incompatibili con i principi): *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, cit., 241, nota 7. Emilio Betti temeva chiaramente l'invadenza delle direttive imposte dalle fazioni politiche che non tolleravano, senza conoscerli, gli apporti specifici della scienza giuridica. Quest'atteggiamento coesisteva con la fede in un'immagine culturalmente ideale del fascismo, al quale non erano imputati gli arbitri del bolscevismo e le degenerazioni percepibili nella concezione nazista del diritto. È quanto risulta con molta evidenza pure dal confronto, per contrasto, con le idee espresse, perfino nel campo del diritto penale, da chi includeva nella fede fascista anche il ripudio delle più elementari garanzie del cittadino: MAGGIORE, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali*, cit., 83-95, specialmente 90-91, ove si suggeriva di seguire il modello tedesco nella convinzione di una piena comunanza con il modello italiano (« la Germania, Stato, come il nostro, tipicamente autoritario e totalitario, ha già introdotto, fin dal 28 giugno 1935, la interpretazione largamente analogica nel diritto penale … quando si tratti di fatti che offendono il 'sano sentimento del popolo' »: *gesundes Volksempfinden*). La penetrazione delle idee del tempo si avvertiva, nondimeno, perfino negli scritti dei giuristi che erano più tiepidi nelle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

professioni di fascismo, se perfino non erano visti con sospetto dal potere dominante. Su quest'ultimo punto si pensi alla « raccomandazione riservatissima » indirizzata dal segretario del partito fascista Vidussoni, che aveva come bersaglio Lorenzo Mossa: « uno dei professori che va seguito e sorvegliato attentamente … frequenta prevalentemente elementi antifascisti ed intima è la sua amicizia col senatore Zerboglio, noto ed acido oppositore del Regime ». Il tono « rozzo ed esplicito dell'informativa di polizia » è posto in rilievo da TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990, 242-245, nota 126, con riguardo all'opuscolo, da Teti stesso segnalato, di MOSSA, *Corto epistolario per i codici fascisti*, Livorno, 1946, ivi, 245, ove sono documentati anche i sospetti nei confronti di Francesco Ferrara (nota 18).

La lettura dei testi ufficiali risente nondimeno, come si è accennato, di una cultura fortemente ostile nel suo complesso alle idee liberali anche in FERRARA, *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 313-319, 314-315, sebbene in tal caso gli omaggi rituali allo Stato non cancellino l'importanza innovativa del pensiero, proprio per l'aspetto che si riferisce ai principi: PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto*, cit., 239-240, n. 2. Più temperato, pur nel prendere atto del valore giuridico della Carta del lavoro quale somma di principi-guida per l'interprete (nota 20), si mostrò PUGLIATTI, *Intorno alla codificazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, ivi, 359 ss. Fedele al suo temperamento socialmente battagliero, che non temeva il rischio delle opposte strumentalizzazioni (nota 21), fu MOSSA, *Regole fondamentali della vita del diritto*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 365-372, 366, 367-369, 370, 371, 372. Non mancarono gli omaggi rituali e gli inni al Duce fonte delle fonti (a cui non si sottrasse neppure Widar Cesarini Sforza). In disparte, ma con proposte specifiche su molti punti, e con tratti talvolta originali (nota 22), si tenne FUNAIOLI, *Sui principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*, in Aa. Vv., *Studi sui principi generali*, cit., 375-379, fedele anche a talune idee che egli stesso aveva documentato e discusso in un saggio anteriore di un decennio: *La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 135-153 (la cui importanza storica si trae anche dal confronto con altri saggi degli anni trenta in materia contrattuale: il rinvio è alla successiva sezione e alla sua appendice).

Come si osserva nel testo, manca una documentazione sulle posizioni dei giovani giuristi e intellettuali degli anni trenta e quaranta. Sono invece ricchissime le notizie tratte dalle testimonianze degli studiosi di altre discipline, dei letterati e dei poeti. Il trauma di chi era stato fascista, e sentiva di aver perduto la giovinezza a causa di quel catastrofico errore, era da molti confessato apertamente in quegli anni: insieme con la speranza di un riscatto. Molti erano giovani figli di padri borghesi che si erano formati nell'Italia liberale; e sentirono l'esigenza di compiere una scelta che non fosse in alcun modo compromessa con il passato. L'adesione al comunismo ebbe, in tanti, un'impronta volontaristica; fu fatta non di rado in condizioni di cosciente inconsapevolezza, senza aver letto una riga di Marx o di Lenin: quasi nella totale mancanza di presagi sull'approssimarsi di un nuovo trauma. Illuminanti le citazioni di tante pagine. Si pensi, in un ben più vasto elenco, agli scritti di Vittorini, di Bianchi Bandinelli, di La Penna; alle confessioni dei nonni e dei padri liberali nel dialogo con i figli e con i nipoti che furono prima fascisti « eretici » e poi comunisti; qui, fra i padri, sono presenti figure storiche di celebri giuristi: Arturo Carlo Jemolo, Piero Calamandrei; sui quali — e ancora su molte altre voci — si sofferma esaurientemente MANGONI, *Civiltà della crisi. Gli intellettuali tra fascismo e antifascismo*, in Aa. Vv., *Storia dell'età repubblicana. La costruzione della democrazia. Dalla caduta del fascismo agli anni cinquanta*, Torino, 1994, 617 ss. Ancor oggi testimonianze e documentazioni essenziali si traggono da ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo. Contributo allo studio di una generazione*, Milano, 1962 (rist., 1998, Milano, Mursia).

Per altre notizie, si rinvia alla sezione seconda, e all'appendice: I, nn. 9-12, parte finale; e note corrispondenti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II, n. 8, note 23-26.

Seconda, non meno arbitraria, tappa nel tempo: Pisa, corsi di diritto civile, anni 1963, 1964 e 1965 (n. 8)

note 23-26. Un ulteriore salto cronologico, ma questa volta in avanti, comporta di nuovo un ritorno a Pisa, in quell'aria degli anni sessanta da cui si erano prese le mosse (n. 8). I « fondali » sono disegnati prendendo a prestito le immagini fissate nella pagina di uno storico (nota 23): LANARO, *Storia dell'età repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, Venezia, 1992, 372, 375 s. Si leggano anche le considerazioni sul discorso da Paolo VI dedicato all'« uomo », il 26 settembre 1963: « crollano … muraglie secolari … preconcetti inveterati … altezzose preclusioni, insieme con veti e gelosie e appetiti di primato ». Si accenna anche ai docenti universitari del tempo e al tema del colloquio al collegio giuridico sulla proprietà privata nel rapporto con l'art.42, 2º comma, cost. A quest'argomento si legavano le letture — ideologicamente « sospettabili » in maniera diversa — di alcuni saggi assai noti, scritti negli anni trenta, negli anni cinquanta e all'esordio stesso degli anni sessanta. Si tornerà sugli scritti di Filippo Vassalli, di Salvatore Pugliatti, di Ugo Natoli, di Stefano Rodotà (sezione terza, II, n. 21; III, n. 25; IV, n. 29; V, nn. 30-35; oltre alla relativa appendice). Nel testo già si accenna [il tema sarà ripreso specialmente nella sezione quarta, I, n. 40, nota 1, e nell'appendice] alla definizione dell'ermeneutica (di Marx, di Nietzsche e di Freud) nei termini di un' « ermeneutica del sospetto » (nota 24): RICOEUR, *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Milano, 1967, 381. Sono anche segnalati due scritti (note 25, 26) che, già sulla fine degli anni quaranta, studiarono la costituzione come « norma giuridica »: GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, 1 ss., 1; PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, ivi, I, 189-194 (con riferimento all'art. 36 cost.). Non c'erano più i timori nei confronti dei proclami di un potere totalitario, sebbene non si debba ignorare — e qui può notarsi un profilo di continuità — che Salvatore Pugliatti stesso (nota 19: ma spunti in tal si leggono anche in altri scritti di autorevoli civilisti fin dagli anni trenta) aveva riconosciuto l'influenza interpretativa e sistematica della Carta del lavoro nell'intero sistema giuridico e dunque anche nel diritto privato, dopo che alla stessa era stata attribuita formale efficacia normativa con la L. 30 gennaio 1941, n. 14. Certo è che, ora, il tema stesso del colloquio degli anni sessanta in materia di proprietà imponeva di far ritorno agli anni anteriori alla guerra (sezione terza, I, n. 21; V, n. 34; oltre alle note della relativa appendice).

Le formule della carta del lavoro e della carta costituzionale repubblicana aprono un capitolo a parte e non ancora chiuso, ove le scoperte innovative si intersecano con la nascita di nuovi orientamenti di pensiero non sempre criticamente controllati. Una ricerca storica approfondita evita di trarre giudizi sbrigativi e univoci dall'analisi del movimento scientifico e giurisprudenziale, oltre che politico-costituzionale, quale maturò negli anni, coincidenti complessivamente con i primi decenni del secolo, in cui il fascismo (e qui dovrebbero analizzarsi più attentamente punti di contatto e divergenze con il nazionalsocialismo) ebbe modo di imporsi. Piero Calamandrei affermò (come si vedrà in una nota dell'appendice alla terza sezione) che il fascismo si limitò a mettere il suo segno propagandistico su di una cultura giuridica che al fascismo era estranea. Una più meditata lettura degli scritti giuridici che precedono, che accompagnano l'avvento del fascismo, e di quelli che variamente reagiscono alla sua caduta, dà rilievo a un quadro più complesso, alcuni aspetti del quale già trapelano, in termini più generali, dall'antologia di DE FELICE, *Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici*, nuova ediz. con prefazione di G. Sabbatucci e ulteriori testi, Roma-Bari, 1998 (1a ed.: 1970). Per un verso, la cultura fascista non fu sempre banalmente imitativa e rozzamente propagandistica ma incluse tentativi diretti a confrontarsi, anche nella cornice del diritto, con i problemi storici del passaggio dall'economia individuale all'economia di massa e con la conseguente irruzione del controllo « pubblico » e dell'istanza « sociale » negli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stampi individualistici della tradizione. Per un altro verso, e soprattutto in alcuni settori, è palese la ricerca, nel complesso pervasa di forti contraddizioni, diretta a favorire la formazione di moduli organizzativi e giuridici non ancora consolidati nel passato, tanto sul piano delle strutture amministrative dell'economia quanto sul piano della progettazione giuridica e della revisione concettuale di talune figure centrali del diritto privato (proprietà, contratto, impresa). Si tratta di moduli non sempre autarchicamente ignari delle sperimentazioni in materia di contrattazione collettiva e d'interventismo statale dell'economia quali prendono a rafforzarsi o a delinearsi nelle democrazie degli anni trenta; i cui esponenti — messi alle strette, a loro volta, dalle gravi difficoltà delle istituzioni giuridiche ed economiche liberali — spesso valutano con interesse e perfino con una punta di mimetica ammirazione gli ambiziosi disegni del governo pianificato dell'economia e del corporativismo: sezione successiva e relativa appendice.

Questi aspetti sembrano ormai non più discussi sul piano storiografico. Devono invece evitarsi sia la strumentalizzazione neo-apologetica indiscriminata, la quale quasi identifichi il fascismo nel suo complesso con talune istanze che sono definite con il ricorso alla formula troppo generica della modernizzazione nazionale o dell'ostilità al potere della grande borghesia capitalistica (né importa, ovviamente, se il segno politico di tali riabilitazioni riduttive sia frutto del perpetuarsi di alcuni parametri di giudizio nei quali si è soliti ravvisare l'ispirazione fondamentale di una « cultura di destra » ovvero una « cultura di sinistra »); sia l'opposta tendenza diretta a individuare nelle istanze di socialità degli anni sessanta nient'altro che l'imbarazzante eredità della cultura solidaristica del fascismo.

Sono esemplari, in tal senso, le fuorvianti speculazioni riduttive e di segno opposto sull'orientamento culturale e di politica economica di cui chiaramente risentono gli articoli corrispondenti della carta costituzionale repubblicana (artt. 35-47).

Proprio Carlo Alberto Biggini — il giurista che a Pisa si scontrò con Lorenzo Mossa — il 24 novembre del 1943 fu incaricato dal consiglio dei ministri della repubblica di Salò di redigere una bozza di costituzione. Gli storici hanno messo in rilievo lo stretto nesso esistente, in alcune formulazioni letterali, con gli artt. 4, 36, 38, 42, 2° comma, della costituzione italiana del 1948 (diritto al lavoro, salario commisurato alla dignità della vita personale e familiare, assicurazioni sociali, funzione sociale della proprietà): LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta,* Padova, 1992, 49.

Nessuno può porre in dubbio l'evidenza dei riscontri testuali e i profili di continuità con la carta del lavoro. L'operazione che non convince sta nel servirsi di queste corrispondenze allo scopo non già di confermare l'evidenza di una comune temperie culturale posta sullo sfondo bensì nell'intento di assegnare virtù anticipatrici all'una carta o vizi anacronistici, per di più sospetti, all'altra. Arbitrarie sono le letture che pretendano d'isolare le costituzioni economiche dall'assetto delle garanzie delle libertà e dei diritti fondamentali o viceversa: così da imboccare strade apologetiche o denigratorie tanto facili quanto arbitrarie.

Altro è l'avvio di una riflessione che, proprio per il fatto di non essere astratta dal quadro sistematico dello Stato di diritto e dalla cultura complessiva che quell'assetto per fattori storici notissimi abbia reso più complesso, sia ormai in grado di porre in rilievo le lacune diacroniche più vistose e di fondare nuove interpretazioni più coerenti con i presupposti dell'insieme: ossia con un orizzonte complessivo che è compatibile con il fatto storico dell'ingresso nel diritto dell'istanza sociale ma che è anche per sua essenza sottratto, quale che sia l'ambiguità non risolta del retroterra culturale, a ogni dominio assoluto, pubblico o privato, della sfera economica. Si vedrà che questi sono i punti critici discussi alla fine del secolo: tanto con riguardo alla generale cornice di una nuova « costituzione economica europea » (CASSESE, S., *La nuova costituzione economica europea*, Bari, 1995) quanto con riguardo alla più specifica — e in Italia per troppo tempo rinviata — centralità di una politica antimonopolistica (fra i saggi meno lontani negli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anni, con documentazione aggiornata: NIVARRA, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, 469-502; ulteriori riferimenti, sempre in via di rapidissima sintesi si daranno nell'appendice alla sezione terza [e quarta], ossia nei luoghi in cui si accennerà ancora al « diritto privato europeo » e alla letteratura su « diritto e mercato »).

Tanto con riguardo alle posizioni dei giuristi quanto con riguardo alle posizioni degli economisti (nei primi anni seguiti alla caduta del fascismo) è attestata la tendenza a servirsi dell'argomento retorico del rischio di una continuità con gli aspetti corporativi o dirigistici del fascismo allo scopo di opporsi a ogni discussione sulla « modernizzazione del sistema del diritto civile » (RODOTÀ, *Disciplina della proprietà e modernizzazione del diritto privato*, in SESTA, a cura di, *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994, 109-126, 126) e allo scopo di rendere estremamente difficili le « politiche economiche democratiche » nel secondo dopoguerra (è considerato esemplare il caso di Giovanni Demaria, economista di idee liberali, il quale, nel 1942, al convegno pisano sui problemi economici dell' « ordine nuovo », fu fermamente critico nei confronti del regime e, di lì a quattro anni, « divenne il responsabile della Commissione economica per il ministero della Costituente »; e, infatti, il *laissez-faire*, almeno fino al 1950, non fu posto in discussione: FAUCCI, *La cultura economica*, in DEL BOCA-LEGNANI-ROSSI, M.G., a cura di, *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Roma-Bari, 1995, 505-528, 528). Anche con riguardo alla costituzione economica, un'attenta analisi dell'apporto degli economisti liberali ai lavori preparatori consente di respingere l'opinione secondo cui quelle disposizioni si ridurrebbero a « un prodotto ormai anacronistico dello statalismo di sinistra imperversante nell'immediato dopoguerra »: ID., *Dall'« economia programmatica » corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in questo *Quaderno* (titolo e testo provvisori, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore). Le disposizioni della costituzione economica, in seguito, non furono avversate soltanto dagli « ultimi moicani del liberismo ottocentesco », ma, nella durezza « che caratterizzò la lotta politica in Italia tra il '47 e il '53 », furono respinte, per ragioni opposte, da molti settori della sinistra: MANCINI, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, *sub* art.4, 199-276, 218 s. (ove, allo scopo di sottolineare « i limiti culturali » delle posizioni estreme, si rammenta il giudizio che nel 1935 gli industriali dell'Oklahoma dettero del programma di Roosevelt: « supera Stalin in stalinismo, i soviet russi in sovietismo »).

I cenni contenuti in queste pagine si limitano a documentare e a commentare sommariamente le citazioni del testo. Altri spunti si traggono da: ALPA, *I principii generali del diritto. Due vicende culturali d'anteguerra*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIII, Milano, 1993, 193-199; COSTA, G., *I principi del diritto in epoca fascista. In particolare sui principi dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Arch. giur.*, CCXIII, 1, 1993, 49-90. Poiché, com'è intuibile, la letteratura è sconfinata, mi limiterò a rinviare a una sintesi complessiva: BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, 2ª ed., Torino, 1999, 201, 309 (l'aggiornamento bibliografico giunge fino al 1995: ivi, 203-309). Una visione d'insieme sugli orientamenti della letteratura civilistica italiana, non senza un utile e selettivo confronto con le opinioni prevalenti in Germania, si deve ora a PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in ID., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999, 3-22, 97-104.

Con speciale riguardo al tema ricorrente dei principi, e agli atteggiamenti sul punto della cultura giuridica nell'ultimo decennio del secolo, altre indicazioni si daranno [nell'ultima sezione e nella corrispondente appendice (I, n. 42; II, n. 48)].

Qui si può soltanto anticipare — lo spunto può valere anche per le clausole generali — che il senso primo del lavoro del giurista [(come si vedrà anche nel dedicare qualche cenno all'indirizzo epistemologico di tipo analitico: sezione quarta, appendice, I, nota 1)] consiste certamente nel sostituire l'immagine sfocata con l'immagine nitida, poiché quel che è sfumato (quand'anche abbia una forza morale, politica, poetica) sta spesso (e non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è male che resti) in un'altra sfera dell'esperienza e della vita e delle loro rappresentazioni culturali e simboliche. Eppure, parafrasando un passo delle *Ricerche filosofiche* di Ludwig Wittgenstein (la cui segnalazione devo alla prima pagina di Paolo Rossi: *Un altro presente. Saggi sulla storia della filosofia*, Bologna, 1999), non è meno importante che anche nel recinto del diritto ci si chieda se sia sempre possibile sostituire un'immagine sfocata con una nitida; e se, spesso, non sia proprio « l'immagine sfocata » — parole di Wittgenstein — ciò « di cui abbiamo bisogno »: sia pure nel nesso con le immagini (nel diritto: le regole) ben messe a fuoco.

Sezione Seconda

Le pagine della seconda sezione sono dedicate (come dice il titolo) a un'incursione negli anni trenta. A suo tempo resa necessaria dal colloquio collegiale sulla proprietà e sulla costituzione (anni sessanta), era oggidì nuovamente favorita (anno 2000) dalla contiguità anche logistica con la sede e con la biblioteca della celebre « scuola » diretta da Giuseppe Bottai. Fra i tanti temi di possibile discussione (anche oltre le analisi in materia di proprietà, di disciplina dei beni e d'impresa sulle quali si tornerà nella sezione successiva) l'attenzione è stata limitata, per ragioni tanto facilmente intuibili quanto palesemente opinabili, a una selezione di suggestioni culturali e di saggi, pubblicati da cultori del diritto privato, che non fossero inseribili per intero nel quadro della lezione « formalistica » (generalmente ascritta alla letteratura di quel decennio e dei successivi, almeno fino alla presunta svolta degli anni sessanta) e che neppure fossero del tutto riducibili all'esaltazione del potere dominante (I-II). Come suggestione culturale è specialmente presa in considerazione, alla stregua di un pensiero se non unico variamente dominante, la « critica delle teorie giuridiche di cui si sospetta l'asservimento all'ideologia individualistica del liberalismo » (I). Alcuni cenni sono dedicati alle radici, non sempre strettamente fasciste, di una tale *koiné* (scuola di studi corporativi, diffusione dell'istanza sociale, demolizioni del diritto soggettivo: nn. 9-11, note 1-12). Fra gli scritti che negli anni trenta si sottraevano all'alternativa netta tra formalismo e propaganda, sono presi in esame, sotto il titolo « prime visioni delle categorie in trasformazione » (II, nn. 12-15, note 13-20), le celebri voci di Osti sul contratto nella versione prebellica e nella versione postbellica, un saggio di Ascarelli sui riflessi sistematici delle innovazioni introdotte dalla legislazione speciale e alcuni famosi interventi di Betti, non privi di toni polemici, sulle linee della codificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti e sul confronto critico con le correnti di pensiero dominanti nella Germania nazista. Si tratta di orientamenti, scelti fra i tanti possibili, in quanto diversamente sensibili a dominanti istanze di « modernizzazione ».

I, nn. 9-11, note 1-12

Locali pisani della Scuola di perfezionamento nelle Discipline Corporative: nuove letture di vecchi testi (n. 9). Diffusione dell'istanza « sociale » nella letteratura di quel tempo (in maniera indipendente dal carattere autoritario o totalitario delle istituzioni politiche: n. 10). Demolizioni del diritto soggettivo (n. 11)

note 1-12. Sui locali pisani della Scuola di perfezionamento nelle Discipline Corporative, e sul loro passaggio all'Istituto di diritto del lavoro (prima dell'ingresso nel Dipartimento di diritto privato « Ugo Natoli »), ecco la testimonianza di Giuseppe Pera, direttore per tanti anni di quell'istituto (prolusione al corso di diritto del lavoro, letta « nell'aula magna storica della mia cara Università di Pisa », il 1° dicembre 1966, pubblicata con il titolo: *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trim. dir. proc. civ., 1967, 190 ss., 191-192): « nell'atto stesso in cui tutta una generazione di studiosi di varie discipline lavorava qui …, per cercare di dare fondamento scientifico e adeguati svolgimenti a un'idea ricostruttiva dell'intero ordine sociale che gli eventi successivi hanno dimostrato sterile e illusoria, era implicito e coessenziale l'intento di non fermarsi al solo dato giuridico formale, ma di allargare l'indagine a tutti gli aspetti e profili, giuridici e no, reciprocamente interferenti; tanto che se io oggi fruisco della possibilità di dirigere un istituto che sta con la sua ricca e varia biblioteca da gran signore tra gli altri … lo debbo unicamente all'opera, se volete alla illusione, di quei lontani predecessori ». E già era con chiarezza indicata l'esigenza di studiare quel tempo storico con maggiore cura: sia nel senso di riscoprire « il più o meno sottile passaggio giustificativo dal c.d. fascismo di sinistra a ben diverse ideologie attuali », sia nel senso di opporsi allo stereotipo di un'uniforme agiografia propagandistica, che trovava chiare smentite in molte posizioni critiche, autocritiche e anche in « progetti quasi ereticali ». Si trattò, insomma, « nei limiti invero angusti che ogni dittatura consente », di « una generazione di uomini pensanti », non sempre animati da fedi assolute; ché anzi un'« intima inquietudine » tormentava, « al di là delle finzioni ufficiali », l'uomo « per opera precipua del quale quell'esperienza ebbe vivace impulso: Giuseppe Bottai ». Mai si dovrebbero tuttavia trascurare le contraddizioni più palesi; per esempio, l'atteggiamento assunto nei confronti delle leggi razziali, ove la critica era tutta ispirata a tatticismo politico e pervasa di toni d'assai dubbio gusto nei confronti delle vittime (è criticato l'errore politico di voler sparare con un cannone contro un uccellino per giunta « circonciso »: pagina del celebre diario 1935-1944, nella data della promulgazione dei noti provvedimenti anti-ebraici dell' 11 agosto 1938).

Ben diverso, in quella tragica vicenda, fu l'atteggiamento assunto da Giovanni Gentile (e chi ha avuto modo di documentarlo senza preconcetti è rimasto stupito « di come la storia sia sempre più complessa di quanto ogni pregiudiziale scelta di campo farebbe supporre »): DURST, M., *Gentile direttore scientifico dell' « Enciclopedia italiana »: una difficile opera di mediazione*, in *Giorn. crit. filos. ital.*, 1999, 240-266, 266.

Il 2 maggio 1930, nella relazione al primo convegno di studi sindacali e corporativi, proprio BOTTAI, *Il Consiglio nazionale delle corporazioni*, 2ª ed., Milano, 1933, 91; ID., *Esperienza corporativa*, II, Firenze, 1935, 558, chiedeva alla scienza giuridica italiana « un sano eclettismo » … « congiungere e contemperare le indagini *de lege condita* con quelle *de lege condenda* » … « tener presenti il senso della continuità del diritto col senso della sua progressività » … unire « considerazioni di carattere politico a quelle d'ordine tecnico » (n. 9, nota 1).

Il pensiero filosofico più autorevole, con l'idea dell'inseparabilità della pienezza di libertà dalla completa realizzazione dello Stato etico (nota 2), rendeva anche la « libertà » nuova, nella speranza di conciliare un conflitto storico e giuridico altrimenti insanabile: GENTILE, *Il mio liberalismo*, in *La nuova politica liberale* (secondo la ricostruzione complessiva suggerita da BOBBIO, *Cultura e fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, 211-246, a cui si rinvia per una prima informazione).

Con l'aiuto, fra le altre, anche di una famosa e quasi pionieristica ricerca di Sabino Cassese (*Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in *Pol. dir.*, 1970, 404-447), da tempo anche i giuristi sono tornati a riflettere in maniera meno indifferenziata su quelle figure di intellettuali che crearono problemi alle gerarchie conservatrici (nota 3). Vaghe idee comuniste — racchiuse nella formula celebre della « corporazione proprietaria » — furono notoriamente espresse, dentro la cornice di una piena e convinta adesione al fascismo, da SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, in *Atti del Secondo Convegno di Studi sindacali e corporativi*, Ferrara, 5-8 maggio 1932, I, Roma, 1932, 187. Molti giovani fascisti, che erano mossi da concezioni che ambivano perfino a essere rivoluzionarie sul piano della giustizia sociale, ne furono attratti, contro le cautele dei politici. Giuseppe Bottai, che si proponeva quale mediatore ma che al tempo stesso non rinunciava al dialogo con i movimenti più radicali, parlò dell'insosti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuibilità della « lotta di classe » e della « lotta delle categorie economiche fra di loro, nonché della contrapposizione degli interessi »: *Intervento*, ivi, 316. In termini giuridici, si univa a tali tendenze una visione nuova dell'ordine verticale tra le fonti (sezione terza [e soprattutto sezione quarta]) all'insegna dell' « attività creatrice del diritto » da parte del giudice (sezione prima) e in polemica con « la vecchia idea liberale »: VOLPICELLI, *I presupposti scientifici nell'ordinamento corporativo*, ivi, 125 ss., 150.

È importante riflettere, in un tale quadro tutt'altro che lineare, ai contatti dei giuristi italiani con i giuristi tedeschi dopo l'avvento del nazionalsocialismo (segni ben visibili sono rimasti nelle riviste scientifiche; si ricordino ancora le notazioni di Emilio Betti, sezione prima e sezione seconda, nota 17). Ben più esplicite furono le testimonianze di giovani storici che si erano trasferiti in Germania per le loro ricerche e che furono a quel tempo costretti a prendere atto del mito di un nazismo guidato da una generazione nuova, ostile alle vecchie « forze … della grande industria, dell'alta finanza, degli agrari ». Con accenti sconsolati, il giovane fascista anticapitalista notava che quelle forze « erano sostanzialmente intatte » contro gli ardenti auspici delle « folle dei giovani hitleriani ». Questa era l'interpretazione, suggerita come la più probabile, degli avvenimenti del 30 giugno 1934: « vittoria dell'elemento militare e 'reazionario' su quello rivoluzionario, accompagnato da abili colpi contro i portavoce della 'Reazione' e dal saldo di vecchi conti, e immutati restando molti vecchi motivi ideologici e propagandistici, come la fede nel 'Führer' Hitler »: CANTIMORI, *Note sul Nazionalsocialismo*, in *Arch. studi corp.*, 1934, 291-328, ove chiarissima è la suggestione di un metodo di analisi e di un linguaggio d'ispirazione marxista: lo storico, una volta che fu passato nelle file dell'antifascismo dopo la fronda giovanile fascista, ne prenderà atto apertamente (nota 4).

Ancor più merita di essere meditata, nella linea dell' associazione d'idee con gli anni sessanta, l'ammirazione di Giuseppe Bottai per l'America rooseveltiana e per il « gigantesco esperimento della politica personale del presidente »; si deve ricordare che egli scriveva sul *Corporate State* in *Foreign Affairs* fino a comparare l'esperienza corporativa con il *New Deal* e a proclamare che i due movimenti « hanno in comune gli scopi di una più equa distribuzione della ricchezza, il raggiungimento di un più solido equilibrio sociale e l'eliminazione dei fattori di disturbo di questo equilibrio costituiti dal sorgere di potenti interessi finanziari e industriali »: CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta*, cit., 428; e, ivi, anche un cenno all'orientamento « anticapitalistico e riformatore », nonché all' « accentuato dirigismo anticrisi »: 429.

Per comprendere la comune temperie culturale di quegli anni (nota 5) bisogna tener presente, con HOBSBAWM, *Il secolo breve, 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, 1995, 132-133, che perfino dinnanzi *all'American Economic Association* si sentì dire che le previsioni di Marx sembravano avverarsi e che la fiducia di molti nei liberi mercati era scossa dagli apparenti successi del nazismo nella lotta « a tutti i costi contro la disoccupazione » nonché dalla sensazione che l'URSS fosse rimasta immune dalla catastrofe.

Ben si intuisce allora per quali ragioni l'insieme dei tratti nuovi che caratterizzarono la grande depressione degli anni trenta continui a essere esplorato con ampiezza e con rigore in sede storiografica (nota 6). Riporto qui una sintesi molto efficace: impossibilità di ricorrere alla classificazione della crisi secondo « una visione o sequenza ciclica »; crollo dei « fattori unificanti » anteriori al primo conflitto mondiale; alterazione delle pratiche collaudate dei rapporti di mercato a causa della « moltiplicazione dei soggetti statal-nazionali »; diffondersi di « rapporti predatori o parassitari » in sostituzione degli equilibri mercantili e aumento degli squilibri; ricorso a « decisioni politiche » che si autoproclamavano « correttive » con la connessa espansione, legittimata nei termini di un « compito obbligatorio », degli interventi statali, ben oltre la « prassi liberista » dominante prima della guerra 1915-1918, anche con funzioni redistributive a causa della necessità di non perdere il consenso delle masse che ora partecipavano in maniera più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attiva ai processi di decisione; inadeguatezza degli Stati alle nuove contingenze (« indebitamenti strutturali, inefficienza dei meccanismi fiscali, tendenze sperperatrici della macchina amministrativa »), sicché, nell'assenza di una forza regolatrice e nell'alterato funzionamento dell'economia mondiale anche a causa del coinvolgimento di aree nuove (un tempo extraperiferiche), « inflazione, svalutazione della moneta, manipolazione dei cambi diventano consapevoli strumenti di politiche economiche ». Questo quadro è tracciato, con le necessarie informazioni, da ARE, *La grande depressione degli anni Trenta. Bilancio storiografico e prospettive (nere) per il futuro*, in *Nuova storia contemporanea*, 1999, 29-60, specialmente 57-58; ID., *Ripensare Roosevelt nell'epoca della globalizzazione. Dalla revisione del New Deal alla critica del turbocapitalismo*, ivi, 95-124 (ov'è, anche un cenno alla documentazione sull'aperta simpatia di molti *new dealers* per il fascismo: 115).

Nel testo è riprodotto un passo del discorso celebrativo che Roosevelt tenne in occasione del 150° anniversario della *Philadelphia Convention*. Osserva FERRARA, A., *Democrazia e teoria sociale: un ponte ancora da costruire*, in *Fenomenologia e società*, 1998, 28-36, 35, che quella *vita* con cui il diritto deve mettersi alla pari, secondo un discorso vago e ricorrente che fa sempre un grande effetto (e che il presidente americano infatti puntualmente riprese), noi, all'inizio del XXI secolo, la incontriamo soltanto al *plurale*, non come certezza, ma come problema (la traduzione è quella proposta dallo stesso Ferrara; le parole pronunciate dal presidente sono tratte da ACKERMAN, *We the People*, II, Cambridge/Mass., 1991-1998, 378 s.).

In termini giuridici si apre qui uno dei più interessanti capitoli nella storia della comparazione giuridica e nella ricostruzione della cultura giuridica nordamericana: una sintesi documentata si trae da GAMBARO, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 1996, 184 ss., in particolare 187-191.

Nel confronto con i tentativi seguiti alla fine della seconda guerra mondiale (in Italia soprattutto negli anni sessanta), è pur vero che la sperimentazione di nuove politiche sociali ed economiche era soltanto in una fase primordiale (è ricordata l'esperienza svedese di Gunnar Myrdal dopo il 1932) e ancora mancava una dottrina economica rinnovata, ove si pensi che la *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta* di Keynes fu pubblicata nel 1936: era dunque del tutto embrionale il progetto di « un capitalismo sfrondato dalla fiducia nella superiorità ottimale del libero mercato e riformato attraverso una sorta di matrimonio o di legame permanente con la socialdemocrazia moderata o con la sinistra non comunista »: HOBSBAWM, *Il secolo breve*, cit., 133 (nota 7).

Non sarà mai abbandonata peraltro, neppure negli anni novanta, la metafora della « terza via », a cui già avevano reso omaggio, spesso nella più ferma ostilità reciproca, i teorici del corporativismo e i fautori delle democrazie liberali. L'equivocità del linguaggio tradiva e ancora tradisce, come sempre, un disagio: « a chi come me è vissuto durante quegli anni riesce quasi impossibile capire come le dottrine liberiste, allora ovviamente in discredito, possano essere tornate in voga in un periodo di depressione quale quello degli ultimi anni ottanta e degli anni novanta, nel quale, di nuovo, esse hanno dimostrato la loro inadeguatezza teorica e pratica. Tuttavia questo strano fenomeno dovrebbe farci venire alla mente un grande aspetto della storia che esso esemplifica: la incredibile brevità della memoria sia dei teorici sia degli operatori dell'economia. Esso offre anche la chiara dimostrazione di come la società abbia bisogno degli storici » (*ibidem*, 127; nota 8).

Anche chi muova da premesse diverse, e sia più scettico sull'apporto delle regole del diritto alla creazione di un diverso assetto della società, non manca di porre in rilievo alcuni dati statistici: sia il « progresso impetuoso delle relazioni di mercato » sia l'« aggravamento delle disparità e dei conflitti ». Così ancora ARE, *La grande depressione*, cit., 60, il quale, nel porsi il problema della « comparabilità con la crisi incombente oggi », conclude sconfortato che « nessuna certezza esiste né che la capacità dei decisori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sia adeguata alle circostanze …, né che le idee che li guidano siano idonee allo scopo, né che la gravità del compito sia un incentivo alla concordia fra di essi » (nota 9); ID., *Ripensare Roosevelt*, cit., 124: « se la storia è un tessuto inconsutile come la tunica di Cristo, quell'ieri è lo sfondo più appropriato per capire le forme che l'oggi va assumendo ».

Certo è che tutte le riletture giuridiche qui suggerite difficilmente sarebbero comprensibili senza un'ambientazione generale più lontana nel tempo e non assimilabile alle contrapposte ideologie totalitarie (n. 10: diffusione dell'istanza « sociale » contro il legalismo tradizionale monopolizzato dallo Stato; n. 11: demolizioni del diritto soggettivo): DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., I, Paris, 1927; ID., *Les transformations générales du droit privé*, Paris, 1920, 147 ss. (nota 10). « *Dressé contre le fétichisme de la loi dont il détruit la prétendue prépondérance, le droit social extra-étatique reste donc un droit positif dans le sens large et précis du terme qui n'a rien à voir avec le droit imposé par un commandement* »: GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1931, 10 (nota 11).

Questi temi erano ripresi, per finalità politiche diverse, nella cornice del corporativismo fascista, ove: incominciava a diffondersi « il dubbio che alla legge formale e parlamentare possa riconoscersi ancora il monopolio della qualificazione giuridica »; si opponeva al sistema reale un sistema virtuale delle fonti; si fermava l'accento sulla necessità di adeguare « la costituzione formale alla costituzione materiale »: CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. giur.*, 1936, 18 ss. Nella seconda edizione delle *lezioni di teoria generale del diritto*, edite a Padova proprio nel 1930, Cesarini Sforza tentava di trovare un punto di contatto fra le dottrine di Santi Romano e di Hans Kelsen; e pensava di averlo individuato nel fatto che entrambe le teorie « negano la concezione tradizionale che lo Stato sia il creatore del diritto » (*ivi*, 87-89; nota 11). L'anno prima era stato pubblicato *Il diritto dei privati* (ristampato nel 1963 in una nota collana dell'editore Giuffrè, Milano): sezione terza, nn. 26-29 [sezione quarta, I, nn. 40-43 e II, nn. 48-49; con le note corrispondenti riportate nell'appendice].

L'enfasi sull' « idea sociale » si sostituiva, in molti scritti di quegli anni, al dogma della statualità del diritto e spesso si univa alla demolizione del dogma del diritto soggettivo (nota 12), quasi senza mostrare di temere le commistioni più strane con le ideologie autoritarie. L'espressione « sociale » non era più una qualificazione ma assurgeva al rango di un sostantivo che sconvolgeva l'idea del diritto, per effetto di una temperie culturale « che conserva(va) integralmente tutta l'ambiguità politica da cui (era) scaturita »: BARCELLONA, M., *L'« idea del sociale » nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 717-733, 718 s.. In Italia « la scena del dibattito giuridico » parrà di nuovo dominata da quell'idea negli anni sessanta allo scopo di rendere effettivo l'auspicato processo di democratizzazione (ivi, 719).

Il problema dei rischi insiti negli ideologismi del passato fu spesso rimosso: forse nell'illusione che la lealtà nei confronti delle libere istituzioni e l'antifascismo dichiarato fossero sufficienti a dissipare ogni equivoco di autoritarismo e di totalitarismo. Alla rimozione seguì, a dire il vero, un'analisi più approfondita degli scritti prodotti dal cosiddetto « fascismo di sinistra »: e quest'indagine ebbe bensì il pregio di togliere la maschera che copriva una realtà nel passato occultata; ma non sempre si tradusse — piuttosto che in una rivalutazione di quelle interessanti eppur spesso non limpide tendenze « ereticali » — in un rafforzamento della coscienza critica nei confronti delle perduranti ambiguità, ancora irrisolte, che continuavano (o che avrebbero potuto continuare) a gravare sulla sinistra non fascista (e su quella che lo era stata ma non era più tale). Ci si preoccupò troppo di redimersi dal fascismo in nome di un rifiuto della collusione, forte anche in quegli anni, fra il potere politico e il potere economico, e troppo poco dell'analisi critica delle posizioni anticapitalistiche più sbrigative (tendenza a svalutare senza conoscerne il senso e l'importanza, insieme con il pensiero economico liberale, anche le garanzie giuridiche più elementari).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La metafora della « terza via » è non meno gravida di insidie delle opposte e in apparenza più nette linee dalla cui rigidità ci si vorrebbe liberare: ogni volta bisogna adoperarsi per sciogliere la metafora e per decantarne il senso storico: MARTINELLI, A., *Prima, seconda, terza: quale via?*, in *Il Mulino*, 1999, 1012-1026. In altre parole: le letture delle metafore sono varie nel tempo, così come il bilancio del secolo può farsi da punti di vista non coincidenti: MAIER, *Il ventesimo secolo è stato peggiore di altri? Un bilancio storico alla fine del Novecento,* ivi, 995-1011.

In questa stessa appendice, il trauma delle giovani generazioni di intellettuali che volevano liberarsi dalle ambiguità della loro stessa formazione culturale e politica è richiamato molto brevemente in margine alla sezione prima, II, n. 7, citazione finale.

Soltanto la cultura delle avanguardie artistiche, in dissonanza con la cultura giuridica, sembrava opporsi, almeno in parte, al dispotismo dell'organizzazione sociale, ma specialmente nel nazismo l'estetizzazione della politica finirà con l'assorbire molti di quei movimenti di rivolta (spunti in tal senso si potevano leggere, sul finire degli anni sessanta, in LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967).

Nell'impossibilità di dar conto in maniera completa delle posizioni assunte da giuristi militanti, si farà qui cenno solamente, fra i più noti, agli scritti di PANUNZIO, S., *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, 1943 e di COSTAMAGNA, *Linee del diritto privato del fascismo*, in *Lo Stato*, 1937, 1 ss.; ID., *Fascismo e Codici*, ivi, 1939, 49 ss. (sui quali, per una documentazione essenziale e aggiornata, si rinvia a BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, 2ª ed., Torino, 1999, 201 ss., 237-253). Tanto in Sergio Panunzio quanto in Carlo Costamagna anche il riferimento a un codice e a un diritto privato del fascismo non era sicuramente inteso — interi passi testuali offrono in tal senso conferme, a tratti declamate con forza — come un ornamento retorico destinato a sovrapporsi alle strutture e alle forme della tradizione ma come una trasformazione radicale: ben diversa dal disegno che era annunciato dai lavori in corso e che fruiva dell'avallo dei nomi più prestigiosi della cultura giuridica di quel tempo. Sergio Panunzio — inventore del neologismo « fascistizzare » il diritto privato a cui seguì inevitabilmente l'altro: « defascistizzare » — aveva avuto una giovanile formazione sindacal-socialista; e furono palesi le tracce negli scritti della maturità. Carlo Costamagna, a sua volta, si era perfezionato presso la Scuola di studi storico-corporativi diretta da Giuseppe Bottai e diresse la rivista « Lo Stato »: TORALDO DI FRANCIA, M., *Per un corporativismo senza corporazioni. « Lo Stato » di Carlo Costamagna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), Milano, 1990, 267-327. L'attenzione per questi scritti, già ripudiati in quanto rozzamente apologetici, è ovviamente doverosa dal punto di vista di una seria ricostruzione storiografica, sebbene alla cieca rimozione siano seguite letture troppo condizionate dall'accostamento, facile quanto sommario, alle tendenze che si affermeranno non solamente nella sinistra politica e sindacale italiana dopo la caduta del regime ma perfino nella cultura giuridica degli anni sessanta (senza distinzioni con riguardo alla più svariata provenienza degli scritti: si fanno insieme i nomi di Lombardi Vallauri, Rodotà, Bianca, Tarello, Opocher): CATTANEO, M. A., *Sergio Panunzio e la codificazione civile del 1942*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano, II. Comunicazioni*, Milano, 1993, 445-458. Anche la posizione di chi, all'opposto, rivaluti le affinità con alcune prese di posizione di quel tempo, poiché reputi di dover dare un giudizio non altrettanto catastrofico degli scritti degli anni sessanta, è tuttavia discutibile, poiché può condurre a non vedere gli atteggiamenti assurdamente autoritari e retrivi della linea di pensiero prebellica (Sergio Panunzio auspicava, per esempio, il ritorno all'« autorizzazione maritale »!). La ferma difesa delle libertà e dei diritti resta una linea distintiva che non consente interessati equivoci.

Le posizioni degli studiosi italiani del diritto civile negli anni del fascismo e del nazismo nel confronto con gli orientamenti che si profilano soprattutto a partire dagli anni sessanta (pur con le solitarie anticipazioni di cui si parlerà nella successiva sezione)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presuppongono la conoscenza di una temperie storica e culturale che è stata studiata da una letteratura imponente. Alcune denominazioni — possono considerarsi esemplari proprio i vocaboli « corporativismo » e « neocorporativismo » — sono colpite da « incertezza semantica ai limiti della indeterminatezza »: VARDARO, *Corporativismo e neocorporativismo*, in *Digesto comm.*, IV, Torino, 1989, 177-184, 179, ove con sintesi selettivamente documentata, per un verso si ribadisce che in un'accezione molto ampia tale movimento di pensiero costituisce « una ben precisa risposta alla crisi dello Stato, come risulta soprattutto dall'esperienza fra le due guerre: in chiave democratica (dalla repubblica di Weimar agli accordi sociali degli anni '30 nei paesi scandinavi) o in chiave autoritaria (nei vari esempi di fascismo mediterraneo) » e, per un altro, si fissa il quadro delle differenze fra il corporativismo dei primi decenni del secolo e le prassi di « giuridificazione » e di neo-regolazione degli anni ottanta. Per altri riferimenti minimi sul corporativismo e sul quadro costituzionale fascista, anche con riguardo ai profili giuridici delle tanto discusse analisi sulla continuità delle istituzioni: CESARINI SFORZA, *Corporativismo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 664-669 e, ivi, anche la voce di Riva Sanseverino; MELIS, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto. Disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 259-273, 269, 270; NEGRI, G., *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1-6; PALADIN, *Fascismo. II. Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 887-901.

Su taluni punti di contatto ma anche sulla diversità fra gli atteggiamenti assunti dal fascismo e dal nazismo nei confronti dei giuristi, è necessario almeno ricordare quella celebre pagina di SHIRER, *Storia del terzo Reich*, Torino, 1963, 294, in cui è riassunto il discorso ai giuristi di Hans Frank, ministro plenipotenziario e capo della giustizia del *Reich*: « non esiste l'indipendenza della legge di fronte al nazionalsocialismo: per ogni decisione che prendete, dovete dire a voi stessi: Come deciderebbe il Füfher al mio posto? Ad ogni decisione chiedetevi: È questa decisione compatibile con la coscienza nazionalsocialista del popolo tedesco? » Non si deve trascurare — anche per tacita continuità con il non dichiarato *Berufsverbot* che è purtroppo attestato anche nelle democrazie postbelliche — la legge 26 gennaio 1937: era previsto il licenziamento di tutti i funzionari, compresi i giudici, che « non dessero affidamento in campo politico » (e i giuristi furono obbligati a iscriversi alla lega dei giuristi nazionalsocialisti).

Certo è che quando, dopo la caduta del fascismo, non già il diritto ma i « diritti » stessi saranno proclamati, anche nei patti internazionali, « sociali » (FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989), l'avventura-disavventura del diritto soggettivo (di cui già alla fine degli anni settanta fu studiato il nesso con l'ideologia dello stato sociale: DI MAJO, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello Stato sociale*, in *Ann. bibl. fil. dir.*, III, Milano, 1970, 263-309) aveva ormai fatto, nonostante gli assalti critici, un lungo cammino (LA TORRE, *La disavventura del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996), sicché si poteva parlare, dopo la seconda generazione dei « diritti sociali », di « nuove generazioni » di diritti e, nel complesso, della nostra come dell' « età dei diritti » (BOBBIO, *L'età dei diritti*, 2ª ed., Torino, 1992). I « diritti » saranno visti nell'ultimo decennio del secolo come uno dei fattori diretti a impedire, in permanente equilibrio con la legge e con la giustizia, che, negli Stati costituzionali contemporanei, un solo elemento potesse impadronirsi della totalità dell'esperienza giuridica: ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge. Diritti. Giustizia*, Torino, 1992.

Unita alle qualificazioni « umane » e « fondamentali », la categoria tuttavia subiva, per un paradosso non nuovo nella cultura giuridica, tutte le insidie di un successo troppo sbandierato in maniera declamatoria e troppo poco controllato nel rapporto con le altre culture giuridiche (BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999): inflazione, ineffettività, strumentalizzazione a fini di parte; sicché proprio dalle pretese d'assolutismo, come sempre guidate dalle forze dominanti, rischiava nuovamente d'essere deformata fino ai limiti di nuovi arbitrii mascherati dalla retorica giuridica: ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico, Roma, 1998. In questo dialogo, ancora apertissimo, l'interlocutore principale (ma il discorso condurrebbe troppo lontano e chiamerebbe in causa una documentazione molto vasta) è notoriamente, per la costante fiducia nella difficile via dell'« agire comunicativo » e per gli sforzi di conciliare l'universalismo dei diritti con il rispetto delle pluralità delle culture, Jürgen Habermas (del quale mi limito a ricordare le pagine di *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Ceppa, Napoli, 1996; ivi, in particolare, le parti dedicate al sistema dei diritti e alla complementarità di morale e diritto: 103 ss.). Altri riferimenti, sparsi e sorretti da una minima documentazione, si trarranno dalle due sezioni successive e dalle loro appendici.

II, nn. 12-15, note 13-20

Prime visioni delle categorie in trasformazione (II). Note sul contratto (n. 12: Osti). Intuizioni del futuro (n. 13: Ascarelli). Confronto di idee (n. 14: Betti). Modernizzazioni percepite e modernizzazioni ignorate (n. 15)

note 13-20. Con riguardo ai tratti specifici della letteratura giuridica sul diritto privato, le indicazioni molto sommarie qui proposte in via esemplificativa con riguardo a tre personalità molto diverse (Osti, Ascarelli, Betti) sono solamente un invito a riprendere in maniera meno superficiale lo studio dell'influenza latamente culturale delle politiche di *Welfare State*: e delle incipienti innovazioni di generica intonazione « sociale » o comunque collettiva connesse all'economia industriale di massa, dalle più remote esperienze d'anteguerra fino a quelle degli anni sessanta: purché siano studiate non già con riguardo ai movimenti di lotta radicale con i loro progetti giuridici alternativi ma nel rapporto con la simbologia delle « nuove frontiere » ecumeniche, dell'ingegneria giuridica razionalmente guidata da un disegno riformatore (programmazione economica; « controllo sociale »; tutela dei consumatori nei contratti in serie).

OSTI, *Contratto (concetto, distinzioni)*, in *Novo dig. it.*, IV, Torino, 1938, 36-70; ID., *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 462-535, si sofferma sulle conseguenze dell'intervento pubblico nell'economia e trasferisce dentro il nuovo modello costituzionale il quadro tracciato nella cornice del sistema corporativo (nota 13; qui, in merito all'energico dirigismo statale degli anni trenta, si deve rileggere almeno il capitolo, « corporazioni e intervento pubblico nell'economia », scritto da CASSESE, S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974); ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 1-39, invita a liberarsi dalle chiusure dogmatiche nei confronti del mutamento economico e giuridico (nota 14); BETTI, *Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. Postilla alla replica del sen. D'Amelio*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 184-189 (è da rammentare pure la difesa di SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, ivi, 190-192); ID., *Il quarto libro nel progetto del codice civile italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, 537-570, censura apertamente il tradizionalismo filo-francese, severamente tacciato di gretto spirito individualista ma anche di rischiose commistioni sociali, nell'aperto intento di promuovere una moderna istanza solidaristica come punto di confluenza fra la nuova ideologia fascista (quale egli l'ha immaginata fin dalla sua stessa prolusione) e la dignità scientifica del « genio » italico e dunque della cultura nazionale (quale si è andata formando nel rapporto con la dogmatica tedesca, prima delle degenerazioni naziste che si annunciano prossime; note 15-17).

Gli scritti richiamati in queste pagine inviterebbero, ove si consideri la personalità ben diversa quanto dotta e complessa degli studiosi, a ulteriori approfondimenti sia con riguardo ai temi prescelti sia con riguardo al confronto con altre linee di pensiero: che in quel decennio erano dominanti e che a loro volta si inserivano, anche per contrasto, nel processo novecentesco di sviluppo della cultura giuridica privatistica, dopo le prime grandi scosse del ventennio che chiuse il diciannovesimo secolo. E allora, per forza di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cose, è necessario un rinvio: questo sarà limitato, per giunta, alle pagine che in tempi recenti hanno indicato gli aspetti di attualità di quel lontano pensiero (sebbene non di rado si debba parlare — tale è soprattutto il caso di Tullio Ascarelli — di un'attualità pienamente compresa e tradotta nelle leggi solamente nell'ultimo decennio). Rammenterò qui GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, nella rivista (annuale e monografica, diretta da Giovanni Furgiuele) *Diritto privato. 1997. III. L'abuso del diritto,* Padova, 1998, 485-550, ove di Tullio Ascarelli sono prese in considerazione sia le indicazioni di metodo (il contributo del giurista allo sviluppo costruttivo del diritto, l'essenziale carattere costituzionale dell'interpretazione) sia le « invenzioni tecniche » (nello studio delle figure del negozio indiretto e del contratto plurilaterale). L'importanza del pensiero solitario di Tullio Ascarelli negli anni cinquanta (con riguardo ai temi intrecciati della tutela, fondata su regole, della concorrenza e del mercato tanto dal lato della libertà d'iniziativa economica quanto dal lato dei consumatori: per alcuni riferimenti, si rinvia alla sezione successiva e alla sua appendice) è posta in rilievo da un cultore del diritto commerciale che fin dalla fine degli anni cinquanta incominciò a esplorare quei temi: LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, ivi, 551-566 (ove, 564 ss., si fa pure riferimento, oltre che alla prima legge italiana *antitrust*, alle istanze di rafforzata trasparenza finanziaria e di tutela delle minoranze nel D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Sterminata è ormai la letteratura sul pensiero di Emilio Betti (per qualche indicazione si possono tener presenti le indicazioni che si daranno anche nella sezione successiva e nelle corrispondenti note). Spunti di rilievo si traggono dagli studi, spesso molto approfonditi, raccolti in un volume collettivo che di per sé offre un'indispensabile base d'avvio: Aa. Vv., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 7, Milano, 1978 (e si consulti di nuovo SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura del medesimo, Bari-Roma, 1990, 275-302). Anche su Giuseppe Osti si dovrebbe muovere da un'analisi che direttamente si confronti con la modernità di non pochi aspetti della teoria che egli propose, ben prima degli anni trenta, con riguardo alle linee di una nuova ricostruzione critica delle tradizionali concezioni in materia di responsabilità contrattuale: ma qui si voleva soltanto sottolineare il senso della continuità in relazione al problema della trasformazione del contratto in quanto tale. Si tenga comunque presente almeno il ritratto tracciato da FRANZONI, con riguardo all'apporto di Giuseppe Osti alla codificazione, nel volume collettivo edito con il titolo *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di Michele Sesta, Milano, 1994, 29-35 (ove è più volte e con chiarezza posta in rilievo l'attualità di quel pensiero).

Molti problemi in materia di contratto si accenneranno anche fin dalla sezione successiva: si pensi all'opzione tra un controllo degli abusi che si avvalga dello strumento della nullità, che estenda l'area della tutela del contraente variamente sopraffatto lungo il percorso già tracciato, e ormai angusto, dei vizi invalidanti rigidamente fissati nel codice, che infine proponga — in un'altra linea di sviluppo — rimedi influenti variamente sull'efficacia e sulla riparazione dei danni, non senza la possibilità di correzioni e di modifiche originarie e sopravvenute del regolamento contrattuale (secondo linee di « rinegoziazione »). Qui il confronto salta perfino le discussioni degli anni sessanta e si fa fortemente innovativo nel duemila: tanto sulla base degli indici legislativi di matrice spesso europea quanto nel solco tracciato non senza spregiudicatezza in alcune delle ultime ricerche.

Le strade sono palesemente diverse. Sui « nuovi vizi » s'interrogherà ancora, negli anni novanta, con originali e aggiornati spunti ricostruttivi, tratti in molti casi dalla legislazione che ha dato attuazione a talune direttive europee, SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto, I-II*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco,* Torino, 1993; ID., *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in CABELLA PISU - NANNI, a cura di,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, Padova, 1998, 257-274: nota 18).

In termini ancora più ampi e oggettivi (solamente per tal verso più vicini alle posizioni di Emilio Betti) si diffonderanno ulteriori tendenze favorevoli alla definizione in via intepretativa di una gamma di regole modulate sul conflitto degli interessi e sulle scelte dirette a garantire un paritario e libero accesso al contratto « giusto »: in tal caso il problema è visto proprio, e in maniera quasi immediata, nella linea della rivalutazione dell'iniziativa economica e della libertà di concorrenza. Queste tendenze si propongono di ricostruire in maniera razionale una congerie di previsioni legali destinate, per le formule usate e per le non poche lacune interne, a incrementare la responsabilità dell'interprete, poiché diventano ormai in gran parte inutilizzabili i modelli chiusi nella dicotomia pandettistica dell'invalidità.

I presupposti dogmatici del passato (l'imperfezione strutturale o l'illiceità dell'atto nel caso della nullità; l'incapacità e il consenso alterato nel caso dell'annullabilità) sembrano spesso incompatibili con la funzionalità dei nuovi rimedi; e non riescono a coprirne, con i loro principi-corollario, né l'ampiezza né le interne articolazioni.

I tentativi di tornare a criteri unificanti — o di salvaguardarne la certezza nella fedeltà all'impianto dogmatico — sono sempre più spesso surrogati di un uso ardito e polivalente delle disposizioni flessibili; e, nella linea di una ricerca di direttive comuni non limitate al comparto nazionale (si vedano sul punto le sommarie indicazioni della nota 133: appendice, sezione terza), si torna talvolta a proporre, anche con l'avallo dei giudici di legittimità, correzioni oggettive del contratto, in base alla regola della buona fede oggettiva coordinata con il « giusto prezzo » fissato dal mercato. Anche in questo caso, nell'impossibilità di aggiornare una documentazione ormai ricchissima, farò solo un cenno dell'ultima ora (da aggiungersi a quelli più articolati della sezione successiva e delle pagine finali [sezione quarta, II, n. 48, nota 7]): GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 1999, 889-896, ivi, 895, ove si osserva che la giurisprudenza contraria alla riduzione d'ufficio della penale eccessiva era legata ad una antica, e non più attuale, concezione del contratto basata sulla « intangibilità della convenzione » e sul « dogma della volontà »; ora, dopo la valorizzazione delle clausole generali, è dato di controllare la congruenza dello scambio contrattuale, in armonia con « più generali mutamenti intervenuti nella giurisprudenza » (si allude al « pregevole *overruling* » di Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, estensore MORELLI).

Le cose parlano da sole: qui è il rapido succedersi delle innovazioni legislative e giurisprudenziali a sollecitare il rinnovamento dei moduli del pensiero giuridico. Ma negli anni trenta, in una linea non limitata all'esperienza contrattuale, Tullio Ascarelli aveva già colto sia la tensione fra la regola privata che si afferma al di sotto della copertura mediata di un tipo legale (GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico. Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*, cit., 546; e anche questo discorso sarà ripreso, come già si accennerà nella sezione successiva, fin dagli anni sessanta e settanta) sia l'importanza della legge speciale nella costruzione di un nuovo diritto generale: sicché anche allora prendeva a definirsi la possibilità di un rovesciamento del rapporto consueto fra la categoria della tradizione e il fenomeno che stava emergendo (non sempre sarà la prima a ridurre a sé il secondo: sarà questo, nel consolidarsi, a dare gli impulsi alla revisione del sistema: per alcuni cenni, sezione successiva, nota 130).

Il discorso investe, così, per la complessità che è immanente allo studio dei problemi giuridici moderni, fonti di pari grado (codice e leggi), nel peso che storicamente hanno assunto tanto ai fini della costruzione di modelli interpretativi contingenti quanto in vista di ripensamenti sul mutamento dell'intero comparto. Il saggio di Tullio Ascarelli si inserisce allora in un processo che ha notoriamente varie scansioni. Per esempio e con cenni sommari: alla fine del secolo diciannovesimo, CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, Torino-Roma-Napoli, 1885; nel primissimo dopoguerra, VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), ora in *Studi giuridici*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II, Milano, 1960, 337 ss.; negli anni venti, con penetrazione nelle pagine del manuale più diffuso e con selezione delle regole che già a quel tempo erano diventate diritto comune, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, 4ª ed., Messina, 1926, 113-128. Le fasi successive giungono fino ai giorni nostri e tengono conto, così nella consapevolezza dei problemi come nella ponderazione degli argomenti, di un assetto che ora ha al vertice la fonte costituzionale nell'interpretazione e nell'applicazione della corte ma che sempre più deve tener conto della penetrazione di nuovi principi regolatori per tramite di fonti non nazionali. I dati minimi d'avvio, le discussioni, gli sviluppi sono noti: fine degli anni settanta, IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, 613 ss (con aggiornamenti fino al duemila); metà degli anni ottanta, CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20-80. E finalmente, negli anni novanta, il quadro è arricchito dalla rimeditazione del ruolo del codice civile in una prospettiva europea (cenni nella sezione successiva: note 130-133 [e nella sezione quarta: appendice, II, n. 48, nota 7]).

Osti, Ascarelli, Betti: tre vie inconfondibili che, pure, risentono tutte, già negli anni trenta, di un'istanza di rinnovamento (altri forse direbbe di « ammodernamento ») della cultura giuridica del diritto privato; e che diversamente si confrontano con le immagini del corporativismo dominante: intervento pubblico, cambiamento economico, innesto del solidarismo nelle strutture codificate, già influenzate con forza dalla sistematica tedesca (note 19 e 20; nelle sezione terza, si accennerà nuovamente ad altri scritti di quegli anni: Cesarini Sforza, Finzi, Pugliatti, Vassalli). Anche in questo caso sarebbero necessari approfondimenti in molteplici direzioni. La letteratura è notoriamente molto vasta. Sulla complessa trama della cultura dell'epoca sono ancora efficaci le notazioni di COSTA, P., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, 380 ss. Per un quadro riassuntivo documentato fino a tempi recenti: BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, 2ª ed., Torino, 1999, 201 ss.; in particolare, ivi, 237-253.

Forse non a caso gli anni trenta erano stati inaugurati da un saggio in cui non si parlava di modernizzazione ma di « modernismo » (I, n. 11, nota 12): con ripresa di un vocabolo coniato storicamente a tutt'altri fini e tuttavia da tempo consapevolmente diffuso anche nel pensiero giuridico: MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. studi corp.*, 1930, 259-282. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 219-220, nota 38, nel fornire un'accurata documentazione sul nesso e sulla distinzione rispetto al movimento del « diritto libero », rammenta che l'uso generico del termine *Modernismus* per indicare ogni indirizzo riformatore anche nel campo del diritto risaliva almeno al 1914, ossia all'anno in cui fu pubblicato il volume di MANIGK, *Savigny und das Modernismus im Recht.* Di « modernizzazione contraddittoria » parla TRANFAGLIA, *La modernizzazione contraddittoria negli anni della stabilizzazione del regime (1932-1936)*, in DEL BOCA-LEGNANI-ROSSI, M.G., a cura di, *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Roma-Bari, 1995, 127-138.

Alle istanze individualistiche — quali si erano manifestate soprattutto nel campo delle avanguardie artistiche e nel pensiero economico (anche quale orientamento di metodo) — è contrapposta con intonazioni diverse, e spesso antitetiche, una tendenza al primato di orizzonti ideali che, anche sul piano delle categorie giuridiche, prediligono le totalità astratte: ORSI BATTAGLINI, « *L'astratta e infeconda idea* ». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), Milano, 1988, 591 ss. Qui l'indagine si integra con l'altra, ben più ricca di titoli e di costanti revisioni, relativa alle continuità e alle discontinuità tanto nelle istituzioni quanto nella scienza del diritto del pubblico.

Ancora nel dopoguerra le istanze dirette a far penetrare la non poco mitica « modernità » nei recessi antichi del diritto privato premeranno con forza e con qualche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

successo: ormai non più messo in discussione (sezioni successive). Ma poi sarà la volta del « post-moderno ». Sulle riforme prevarrà l'immagine della libera narrazione: priva dei limiti che alle proprie stesse dottrine assegnavano, in nome di una « modernità » da troppo tempo attesa, gli stessi teorici del « diritto libero » [(sezione quarta, I, n. 40, nota 1; II, n. 49, nota 8)].

SEZIONE TERZA

In queste pagine ci si addentra, sempre per grandi linee (« residui, confronti, anticipazioni »: tale è il titolo della terza sezione), nei decenni successivi alla fine della seconda guerra mondiale.

Sul finire degli anni quaranta e negli anni cinquanta sono forti ancora i « segni dei tempi » e l'esigenza di fare i « conti con il passato » (I).

La « forza dell'attualità » si fa sentire nelle prime percezioni del mutamento sociale (« immagini del futuro? ») e nelle discussioni sull'attuazione della carta costituzionale (II).

Negli anni quaranta e cinquanta, sullo sfondo di alcune importanti opere in materia d'interpretazione, sono pubblicati i primi scritti d'indirizzo analitico (Scarpelli e Bobbio) e si assiste a una prima riscoperta delle clausole generali nel quadro dei principi (Betti, Mengoni, Natoli; III. Questioni di metodo).

L'intero settore del diritto civile è riesaminato nelle sue immagini esemplari. L'accento è posto sulle fonti trascurate, sulla connaturata « extrastatalità » e sulla vocazione a porsi come ordinamento autonomo (Cesarini Sforza, Salvatore Romano, Vassalli). Ma compare all'orizzonte, all'inizio degli anni settanta, il miraggio di « un altro diritto » (IV. Volti del diritto privato).

Già negli anni cinquanta prende avvio la ricerca di Pietro Rescigno su « persona e comunità » e sono poste le premesse per indagini sui lunghi cammini di liberazione (condizione femminile; autoritarismi familiari). Alcuni dogmi — in materia di persone e di diritti — sono ridiscussi e si intuiscono domande insolite nella difficile zona che divide quel che è incluso da quel che è escluso dal diritto. Continua e si ripropone con accenti inconsueti la ricerca sui problemi al cuore dei sistemi (proprietà, impresa, contratto). Ha un nuovo inizio, in Italia, la responsabilità civile (V. Riflessi sul diritto privato dei parametri della complessità e del mutamento sociale e legislativo).

Le « cronache di fine secolo » (VI) sono scandite da incontri fra docenti e da dialoghi fra generazioni, mentre raggiungono i cinquant'anni di vita tanto il codice civile quanto la carta costituzionale e l'orientamento dominante è ora stilizzato nell'immagine del « diritto privato europeo ».

I, n. 16, note 1-15

Ecco, allora, dopo il tentativo della « fascistizzazione », la discussione sulla « defascistizzazione » del codice civile (n. 16)

— Mossa, Finzi, Miele

1) MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 1-10 La posizione di Enrico Finzi fu espressa il 25 gennaio 1945, in un articolo scritto per « La nazione del popolo », ove, pur riconoscendosi che ai codici posero mano anche giuristi estranei alle posizioni del regime fascista e pur sottolineandosi l' « indubbio progresso » di alcune parti di quei testi, si concluse nel segno della soffocante egemonia del principio di autorità con il conseguente annullamento dell'individuo nello Stato e dello Stato nel dittatore. C'era in queste parole anche una venatura di autocritica? Si rammenti quel che lo stesso Finzi, nell'appellarsi al « diritto vivente », scriveva nel 1933: « tutto il sistema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deve ricostruirsi secondo nuovi principi come il diritto dei beni e dell'economia, e non più come la 'riserva' concessa alla libertà civile dei cittadini » (FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Arch. studi corp.*, 1933, 210 ss., 214 ss.). C'era soprattutto il problema di tornare a credere nel diritto. Con toni pacati, ma fermi, l'esigenza di non perdere per sempre le tracce di un elementare « umanesimo giuridico », fu espressa da Giovanni Miele nel richiamarsi alla figura di Ruffini. « Noi lo conosciamo questo processo di entificazione della legge, giacché appartiene a un passato non troppo remoto: e sappiamo quanto fu breve il passo da una simile concezione, diretta filiazione dello stato borghese senza ideali, a quella dello stato fascista »... « il senso di legalità non ha un senso senza un riguardo alle esigenze della persona intesa come essere sociale »: MIELE, *Umanesimo giuridico*, ivi, 103-111, 110 s. Il neologismo « defascistizzazione », in verità non molto elegante, fu adoperato per intitolare una serie di interventi pubblicati in una rivista giuridica negli anni 1946 e 1950: Aa. Vv., *Defascistizzazione dei codici*, in *Ann. dir. comp. studi legisl.*, XIX, 1946, 185 ss.; XXIV, 1950, 109 ss.

— L'Italia di allora

2) Quel tempo storico rivive con pienezza nei tratti ben scolpiti da IRTI, *Una generazione di giuristi*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani*, Venezia, 23-26 giugno 1988, Padova, 1991, 971-984; ID., *Diritto civile*, in *Digesto*, 4a ed., *Disc. priv.*, *Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 128-152

— « Sapienza » racchiusa nei codici

3) GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto*, 4a ed., *Disc. priv.*, *Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 442-457, ha posto in rilievo la fusione dei motivi politici con i motivi sapienziali nel movimento della codificazione, nonché il nesso con l'organizzazione giuridica del mercato e con un livello semantico intermedio « tra il livello dei principii generali e quello delle regole casistiche ». Questi sono tratti costanti e storicamente accertati. Un partito politico, per ragioni propagandistiche, può anche pensare di inventarsi un codice civile che non abbia alcun passato, ma dovrà con ogni probabilità rinunciare a rivolgersi, nel redigerlo, ai giuristi più competenti; e perfino alla maggior parte di quelli che, pure, siano militanti di quel partito. Tale linea di pensiero è ripresa, sempre da Gambaro, in PIZZORUSSO-FERRERI (con collaborazioni di Antonio Gambaro e di Rodolfo Sacco), *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 1998, 405-439. Altri riferimenti in sintesi si traggono dagli scritti di PATTI, *Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, in ID., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999, 3-22, 97-104. Una documentazione aggiornata fino al 1995, all'interno di un disegno riassuntivo, è in BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, 2ª ed., Torino, 1999, 201 ss.; in particolare, ivi, 237-253.

— Declamazioni ufficiali

4) *Relazione del guardasigilli al codice civile*, Roma, 1943.

— Dubbi

5) TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

— Indebite appropriazioni della « coscienza del tempo »

6) VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 605-634, 620-623, metteva l'accento sulla presenza nel codice civile del 1942 di « motivi diffusi nella coscienza del tempo »... « discussi e attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura ». (ivi, 622, nota 2). Il pensiero di Rosario Nicolò è riassunto nelle voci apparse sull'enciclopedia del diritto: NICOLO', *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 240 ss.; ID., *Diritto civile*, ivi, XII, Milano, 1964, 904-921. Si rammenti che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già FERRI, G., *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, 1946, IV, 34 ss., aveva posto in rilievo la continuità con il codice civile del 1865, poiché il fulcro del sistema era pur sempre costituito dalle categorie della persona, della proprietà e dell'autonomia privata, sebbene — e qui stava l'aspetto positivo dell'innovazione — si fosse anche provveduto a un completamento e a una modernizzazione in uno spirito di accentuata socialità: immune dalle inafferabili vaghezze dell'idea corporativa. Ancora una volta deve tenersi presente il giudizio complessivo di Piero Calamandrei, il quale giunse perfino a parlare di un carattere « truffaldino » dei fascisti nella rivendicazione dell'impronta politica dei codici (anche in tal caso si tratta di uno scritto pubblicato già nel 1945 e riedito, con il titolo *Sulla riforma dei codici*, in CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, 87 ss.).

— Novità ambigue

7) Fu soprattutto Emilio Betti a sottolineare con forza tali aspetti di novità del codice civile italiano tanto nel quadro, e come espressione, di quel movimento di idee che attribuiva al fascismo il merito di aver inventato una terza via fra liberismo e collettivismo quanto nel contesto delle istanze di solidarietà e di socialità a cui il nostro ordinamento avrebbe continuato a ispirarsi pur dopo la catastrofe: BETTI, *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 20-22, ove si afferma che l'unica revisione auspicabile avrebbe dovuto tradursi nel « portare, mediante adeguata elaborazione, ad un più maturo sviluppo quelle innovazioni che meglio rispondono alle esigenze moderne di *socialità* nella funzione normativa del diritto ». Si avrà modo di riflettere ancora su di una tale linea di pensiero. Già ebbe modo di scrivere VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, loc. cit.: « sia lecito rimpiangere il frequente riferimento di queste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in un uomo sì dotto », a cui non poteva sfuggire che si trattava di istanze che avevano una diversa e più ampia diffusione. Si rinvia anche alla sezione seconda, note 4, 14, 15; in questa sezione: note 1, 6.

— Centralità dell'impresa e « modernizzazione »

8) All'unificazione dei due codici è dedicata la ricostruzione storica proposta da TETI, *Codice civile e regime fascista*, loc. cit. Sulla « modernizzazione » connessa oggettivamente a quella scelta si rinvia alle voci enciclopediche di Rosario Nicolò (nota 6).

— Senza idee-forza

9) L'immagine notissima delle idee-madri (o idee-forza) assenti, del logorio della vecchie, dell'immaturità delle nuove è ancora di Rosario Nicolò (nota 6).

— Proposte di revisione radicale

10) Il fascicolo richiamato nel testo è citato alla nota 1.

11) Nel senso dell'esigenza di una revisione radicale, con un significativo capovolgimento del neologismo « fascistizzazione » (di cui già si era servito Sergio Panunzio: sezione seconda, I, n. 11, nota 12 e appendice): PUGLIESE, in Aa. Vv., *Defascistizzazione dei codici*, cit., XXIV, 175; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1946 (nota 28). Sulle posizioni critiche, ma con chiaro riferimento a puntuali riforme di settore o a controlli di legittimità costituzionale, si rinvia, fra gli altri, a RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 86. Sul pensiero di Ugo Natoli (notoriamente assai lontano dalle scelte dei codificatori soprattutto nei comparti del diritto della famiglia e del diritto del lavoro): nota 27.

— Bilanci e prospettive nel duemila

12) Tali sono le conclusioni a cui è nuovamente pervenuto, nella ricorrenza dei cinquant'anni del codice civile, RESCIGNO, *Rilettura del codice civile*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, I, *Relazioni*, Milano, 1993, 9-25. Chiara è la linea di continuità con un saggio, notissimo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della fine degli anni sessanta: RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 29 ss. Sono tratti di pensiero condivisi, fra gli storici del diritto che avevano studiato le codificazioni civili italiane, dai relatori a quell'incontro: BONINI, *Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, ivi, 27-53; GHISALBERTI, *Tradizione e innovazione nel codice del 1942*, ivi, 57-68. Ulteriori spunti, di varia intonazione, si traggono dal volume collettivo, coordinato da Michele Sesta, dal titolo *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994: GALGANO, ivi, 255 ss.; RESCIGNO, ivi, 11-28; SESTA, ivi, 1-5. Vi è chi ravvisa nel codice civile italiano un « modello di ricodificazione »: DIEZ PICAZO, ivi, 267-281. Nelle pagine di BUSNELLI, *Conclusioni*, ivi, 305-323, ove è riconfermato il compito unificante del codice civile (in linea con un'esemplare pagina di Portalis), è aperto il dialogo con alcuni studiosi delle ultime generazioni di giuristi che, pur sensibili al mutamento, ancora si confrontano con le norme generali del codice e con le categorie della tradizione, tanto nell'area del contratto quanto nell'area della responsabilità civile: ivi, 321-323, note 10 e 11, con espresso richiamo agli scritti di Claudio Scognamiglio in materia di negozio giuridico e di Attilio Gorassini in materia di responsabilità civile. Allude alle prospettive di un futuro codice europeo, quale speranza indicata nella prima risoluzione, « assai audace », del parlamento europeo (26 maggio 1989): KRONKE, ivi, 304. Queste posizioni non sono inconciliabili con l'individuazione delle vie e dei settori in cui siano possibili e auspicabili integrazioni o modifiche: ALPA, *Per la revisione del codice civile*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 97 ss; ID. (con ZATTI), *La riforma del codice civile*, Padova, 1994; CENDON, *Il primo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli*, in *Pol. dir.*, 1990, 137. V. anche, in seguito, nota 38. Per una valutazione complessiva: FALZEA, *A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 218. Un vivace confronto del codice civile del 1942 con i « codici nuovi » è in SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, in PIZZORUSSO-FERRERI (con collaborazioni di Antonio Gambaro e di Rodolfo Sacco), *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte*, cit., 441-47: ivi, 470, ove al dubbio se il codice civile sia morto si risponde finalmente nel senso che « l'idea del codice civile è stata molte volte e gravemente ferita, ma l'idea del codice civile è vitale. Non l'atteggiamento degli organi ufficiali, ma la pratica spontanea e disinteressata degli studiosi lo dimostra ». È interessante il confronto con il pensiero della decodificazione (IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978: le riedizioni integrate e aggiornate sono costanti, fino all'ultima, del 1999). Ora si tratta di porsi il problema della revisione: da progettarsi dopo un adeguato periodo di consolidazione e da prevedersi per principi piuttosto che per discipline; al tempo stesso gli studiosi del diritto civile sono chiamati a « custodire e difendere » la « virtù unificante » del codice: IRTI, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile*, cit., 429-442, ivi, 442, in linea con RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, 2ª ed., Bari, 1992, 45. Non si unisce al « coro delle congratulazioni » per quella festa di compleanno — e dichiara apertamente il suo imbarazzo ma rifiuta di velarlo con ipocrisia — SCHLESINGER, ivi, 253-262, 253. E del resto anche Pietro Rescigno ricorderà a tutti — la precisazione viene da un autore di certo non sospettabile di ostilità — che un codice, dopo tutto, è un codice: non un « evangelio ». Questa precisazione deve unirsi a un metodo di analisi fondato ancora una volta sulla storia e sulla comparazione oltre che sull'esperienza dei nostri giorni. Di fronte a un'Europa che si mette, essa stessa a codificare, il « vecchio sogno » del giurista (« un codice per semplificare, un codice per unire, un codice per 'civilizzare' ») non è finito del tutto. Purché si sappia che non è facile trovare un Portalis che lo scriva e che non esiste un Napoleone il quale lo proclami suo. Il codice dipende da noi stessi: dotti ancora fedeli all'idea dell'autorità della ragione? Se i risultati saranno deludenti, si procederà almeno a un esame di coscienza, forse non del tutto inutile: RÉMY, *La recodification civile*, in *Droits. 26. La codification/2*, 1998, 3-18, 18 (si vedano anche i nn. 24 e 27; ivi, con riguardo alla codificazione tedesca, brevi e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiare le notazioni di JOUANJAN, *Science juridique et codification en Allemagne. 1850-1990*, 65-86).

— Trasformazioni con il passare del tempo

13) Riferimenti ai settori del diritto del lavoro, del diritto agrario, del diritto di famiglia, delle successioni e delle donazioni, del diritto delle locazioni urbane e, in data ancor meno lontana, all'intera area del diritto dei consumi con le propagazioni nel commercio sulle reti elettroniche esigerebbero altrettante indagini autonome e sarebbe impossibile dar conto di una documentazione a tal punto sicuramente sconfinata [(si veda comunque la sezione successiva e in particolare l'appendice: II, n. 48, nota 7)]. Già nel corso degli anni ottanta ci fu un interessante tentativo di raccogliere a unità, in un quadro complessivo, il diritto privato in via di rapido mutamento: ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985. Una comparazione diacronica non priva di spunti significativi potrebbe porre a confronto le novità di allora e le novità del duemila: ancora una volta all'insegna delle continuità e delle discontinuità spesso intrecciate. Non si deve dimenticare che la formula del « diritto privato europeo » incomincia a diffondersi nella cultura italiana degli anni cinquanta, ma in virtù di prese di posizione isolate. Oltre agli studiosi che per temperamento e per esperienze di vita erano naturalmente orientati al metodo della comparazione e si aprivano anche in altre direzioni (si pensi soprattutto a Tullio Ascarelli, a Gino Gorla e a Rodolfo Sacco), molti spunti erano in un famoso saggio di Filippo Vassalli su cui si tornerà in seguito (nota 72). L'aria dei tempi si sente con forza in tante pagine della rivista di Lorenzo Mossa, il quale si esprime con parole soprattutto ricche di cristiano slancio sociale oltre che con lampi di intuito lucido e anticipatore: *La crisi del diritto in Europa*, in *Nuova riv. dir. comm. dir. econ. dir. soc.*, 1951, 211-222; ID., *Di un diritto privato dell'Europa*, ivi, 1953, I, 1-8. In termini di metodo sono già mature, in quel decennio lontano, le notazioni di ZWEIGERT, *Il diritto comparato a servizio dell'unificazione giuridica europea*, ivi, 1951, I, 193-189. Si noti, quasi a contrasto, la linea continua del pensiero, ben più cauto (sezione seconda, II, note 15-17 e appendice), di Emilio Betti: *Possibilità e limiti di un diritto di convivenza europeo*, ivi, 1953, I, 104-108. Già all'inizio degli anni cinquanta e nell'ancor bruciante memoria del § 19 del Programma del partito nazionalsocialista (del 24 febbraio 1920: « noi vogliamo che il diritto romano, asservito all'ordinamento materialistico del mondo, sia sostituito da un diritto comune tedesco ») l'idea del carattere europeo del diritto privato fin dall'epoca dei glossatori è affermata con forza da KOSCHAKER, *Europa e diritto romano*, Firenze, 1962, 573 ss. e, ivi, su « diritto romano e nazionalsocialismo », 529-570. La rivista *Europa e diritto privato*, nata nel 1998 sotto la direzione di M.J. Bonell, di C. Castronovo, di A. Di Majo e di S. Mazzamuto, riprenderà, già nell'editoriale, l'idea-guida di un'Europa nei secoli costruita dalla cultura giuridica. Ancora pervaso delle tensioni e degli empiti postbellici in Lorenzo Mossa, il « diritto privato europeo » diventa una delle insegne di un'età che si fregia di un titolo neppure immaginabile in quegli anni dominati dalla sofferta speranza di ricostruire (non già, come suol dirsi a fine secolo, dalla scelta di « decostruire ») anche materialmente gli spazi devastati: ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss. L'ultimo decennio del secolo potrebbe assumere a suo modello ideale, ancora tutto da definire, nell'effettiva esperienza del diritto, l'art.1 della legge « per la tutela della concorrenza e del mercato » del 10 ottobre 1990, n. 287: com'è noto, nel primo comma si afferma che tale provvedimento attua l'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica e si applica alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese; nel quarto comma si assegna primaria funzione interpretativa ai princìpi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza. Qui si vede con testuale chiarezza come il quadro dei principi includa almeno tre livelli del diritto vigente e delle sue fonti, poiché la tradizione del codice civile, e dunque l'art.12, 2° comma, delle preleggi, con l'esplicito rinvio ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, deve coordinarsi con il duplice riferimento normativo alla carta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzionale e al diritto europeo (e oltre: come già aveva da tempo raccomandato Gino Gorla, ripreso anche sul finire del secolo da Monateri e da Somma). A questi problemi si accennerà anche in seguito: n. 39, nota 133 [sezione quarta, nel suo insieme, e, in particolare, con le relative appendici: I, n. 40, nota 1; II, n. 49, nota 8].

14) Si rinvia al n. 38. La famosa decisione della corte costituzionale sull' *ignorantia legis* fu presa sul finire degli anni ottanta. La massima è notissima. E tuttavia è opportuno ancora una volta un rinvio, poiché, almeno in Italia, si tratta di uno dei più visibili contrassegni dei mutamenti da cui è ormai pervasa la cultura giuridica contemporanea. « È costituzionalmente illegittimo — per contrasto con gli artt. 27, 1° e 3° comma, e 3, 1° e 2° comma, cost. e con lo spirito stesso dell'intera carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori » — l'art. 5 c.p. « nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile »: Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss., con nota di FIANDACA; in *Riv. it. dir. proc. pen.* , 1988, 686, con nota di PULITANÒ; in *Legisl. pen.* , 1988, 488, con nota di PADOVANI. I cultori del diritto privato furono tutti colpiti dalla pronuncia della corte costituzionale ma si astennero in genere dall'intervenire in maniera espressa, con le ragguardevoli eccezioni di Angelo Falzea: *Il principio ignorantia juris non excusat e il ruolo dell'avvocato nella conoscenza del diritto*, in *Rass. forense*, 1989, 3 ss.; e di OPPO, *L'esperienza privatistica*, in Aa. Vv., *I principi generali del diritto*, *Atti dei convegni lincei* — 96 (27-29 maggio 1991), Roma, 1992, 219 ss., 236-238.

15) Gli argomenti a cui si accenna nel testo sono stati già trattati nella sezione prima e nella sezione seconda.

I, nn. 17-18, note 16-27

C'era un tema che andava ben oltre il problema del codice: il disagio seguito alla catastrofe e il sentimento di un « compito nuovo » del diritto privato e del giurista (nn. 17-18)

— Nostalgia di legalità pur nell'abbandono dei vecchi schemi di ragionamento e nella ricerca del « senso »

16) Il principio di legalità fu sempre difeso, com'è noto, con accenti molto fermi da Piero Calamandrei (il saggio dal titolo *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, già apparso nel 1942 sulla rivista di diritto commerciale, fu ripubblicato nel 1947: *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 99), il quale non mancò tuttavia di raccomandare ai giudici, nell'immediato secondo dopoguerra, anche un atteggiamento aperto e attento alle peculiarità del fatto. « Per una finzione giuridica che non corrisponde più alla realtà sociale si continua... a ragionare coi vecchi schemi del codice civile »: *Aspetti giuridici della vertenza per il sequestro dei beni della CGIL*, in *Giur. it.*, 1948, IV, 145, in un commento a Trib. Rovereto, 22 settembre 1948, in *Foro it.*, 1949, I, 890, con nota di SCORZA, *Aspetti giuridici di una scissione sindacale*). In seguito, si deve soprattutto ricordare CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 255-272 (conferenza tenuta a Bari il 20 marzo 1955). È interessante il confronto con gli incisivi accenti di Giovanni Miele che, già nel 1945, ravvisava proprio nel fascismo la tendenza a esaltare acriticamente la legge in maniera indipendente dal suo « senso » (nota 1). Scriveva, non a caso, TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in Aa. Vv., *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza del diritto e analisi marxista. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura e con introduzione di Pietro Barcellona, Bari, 1973, I, 72: « mentre il fascismo provvedeva una legislazione fascista si poteva essere tranquillamente legalisti e fascisti », senonché, « i pochi giuristi antifascisti usavano anch'essi atteggiarsi a strenui difensori del tradizionalismo interpretativo e del principio di legalità per ragioni divergenti da quelle della maggioranza ma con sostanziale e significativa coincidenza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— Neo-giusnaturalismo

17) Sulle ingenuità del neo-giusnaturalismo italiano di ascendenza cattolica negli anni dell'immediato secondo dopoguerra furono espressi giudizi molto netti da Umberto Scarpelli (*Diritto naturale vigente?*, in *Occidente*, IX, 1953, 99-123) e da Giovanni Tarello. Quest'ultimo definì « ingiustamente famosa » la tavola rotonda del 1949, la cui documentazione fu raccolta in un volume collettivo dal titolo che di per sé era un programma: Aa. Vv., *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951. Così, TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, cit., 75-76, note 26-27. Drastici furono anche i giudizi sugli scritti, di Edoardo Garbagnati e di Domenico Barbero, pubblicati dalla rivista *Jus* negli anni 1951 e 1952, con i rispettivi titoli *Il giudice di fronte alla legge ingiusta* e *Rivalutazione del diritto naturale*, 431-450, 491-507 « solo generiche proclamazioni senza alcuna specifica indicazione di politica del diritto »; ci si limita a ribadire che *lex iniusta non est lex*; « si ha l'impressione, leggendo quelle oramai lontanissime pagine, che quegli scritti ad altro non servissero che a fare la conta degli accademici oltranzisticamente fedeli al magistero ecclesiale, a quei tempi meramente antisocialista ». Si rammenti ancora che il giorno 11 luglio del 1949 il pontefice Pio XII aveva decretato una scomunica nei confronti dei cattolici che appoggiassero i comunisti e anche i loro alleati socialisti. Non meno netta fu la valutazione della prefazione di Domenico Barbero alla prima edizione del suo famoso manuale (*Sistema istituzionale del diritto privato*, Como-Milano, 1946): alle inarticolate « espressioni di disconoscimento del carattere di diritto alla legge ingiusta » seguono due grossi volumi ove « non si trova una sola riga in cui l'autore faccia uso effettivo del suo assunto metafisico-metodologico » (*ivi,* 76, nota 27). Molto accesa fu anche la denuncia di un passo celebre in cui Piero Calamandrei, nel saggio del 1942, rammentava « lo sconsolato ossequio alle leggi solo perché sono tali »; e palese era anche lo scontro polemico con il laicismo da altri professato a quell'epoca (BARBERO, *op. cit.,* 491, nota 2 e 492, nota 3, ove si risponde alla lettera introduttiva che Calamandrei antepose al libro di BIGIAVI, *Ateismo ed educazione della prole*, Padova, 1951).

La coscienza dello sfondo storico è come sempre indispensabile per comprendere un orientamento culturale: quelle pagine furono scritte tra le macerie della guerra, in un clima di accesi contrasti ideologici e di opposti timori totalitari, subito dopo il crollo dei regimi che avevano ammantato di legalità fin dentro il codice civile le persecuzioni antiebraiche; e così Garbagnati rammenta l'ordine di mutilare le persone in ragione della loro razza e Barbero l'ordine di fucilare i partigiani. Pure in Germania, senza strumentalizzazioni ecclesiastiche, si affermeranno del resto nuove correnti interpretative ostili al feticismo della legge. Soprattutto nello studio di Garbagnati, inoltre, il tema è posto già in termini non vacui: ossia, in vista di un controllo di costituzionalità della legge; e non di un'applicazione diretta del diritto naturale (anche se il parametro di giudizio è poi identificato con la costituzione materiale e questa, a sua volta, non è distinta, con un inevitabile circuito logico, dal diritto naturale). Certo è che solamente chi visse duramente quegli anni e fu perseguitato proprio per le sue idee di laica giustizia poté maturare non poca ostilità verso un giusnaturalismo vuoto e strumentale; e fu in grado invece di percepire nella sua integralità, all'inizio degli anni sessanta, la grande forza rivoluzionaria del messaggio e dei gesti stessi di papa Giovanni XXIII (per i riferimenti essenziali: appendice alla sezione prima, II, n. 8, note 23-26). Si rinvia anche al testo, n. 30 della terza sezione, e alla nota 77.

— Gesti della vita e diritto privato: pagina d'apertura del « manuale » di una volta

18) DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4a ed., Messina, 1926, 9-10.

— « Sospirosità e fumisterie » dei giuristi che si confessano « dopo la catastrofe »

19) Una vivace e quasi sarcastica critica delle « sospirosità » e delle « fumisterie » poteva leggersi in TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, cit., 76, nota 28. Le « sospirosità » erano imputate ad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Arturo Carlo Jemolo (di cui erano state pubblicate, nel 1947, le *Confessioni di un giurista*, di nuovo edite in *Pagine sparse di diritto e di storiografia*, Milano, 1957, 165 ss.). Le « fumisterie » erano imputate a Giuseppe Capograssi, i cui scritti degli anni 1950, 1953, 1955, erano stati ripubblicati in *Opere*, Milano, 1959 (rispettivamente, nel 1950, *Il diritto dopo la catastrofe*, nel 1953, *Incertezze dell'individuo* e *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, nel 1955, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*). L'opera principale, com'è noto, fu scritta alla fine degli anni trenta: *Il problema della scienza giuridica*, Milano, 1937. L'importanza e il carattere innovativo del pensiero di Giuseppe Capogrossi nella filosofia del diritto di questo secolo in Italia si traggono da molte ricostruzioni storiche. Mi limito qui a segnalare, fra le tante, la sintesi proposta da COTTA, *Filosofia del diritto*, in Aa. Vv., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina, 3-4 novembre 1981*, Milano, 1982, 625-643. C'era anche, spesso, la difficoltà di trovare un equilibrio tra la formazione consueta del giurista di quel tempo (si veda il consenso che lo stesso Domenico Barbero espressamente manifesta nei confronti del pensiero di CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Napoli, 1936, 17, là dove si pone l'accento sulla norma giuridica quale « criterio esclusivo di regolarità »: BARBERO, *op. ult. cit.*, 504) e la fede giusnaturalista.

— Sguardo sul diritto privato del « tempo nuovo »

20) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (under besonderer Berücksichtigung der deutscher Entwicklung)*, Göttingen, 1952 (la seconda edizione, rielaborata, è del 1967). Si veda anche la traduzione italiana, con presentazione di Umberto Santarelli: *Storia del diritto privato moderno (con particolare riguardo alla Germania)*, I-II, Milano, 1980.

— Anno 1960: democrazia e diritto. Anno 1970: politica del diritto. Anno 1972: uso alternativo del diritto

21) Nel 1970 nasce, per i tipi de *Il Mulino*, e con la collaborazione molto attiva di un'intera generazione di giuristi favorevoli — com'è ampiamente noto — a un indirizzo riformatore di ispirazione laica e liberal-democratica (Giuliano Amato, Sabino Cassese — fra i primi allievi del collegio giuridico pisano in età postbellica — nonché Gino Giugni, Federico Mancini, Stefano Rodotà e molti altri ancora), la rivista *Politica del diritto*. Dieci anni prima era apparsa *Democrazia e diritto* diretta da Ugo Natoli (sulla presentazione del primo numero: nota 27). Un secondo ciclo della rivista sarà avviato nel 1972 sotto la direzione di Luigi Berlinguer.

22) Si fa rinvio ai due tomi curati e introdotti da Pietro Barcellona (Aa. Vv., *L'uso alternativo del diritto. I-II*, cit.).

— *Realpolitik* e politica del diritto: ovvero, mai dimenticare gli anni trenta

23) Fu stigmatizzata come dannosa l'intransigenza « dei giuristi puri, di coloro che rimangono fermi alle formule legislative, le interpretano in base ai 'combinati disposti',... « quasi che le leggi non germinassero in sede politica, quasi che la legge non fosse la cristallizzazione di necessità e di volontà d'ordine politico... »: BOTTAI, *Esperienza corporativa*, II, Firenze, 1935, 49. Non mancavano sfumature di pensiero più ricche e non prive di venature anticonformiste, quale segno dell'intelligenza critica dell'autore: « il giurista non deve piegarsi alla ragione politica, bensì interpretarsi secondo questa... non deve far politica ma semplicemente farsi una sensibilità politica » . Molto più legata all'ortodossia del potere di quel tempo, pur dietro le vesti della necessità di adeguare la dogmatica alla nuova realtà, fu la celebre presa di posizione di DE FRANCISCI, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, I, 581 ss.

— Da sempre e per sempre è crisi: ironia del giurista di lunga esperienza

24) SACCO, *Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani. Venezia 23-26 giugno 1989*, cit., 1001-1005, 1003 (la qualifica di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« nonno » era giustificata dal fatto che fu proprio Rodolfo Sacco « a ideare e porre su solide basi la dottrina dei diritti del nonno »: *Considerazioni generali. Per un concetto più vasto di rapporto famigliare*, da *La riforma del diritto di famiglia*, *Atti del Convegno 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972).

— Giovanili speranze

25) MANCINI, *Sulla « crisi del diritto »* , in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 738-746, recensione a BALLADORE PALLIERI, CALAMANDREI, CAPOGRASSI, CARNELUTTI, DELITALA, JEMOLO, RAVÀ, RIPERT, *La crisi del diritto*, Padova, 1953. Per una memoria: ROMAGNOLI, *Ricordo di Federico Mancini*, ivi, 2000, 1-6.

— Macerie tedesche: una testimonianza

26) RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 11-29 (nel volume, che fa parte della collana *Giuristi stranieri d'oggi*, coordinata da Cosimo Marco Mazzoni e da Vincenzo Varano, sono raccolti e tradotti in lingua italiana alcuni saggi scritti in tempi diversi; la citazione del testo è tratta dal contributo su *Il principio d'eguaglianza nel diritto privato*).

— Un editoriale italiano del 1960

27) NATOLI, in *Democrazia e diritto. Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 1960, 3-4, 5-18.

I, n. 19, note 28-31

La forza dei tempi si percepisce perfino nella contesa sistemazione della figura tradizionale, e allora assolutamente egemone, del « negozio giuridico »: contrapposti valori di libertà e solidarietà sono invocati senza reticenze e si propongono mediazioni. Poi l'ambientazione culturale cambia profondamente (n. 19)

28) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., XIX: « nel corso della dittatura si sono accampati i più vari e bizzarri motivi... per affermare il principio che lo stato deve disciplinare anche l'economia pubblica e privata...: col dichiarato proposito di subordinare gli interessi dei singoli a quelli nazionali, ma con la nota conseguenza di farli dipendere dal volere e dal disvolere di politici a volte stravaganti e di burocrati sovente irresponsabili ». Finalmente c'è stata la riscossa dell'Individuo con la I maiuscola e del Cittadino con la C maiuscola « dopo tanti anni di lutto e di strage » e contro l' « intervento dello stato nell'economia ». ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, 41-59, 59: « dove si drizzano le forche nel mondo moderno? Escluso che si ricorra ad esse nei paesi in cui più salda è la considerazione dell'Individuo, è lecito concludere che, insistendo nelle mie idee, io seguo l'esempio dei rivoluzionari di tutti i tempi e cioè di quanti si sono battuti per sottrarre il Cittadino da ogni forma di oppressione ».

29) Può considerarsi mediazione esemplare uno spunto contenuto nella prolusione di Domenico Barbero all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, in data 16 febbraio 1949: *Empirismo e dogmatica nel diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 310-330 (pubblicata anche, in seguito, negli *Studi in onore di Francesco Carnelutti*). *Ivi,* 318 ss., si rivolgono critiche tanto a Betti quanto a Stolfi. L'attualità della discussione in quel tempo fu attestata anche dalle notazioni di Norberto Bobbio: se ne riparlerà tra breve (nota 45).

30) BETTI, recensione a STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 137-144. È opportuno tener presente alcune date: Emilio Betti aveva pubblicato nel 1943 la prima edizione del *Negozio giuridico.* Al 1948 risalgono *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (Milano). Del 1949 è *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano). La polemica fra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi ben si prestava a riassumere un'intera stagione della nostra cultura giuridica e a segnalare la tensione ideale e politica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a fatica rimossa o compressa nel passato: fu infatti riprodotta nell'antologia curata da RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 233-259. Attente indagini retrospettive e critiche dimostrano che la polemica accentuava una contrapposizione assai più apparente che reale: IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; CAPPELLINI, *Negozio giuridico (storia)*, in *Digesto*, 4ª ed., *Disc. priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 95 ss

31) Proprio alla metà degli anni sessanta richiamò l'attenzione sulle categorie della causa e del negozio una monografia di Giovanni Battista Ferri che ancor oggi costituisce la base di ogni ricerca nel settore: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965.

Notevolmente originali, in quel tempo, furono già gli spunti di GIORGIANNI, *Causa* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547-575. Il negozio giuridico sarà ancora al centro delle analisi nei decenni successivi: FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 1-55; SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, ivi., 1998, I, 535-582. Alle sistemazioni generali degli anni quaranta e cinquanta (nelle quali si cimentarono notoriamente studiosi di fama: oltre a Emilio Betti e a Giuseppe Stolfi, Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, s. d., Napoli, rist. 1960, e Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950) seguiranno numerosi studi contraddistinti, con motivazioni diverse, da un'intonazione fortemente perplessa in merito all'attualità di quelle categorie (ma della seconda specialmente non si contestava, almeno in Italia, il perdurante uso nelle massime della giurisprudenza). Già all'inizio degli anni settanta, nel volume *Il diritto privato nella società moderna* (richiamato nella nota precedente), Stefano Rodotà ebbe modo di affermare: « non è senza significato che, nei più recenti studi italiani, il tema del negozio sia stato praticamente abbandonato e che, in suo luogo, siano fiorite le indagini sul contratto »: *ivi*, 208 (esplicito fu il rinvio alla critica rivolta da Gino Gorla alla teoria, ispirata dal giusnaturalismo, del fondamento unitario del negozio giuridico quale manifestazione di un potere della volontà disporre e di autoobbligarsi: *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18-47). Restò celebre l'incontro che si tenne all'istituto Gramsci nel 1978: SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978. Alcuni dei giuristi che vi presero parte (Pietro Barcellona, Cavazzuti, Di Majo, Galgano, Gliozzi, Inzitari, Marzuoli, Cosimo Marco Mazzoni, Natoli, Rescigno, Roppo, Ruffolo, Schiavone) dettero un rilievo preminente alle contraddizioni e ai ritardi del sistema e della cultura giuridica della borghesia con il rischio di perdere di vista, per un eccesso di analisi marxista, la complessità e le articolazioni effettive del problema, nonostante le riserve di Rescigno e la difesa di Natoli (il quale « remava contro »: così SACCO, *Negozio giuridico, circolazione del modello*, in *Digesto*, 4ª ed., *Disc. priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 86 ss). Di questi rischi è consapevole, nell'ampia introduzione ove tutte le opinioni sono riprese in sintesi e meditate con attenzione, lo stesso Cesare Salvi (quelle pagine introduttive possono essere ancora lette anche quale visione d'insieme sugli scritti giuridici degli anni sessanta nella materia contrattuale e sulla loro ambientazione complessiva: ivi, 11-56). Netta fu la presa di posizione critica di Francesco Galgano (per esempio, con riguardo alla versione che del suo stesso pensiero egli dette negli anni ottanta: *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, XVI-586), il quale aveva anche usato un'immagine umbratile (*Il crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e impresa*, 1987, 733 ss.). In termini ancor più drastici (« morte del negozio giuridico ») si è espresso IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, cit., 66 ss.; ID., *La regola e l'eccezione (resoconto sulla dottrina italiana del secolo XX)*, in *Dir. soc.*, 1997, 448 ss. Nella dottrina tedesca degli anni trenta la temperie di allora lasciò più di un segno negli scritti che incominciarono a reagire al dogma: LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936; STOLL, *Vertrag und Unrecht*, Tübingen, 1936.

La discussione ferve nel duemila. Di una « vera » crisi parlò, già negli anni ottanta,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Salvatore Patti (*Il negozio giuridico: è vera « crisi »* , in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 627). Ma non mancheranno in seguito le ferme difese: BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, ivi, 1990, II, 573 ss.; BUSNELLI,, *Conclusioni*, cit., 321-323 (ove, come si è premesso, è richiamato il pensiero di un più giovane studioso: Claudio Scognamiglio); FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987; ID., *Negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 707 ss.; ID., *Negozio giuridico*, in *Digesto*, cit., 61-86; PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990 (XX-546); SCOGNAMIGLIO, R., *Negozio giuridico (profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990. Già all'inizio dell'ultimo ventennio del secolo fu possibile parlare di una sorta di « lotta »: DE CUPIS, *La battaglia contro il negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 103 ss. Si potranno ben presto consultare alcuni disegni riassuntivi: SCODITTI, *Svolgimenti della teoria del negozio giuridico nella dottrina italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 645 ss.; VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contratto e impresa*, 1993, 566 ss.; FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 409-429. Si acuiva quasi inevitabilmente, con saggi ricostruttivi ricchi di spunti illuminanti, l'interesse per la storia del concetto e per lo studio comparato: CAPPELLINI, *Negozio giuridico (storia)*, in *Digesto*, cit., 95 ss.; SACCO, *Negozio giuridico (circolazione del modello)*, ivi, 86 ss.

Anche le ricerche sulla « causa » richiederanno nuove analisi condotte con il metodo storico-comparatistico e di volta in volta aggiornate: GORLA, *Il contratto*, I-II, Milano, 1954-1955. In tempi meno lontani: FERRI, G. B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127.

Nella motivazione di un provvedimento che ha suscitato scalpore, il giudice dell'anno duemila afferma di preferire « parlare di negozio » — e non di contratto di maternità surrogata — « laddove, come nel caso di specie, difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo stato concesso il consenso per spirito di liberalità »: Trib. Roma, ord., 14-17 febbraio 2000, in *Guida al diritto. Il Sole-24 ore*, n. 9, 74-79, con nota nettamente contraria di FINOCCHIARO, A., ivi, 80-83 (per la distinzione tra il contratto oneroso di maternità surrogata e il negozio gratuito: 78-79).

II, nn. 20-21, note 32-38

Alcuni segnali anticipano gli anni sessanta nella « forza dell'attualità ». Si profilano le immagini di un possibile futuro (II, nn. 20-21)
I mutamenti sociali sono percepiti in maniera più diffusa (note 32-38)

— Aria dei tempi

32) Il disegno storico è largamente noto anche a coloro che a quel tempo non erano ancora nati. Un quadro molto vivo è in LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, Venezia, 1992.

— Anticipazioni: libera concorrenza; difesa dei consumatori

33) ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 873-936, in particolare 874, 936 (è la prolusione, qui richiamata nel testo, al corso di diritto industriale: fu letta nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma il 27 novembre 1953).

— Attualità. Riforma agraria e proprietà privata. Proprietà edilizia: problemi costituzionali e nuove ricerche

34) NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1965; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (sono numerosi e significativi, in quei saggi sulla proprietà privata, i riferimenti alla riforma agraria degli anni cinquanta: che fu attuata da Antonio Segni, a quel tempo ministro dell'agricoltura). Come si è accennato nella sezione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seconda, alla metà degli anni trenta risaliva il saggio di Salvatore Pugliatti, ripubblicato nel 1954, dal titolo *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, 1 ss. Il riferimento alla proprietà agraria include un altro importante capitolo nella ricostruzione della cultura giuridica italiana del secolo, sebbene gli studi più significativi — dei pubblicisti e dei privatisti — risalgano soprattutto agli anni anteriori e immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale. Si leggono ancora con interesse, con riguardo alle due leggi fondiarie del 1950 e nel quadro della sistemazione delle leggi distinte nelle due categorie delle leggi *di* attuazione e *in* attuazione della carta costituzionale, le considerazioni di CRISAFULLI, *Legislazione del cinquantennio*, in Aa. Vv., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., 33-52, 46 s. (scritto che si segnala anche per il riferimento al carattere « negoziale » della legislazione postcostituzionale, oltre che per il tono complessivamente distaccato, con punte di malcelata amarezza). Sul cammino moderno compiuto dalle categorie del diritto agrario, fin dalla fondazione nel 1922 della rivista diretta da Giangastone Bolla, e nel dialogo con le ricerche storiche di Paolo Grossi, si sofferma in breve, ma con aggiornamenti già chiari ed essenziali, CARROZZA, *Diritto agrario*, ivi, 261-269. Sui temi anche politici dell'assetto e dei conflitti nell'agricoltura, in quadro storico e sociologico che tiene conto di alcuni problemi specifici dell'Italia moderna e contemporanea, molti dati si traggono dalle analisi di GIORGETTI, *Contadini e proprietari nell'Italia moderna (rapporti di produzione e contratti agrari dal secolo XVI ad oggi)*, Torino, 1974 e, in tempi ancor più recenti, di BARBERIS, *Le campagne italiane dall'Ottocento ad oggi*, Roma-Bari, 1999 (informati, e di piacevole lettura, sono i capitoli dal titolo « fascismo: gli agrari traditi » e « dalla riforma fondiaria all'agriturismo »: quest'ultimo prende avvio proprio dalla preparazione delle leggi del 1950).

35) Una decisione della corte costituzionale nei tardi anni sessanta ha assunto, com'è risaputo, il carattere di un *leading case*: Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, 838 ss. Sulla proprietà edilizia la più documentata e più originale ricostruzione storico-comparatistica, per quel che attiene agli studi dei cultori del diritto privato, apparve alla metà degli anni settanta: GAMBARO, « *Jus aedificandi* » *e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975. [Un aggiornamento, sia pure soltanto indicativo, è in appendice alla sezione quarta, II, n. 48, nota 7].

— Attese: riforma del diritto familiare

36) È necessario limitarsi, per ovvie ragioni, a quadri complessivi di sintesi. Fra i tanti hanno serbato una gran parte della loro forza, sebbene risalgano a più di dieci anni or sono, quelli tracciati, con punti di vista non coincidenti, da CATTANEO, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio* e da QUADRI, *Famiglia e rapporti tra coniugi: il dibattito negli anni delle riforme*, entrambi in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani*, cit., 95-106 e 117-135. [Altre notizie essenziali, meno lontane negli anni, saranno date nell'appendice alla sezione quarta, II, n. 48, nota 7].

— Confronti: dubbi del duemila; ai margini del diritto.

37) [Per un cenno sui temi di fine secolo: sezione quarta, appendice]. Un titolo parla da solo: RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bologna, 1992 (2ª ed., 1999).

38) Sono stati tanti i tentativi di ripensare in altra prospettiva alle condizioni poste ai margini della società e del diritto. Un disegno complessivo, in tale linea, della categoria dello *status* e della nozione stessa di capacità giuridica, con una vasta documentazione, si deve, in tempi molto vicini a quelli di queste pagine, a Guido Alpa, autore di una monografia in tal senso esemplare (*Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993). Non sono mancate le proposte puntuali anche in termini di riforma strutturale di alcune parti del codice civile. Ne è stato ideatore e animatore per oltre un decennio Paolo Cendon, secondo un metodo privo di qualsiasi concessione alle vuote proclamazioni di principio; e invece molto vigile, in un aperto confronto con studiosi di settori disciplinari diversi (medici, psicologici,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociologi), nel segnalare l'effettività di un disagio quotidiano che anche i mezzi di un diritto meno paludato e meno asservito ai disegni dei poteri forti potrebbe contribuire a ridurre (per esempio: *I diritti delle persone deboli*, in Aa. Vv., *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante in collaborazione con Livia Minervini, Torino, 1998, 179-207; ID., *Verso un nuovo diritto per i soggetti deboli*, in *Pol. dir.*, 1994, 487; ID., *Il primo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli*, cit., 487). In una linea parallela, ma con successo maggiore quanto alle fonti legislative ora disponibili, dev'essere considerato, sempre nel quadro delle vicende tormentate del *Welfare State,* il fenomeno dell'intervento spontaneo e autonomamente organizzato con finalità fraterne, sui quali fra i primi pose l'accento, fin da tempi in cui minima era la percezione dell'importanza che avrebbe assunto anche in Italia il settore dell'associazionismo per scopi solidali o di utilità sociale, in quell'area che ormai è comunemente descritta per tramite di una più lata formula d'importazione (*non profit*), LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del welfare State*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 820 ss. Nell'anno duemila raccoglie gli atti di un convegno che si è svolto a Pisa, il 27-28 marzo 1998, il volume intitolato *Terzo settore e nuove categorie giuridiche*, a cura di L. Bruscuglia e E. Rossi, Milano, 2000. Chi continui a meditare, pur senza irrigidimenti speculativi e chiusure anacronistiche, l'indirizzo di metodo che s'interrogava sul linguaggio giuridico (qui: note 43 ss.) deve prendere atto del nuovo atteggiarsi dei rapporti fra il « mondo della vita » e l'artificio del diritto. Il problema si fa molto delicato quando il giurista, nel momento della riabilitazione della filosofia pratica e in condizioni di tormentata progettazione legislativa, è sollecitato a pronunciarsi su temi che anche i mezzi di comunicazione di massa tendono a presentare come epocali. Sono qui da meditare i pensieri a più riprese espressi da ZATTI, *Bioetica e diritto*, in *Riv. it. medicina legale*, 1995, 3; ID., *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 43 ss.; ID., *Dal consenso alla regola*: *il giurista in bioetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 523; ID., *Quale statuto per l'embrione*, ivi, 1990, 437; ID., *Artificio e « natura » nella procreazione* (*note a margine dei progetti legislativi*), ivi, 1986, 671. Si comprendono allora le ragioni che hanno indotto i cultori del diritto privato, nel corso degli anni novanta, a interrogarsi di nuovo sull' « al di là » o sul futuro del diritto. Si rileggano i saggi raccolti da Maria Costanza, *Oltre il diritto*, Padova, 1994, oltre a quelli coordinati da Pietro Perlingieri, e promossi da Vincenzo Cantelmo, *Il diritto privato futuro*, Napoli, 1993. La responsabilità dell'interprete, in un coerente quadro di principi, ancora una volta esige una presa di posizione sulle « nuove frontiere » e induce a definire un quadro normativo essenziale, anche nei contesti in cui massima dev'essere la duttile difesa del pluralismo delle idee: BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 571 ss.; ID., *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana*, in *Iustitia*, 1987, 263 ss.; ID., *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e diritto*, 1988, 213 ss. Sul senso di un « bisogno del diritto » in tale settore: MAZZONI, C.M., *La bioetica ha bisogno di norme giuridiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 285 ss. Per un esauriente e nitido quadro complessivo, proprio alla fine del secolo: FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999. E finalmente non si deve dimenticare che già fin dalla metà degli anni settanta all'argomento dei « fatti della vita materiale » era stato offerto un impianto sistematico rinnovato: FALZEA, *I fatti di sentimento*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1976, 135 ss. L'inizio, le varie età, la fine dell'esistenza: incomincia, e si accentua nel decennio successivo, una ricerca a più voci. Per esempio, in ordine cronologico: CRISCUOLI, *Sul diritto di morire naturalmente*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 86 ss.; OPPO, *L'inizio della vita umana*, ivi, 1982, I, 499 ss.; RESCIGNO, *La fine della vita umana*, ivi, 634 ss.; GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 6, 23 ss.; DE CUPIS, *La tutela della spes nascendi (a proposito di recenti fatti di cronaca), con postilla di Alberto Trabucchi*, ivi, 1987, II, 389 ss.; STANZIONE, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, ivi, 1989, I, 439 ss.; TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extracommercium*, ivi, 1991, I, 211 ss.. Si rammenti ancora che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'inizio degli anni ottanta l'accademia dei lincei organizzò a Roma un convegno su *Il diritto e la vita materiale*: cfr. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ;*, 1982, 1117-1136.

[Per altri riferimenti, pur ridotti all'essenziale, si rinvia, alle pagine finali e alla documentazione corrispondente: II, nn. 42-43, note 3-4].

Deve intanto rammentarsi di nuovo come l'anno duemila si apra con un caso che fa subito discutere (vasta è l'eco, necessariamente deformata, nei quotidiani e nelle radiotelevisioni). Il giudice Chiara Schettini proclama che è lecito e meritevole di tutela, ove sia gratuito, l'accordo intervenuto fra due coniugi e una donna la quale acconsenta ad accogliere nell'utero ai fini della gravidanza e del futuro parto un embrione, crioconservato in provetta, che sia frutto della fusione di gameti dei coniugi stessi, i quali potranno in tal modo soddisfare il loro desiderio, già precluso da una condizione inguaribile di sterilità, di procreare. Poiché il medico intende rispettare l'art. 41 del codice deontologico del 25 giugno 1995, ove si fa divieto assoluto di tali pratiche di fecondazione assistita e di maternità surrogata, il giudice autorizza il medico stesso con provvedimento di urgenza preso in base all'art. 700 c.p.c.: Trib. Roma, ord., 14-17 febbraio 2000, cit., 74 ss. Nel 1989, com'è risaputo, diametralmente opposta fu la decisione dei giudici del tribunale di Monza in un caso soltanto in parte analogo (era previsto un corrispettivo composito): Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1998, I, 298 ss., con nota di PONZANELLI.

Gli interpreti, talvolta con l'incoraggiamento della corte costituzionale, cercano « il punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti ». In tali termini si esprime Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, 3042, così da legittimare l'interpretazione diretta a escludere l'ammissibilità del disconoscimento del figlio nato a seguito d'inseminazione artificiale (da donatore animo), se il marito abbia in precedenza dato alla moglie il suo consenso. I giudici di legittimità accoglieranno l'invito, smentendo le decisioni di merito: Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317, con note di BIANCA e di MORELLI. In altri casi chi decide prende il coraggio da solo, come quando si afferma che è possibile proseguire nei tentativi di inseminazione artificiale anche dopo la morte del *partner*: Trib. Palermo, 29 dicembre 1998, in *Fam. dir.*, 1999, 52, con nota di DOGLIOTTI.

II, n. 21, note 39-42

Rientrava nella percezione del mutamento, nel nesso fra i problemi sociali e il nuovo quadro normativo generale, la discussione sulla fonte costituzionale. Nell'anno duemila è dominante, quanto confuso e pervaso d'incertezze nei suoi sviluppi effettivi, il tema della riforma (n. 21)

39) Alcuni riferimenti — molto sommari — al pensiero di Massimo Severo Giannini e di Salvatore Pugliatti, già negli anni quaranta, si trovano nella prima sezione, II, n. 8, note 23-26, e nella relativa appendice. Nel decennio successivo: BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; ID., *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953; CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952 (si noterà qui una linea di continuità con il saggio, dell'inizio del decennio precedente, dedicato al concetto dei principi generali del diritto: appendice alla sezione prima, II, n. 7, e note corrispondenti); NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955. Ancora nella prima metà degli anni ottanta l'area intera del diritto privato sarà descritta, con vasto disegno ricostruttivo, entro una tale cornice: PERLINGIERI, *Il diritto privato nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984 (qui ci si limita a indicare la data della prima edizione). Di nuovo, sul « disgelo » costituzionale, può rinviarsi, alla fine dell'ultimo decennio, a BARILE, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell' ordinamento repubblicano*, in Aa. Vv., *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, cit., 7-103; e, ivi, 29, 30, 33: « negli anni cinquanta comincia l'attuazione della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzione, sia in legislazione che in giurisprudenza »; ci furono dapprima pochi segnali, quasi ristretti alla sola affermazione di un diritto soggettivo del lavoratore al cosiddetto salario familiare « per effetto del combinato disposto degli artt. 4 e 36 della Costituzione e dell'art. 2099 cod. civ. »; la situazione si sbloccò in occasione della prima sentenza della corte costituzionale: 14 giugno 1956, n. 1. Per la ripubblicazione di un'importante testimonianza sulle speranze e sulle delusioni di quegli anni ormai lontani: BASSO, *Il principe senza scettro*, Milano, 1998 (1a ed., 1958).

40) La vastità e la notorietà della documentazione sui tempi e sui modi di attuazione della carta costituzionale e sugli orientamenti dei giudici delle leggi sono tali da sconsigliare lunghi elenchi necessariamente incompleti. Hanno una grande utilità le rassegne puntuali, settore per settore. Mi limito a segnalare, e naturalmente per i soli aspetti relativi al diritto privato, ALPA, *Attuazione e attualità della Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 1 ss. Nel passato — si parla ormai quasi di un ventennio — studiosi del diritto costituzionale e del diritto privato avevano provveduto a stendere un succinto eppur incisivo bilancio con il medesimo titolo (e diversa disposizione dei soli vocaboli): Aa. Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979. A metà degli anni ottanta Antonio Gambaro e Roberto Pardolesi curarono, con distacco critico, la sezione (dedicata al diritto civile) di un'opera collettiva coordinata da PIZZORUSSO e VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985. Per un aggiornamento della giurisprudenza costituzionale nell'area del diritto privato si rinva a CERRI, *Costituzione e diritto privato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, 2ª ed., Torino, 1999.

Dopo la vittoria delle forze politiche riunite nel « Polo delle libertà » alle elezioni del 27 marzo 1994 si è accentuato, come tutti sanno, il movimento diretto a promuovere la revisione della carta costituzionale nella cornice del nuovo sistema elettorale ispirato al principio maggioritario. Il problema della attuazione costituzionale e poi della riforma è stato inopportunamente confuso talvolta con uno scontro politico contingente fra la maggioranza e l'opposizione, laddove è notorio che ogni questione radicale di natura costituzionale presuppone una frattura netta con il passato e trascende gli schieramenti di parte. Alcuni costituzionalisti risposero al tentativo di « evocare l'esercizio di un nuovo potere costituente » e di « mettere in discussione i valori fondamentali e l'impianto complessivo della Carta Costituzionale del 1948 », già nell'anno successivo, con un breve volume dal titolo *Stato della costituzione*, a cura di Guido Neppi Modona, Milano, 1995.

41) Ricca di spunti molto vivaci è la ricostruzione dei possibili rapporti fra i principi costituzionali e la regolamentazione del diritto privato in materia di libertà contrattuale quale è stata suggerita da Rodolfo Sacco negli anni novanta: SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I - II, in *Trattato di diritto privato diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 1993, in particolare, ivi, II, 3-17. Sono tanti i luoghi che consentono di saggiare, nel contesto degli orientamenti della corte costituzionale e delle tendenze culturali oltre che della politica legislativa nella sfera economica, i mutati atteggiamenti degli interpreti nei confronti delle disposizioni costituzionali di rilievo civilistico. Fra questi i temi e i problemi della tutela della concorrenza e, in tale quadro, dell'effettività dell'autonomia privata, hanno assunto sicuramente un posto centrale nel delinearsi di una costituzione economica europea; per esempio, e con rinvio limitato alla letteratura civilistica: MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss. Per altri spunti in materia di libertà contrattuale: ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale* e DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, entrambi, ora, in ALPA e BESSONE, a cura di, *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 7 ss., 23 ss. Diversa è, fin da tempi lontani, l'analisi del problema nella letteratura tedesca. Mi limito a segnalare un saggio della fine degli anni cinquanta (sintetico e chiaro, oltre che molto noto): RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, in *Juristenzeitung*, 1958, 1-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

42) Non è questa la sede competente per una descrizione riassuntiva dello stato di salute della carta costituzionale repubblicana. Utili documentazioni di sintesi si traggono dai volumi collettivi significativamente intitolati allo « stato della costituzione » nel tempo corrente (per un cenno: nota 40). Anche in tal caso l'impossibilità di fornire indicazioni selettive non troppo infedeli e discriminatorie dispensa da ulteriori riferimenti. Neppure è possibile accennare, in queste pagine, alla « costituzione dei moderni » nel confronto con la « costituzione degli antichi » e con la « costituzione medievale ». Una chiara sintesi si trae, quale frutto di un lungo e articolato itinerario di approfonditi studi, da FIORAVANTI, *La costituzione*, Bologna, 1999. Sulle ultime vicende del costituzionalismo e sulla contemporanea immagine dello Stato costituzionale si è soffermato in maniera molto viva, con puntuali informazioni, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge. Diritti. Giustizia*, Torino, 1992. In questo breve saggio il carattere saliente del mutamento è ravvisato nell'avvento di un diritto « senza padroni del diritto »; ivi, 49: « ciò che caratterizza lo 'stato costituzionale' odierno è la separazione tra i vari aspetti... del diritto i quali, nello stato di diritto dell'Ottocento, erano unificati o 'ridotti' nella legge »). Altri cenni, per forza di cose non meno frammentari e sommari, si daranno ancora nel testo (corrispondente alla nota 131). Spunti sparsi sono anche nell'ultima sezione, I, nn. 40-44; II, 48-49 (e nelle parallele osservazioni contenute nell'appendice).

Queste pagine si sono aperte (nella precedente sezione) con le idee che Massimo Severo Giannini espresse negli anni quaranta; e potrebbero chiudersi idealmente, sul finire del secolo e della vita del giurista, con le notazioni, disincantate e quasi amare, riprodotte nella nota 132.

Sul coordinamento, già negli anni cinquanta, fra il codice civile e l'art.2 della costituzione (solidarietà e diritti inviolabili): note 60-67. Sull'art. 42, 2° comma, cost. e sui limiti alla proprietà, dalle analisi degli anni sessanta a una decisione della corte costituzionale che, nel 1999, ha creato una nuova figura di servitù coattiva in relazione all'abitabilità degli edifici e a tutela delle persone con *handicap*: note 68 ss. (e soprattutto, nota 71).

III, n. 22, note 43-45

Anno 1950. Lo scritto di un maestro della filosofia del diritto, pubblicato in una delle principali riviste giuridiche del diritto privato, pone su basi teoriche analitiche, quasi del tutto nuove in Italia, le questioni di metodo (n. 22)

43) In ordine cronologico: SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 212-216; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342-367; SCARPELLI, *L'unità della scienza*, in *Riv. fil.*, 1950; ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1955. Si tralasciano, per il momento, gli sviluppi successivi nella teoria generale e nella filosofia del diritto. Fra le prime divulgazioni complessive, nel pensiero filosofico italiano, si tenga presente almeno, già negli anni sessanta, ANTISERI, *Dal neopositivismo alla filosofia analitica*, Roma, 1966.

Diritto come scienza fondata sull'analisi del linguaggio, dunque; e qui non si deve trascurare un'interessante coincidenza cronologica: la riaffermazione, quasi negli stessi giorni, del diritto come scienza pratica. Tale accostamento è imposto dall'identità della data: nel 1950 è pubblicato il non meno famoso saggio di PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 50-51.

44) GEYMONAT, *Studi per un nuovo razionalismo*, Milano, 1945.

45) BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., 358-359, 359, nota 8, afferma in particolare, con riguardo all' « equivoca » distinzione fra le teorie della dichiarazione e le teorie della volontà, che « anche le teorie della volontà sono teorie della dichiarazione: s'intende, di una dichiarazione diversa da quella di cui si parla nella teoria della dichiarazione propriamente detta ». Si rammenti pure la prolusione di Domenico Barbero (citata alla nota 29).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

46) Le posizioni di Hans Kelsen in ordine ai problemi interpretativi hanno una vasta notorietà. Qui ci si può limitare a indicare ancora una volta le pagine della *Dottrina pura del diritto,* a cura e con trad. di G. Losano, Torino, 1966, 381 ss.

— Dall'analisi del linguaggio all'ermeneutica, passando per il realismo giuridico e per la critica dell'ideologia

47) Una documentazione essenziale deve tener presenti: i saggi di Giovanni Tarello e dei suoi allievi; la diffusione del pensiero ermeneutico; e, fra i cultori del diritto privato, gli studi sul metodo (fra problema e sistema) di Luigi Mengoni. Si rammenti l'influenza che subito ebbe, pure sugli studiosi del diritto civile, una monografia dei primi anni sessanta: TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962. Anche il realismo giuridico scandinavo fu diffuso in Italia in quel periodo: ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965 (trad. it. di G. Gavazzi); OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1966 (trad. it. S. Castignone). Si trattava di orientamenti quasi contemporanei a quel seminario sul giudice creatore del diritto che si tenne a Pisa nel collegio giuridico annesso alla Scuola Normale Superiore e che è stato richiamato fin dalla prima sezione (n. 3, con le minime notizie fornite nell'appendice corrispondente). Si consideri che anche la divulgazione degli scritti di HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1962; ID., *Il concetto del diritto*, Torino, 1965, contribuì a una revisione del postulato tendente a identificare tutto il diritto con i documenti legislativi (in Hart — ha osservato lo stesso TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, cit., 80, nota 37 — « l'ascrizione di diritti e di obblighi da parte dei giudici » sarebbe stata configurabile come un « esempio paradigmatico di quel « fare cose con parole » su cui insiste la filosofia analitica inglese a partire dall'insegnamento di J. L. Austin »). Nella seconda metà degli anni sessanta fu pubblicato un saggio di grande respiro e di vasta documentazione ove « a ogni capitolo, quasi a ogni pagina » si dimostrava che « la giurisprudenza contribuisce alla stessa formazione del diritto … è sempre creativa », sì che « il diritto è sempre (anche) giurisprudenziale »: LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 372. Sulla teoria dell'interpretazione giuridica, ancora in quegli anni: TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1-18. L'interesse per il pensiero ermeneutico fu successivo nel tempo, ma assunse — anche per i soli aspetti relativi al diritto — una tale diffusione da non consentire indicazioni adeguate. È sicuramente utile il quadro che si trae, in apertura dell'ultimo decennio del secolo, dai numerosi studi di ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990. Fra i cultori del diritto privato, come si è premesso, una costante attenzione alla questione del metodo, sulla base di alcune indagini sorrette da personali approfondimenti, è, ormai nel pieno degli anni settanta, in MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3-40. Sulla letteratura italiana degli anni quaranta: nota 52.

Un sommario aggiornamento in margine agli studi di diritto privato e alle ricorrenti domande intorno al loro « senso » può trarsi dalle pagine finali e dalla connessa appendice (dedicate soprattutto agli ultimi due decenni) [sezione quarta, I, n. 40, nota 1; II, n. 48, nota 7; n. 49, nota 8].

— Applicazioni nella critica della dogmatica dei cultori del diritto privato

48) IRTI, *Una generazione di giuristi*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Venezia, 26-28 giugno 1988*, cit., 971-984; ID., *Diritto civile*, cit., 128-152.

49) SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., 66. Sull'esempio proposto da Norberto Bobbio, si rinvia alle note 29 e 45.

50) BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto*, 4a ediz., *Disc, priv. Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 149; ID., *Linguaggio giuridico*, ivi, XI, 1994, 21; ID. (con Guastini e altri), *Glossario*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

51) Si rinvia al n. 32. [Alle discussioni sul metodo del civilista, in un disegno non limitato all'indirizzo analitico, si accennerà, come si è premesso, anche nella sezione quarta, in generale e nella relativa appendice; ivi, specialmente: I, n. 40, nota 1; II, n. 49, nota 8, ove il tema, per rapidi tratti, è considerato fino ai giorni nostri]. Nella presente sezione, le pagine e le note successive (52-57), si riferiscono al tema distinto ma connesso, dell'interpretazione (la nota 57 si sofferma sulle discussioni, perennemente viziate da equivoci, interferenti variamente con la nozione di « formalismo » giuridico).

II, nn. 23-25, note 52-67

Pur nella disattenzione di molti, la cultura giuridica italiana, fin dagli anni trenta e quaranta, annoverava, più in generale, alcuni importanti scritti di cultori del diritto privato sull'interpretazione del diritto non senza talune prime influenze del pensiero filosofico ermeneutico. Seguirono, negli anni cinquanta, alcuni studi nei quali, senza preconcette e sommarie denigrazioni nei confronti del ruolo insostituibile della « forma » giuridica, era argomentato il rilievo delle clausole generali nel quadro dei principi (nn. 23-25)

— Anni quaranta. Nuovi incontri: Gorla. Sacco

52) Oltre agli studi di Emilio Betti, si possono qui ricordare GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938; SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947. Ricca di spunti assai vivi fu la recensione cumulativa che, all'inizio degli anni cinquanta, scrisse lo stesso Rodolfo Sacco: *Alcune novità in materia di interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 748-766. Il principale bersaglio polemico, con toni che sfioravano il sarcasmo, era offerto dalle già celebri pagine di Emilio Betti: l'interesse per l'opera di Emilio Betti — egli scriveva — « durerà più a lungo dell'attenzione per attualità che si vuol prestare alle vedute dell'autore nel caso di Rodolfo Graziani (31), sulla perfidia degli inglesi (66-68), e soprattutto sull'iniquità dei governi italiani del dopoguerra... interesse che è tanto più acuito dalla aspettativa per le opere che lo stesso autore promette sull'interpretazione drammatica e su quella divinatoria ». Una ricostruzione molto attenta della cultura civilistica italiana sull'interpretazione in quel decennio e nei successivi fino agli anni sessanta è in COSTA, P., *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 20 (1991): *François Gény e la cultura giuridica del Novecento*, Milano, 1991, 367-495.

— Betti e Gadamer: la « precomprensione » contestata. Esser cita Ascarelli

53) Proprio all'inizio degli anni sessanta fu divulgato anche in Italia — ma nella comunità dei giuristi si diffonderà solamente alcuni anni dopo — il pensiero di Hans Georg Gadamer (*Wahreit und Methode*, Tübingen, 1960; trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, 2ª ed., Milano, 1983). Da tempo Emilio Betti era di Gadamer un interlocutore critico. La rispettosa polemica fra i due è stata rievocata e al tempo stesso attentamente discussa con ulteriori notazioni critiche anche da uno studioso del diritto privato: MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in Aa. Vv., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 7, Milano, 1978, 125-142.

54) ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956. Fra gli anni quaranta e gli anni cinquanta erano stati pubblicati gli scritti di Tullio Ascarelli, dei quali il giurista e teorico del diritto tedesco tenne ampio conto: sarà un caso raro nella letteratura in quella lingua (gli altri casi si riferiscono, come si rammentò, soprattutto all'attenta considerazione dei giuristi di altra nazionalità per i saggi di Emilio Betti e di Gino Gorla).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— L'interpretazione giuridica analizzata da una metodica distanza

55) TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, loc. cit.

— L'interpretazione giuridica vissuta fino alla fine

56) BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994.

— Denigrazioni e lodi della « forma »

57) TARELLO, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 571 ss. Nell'opinione comune è tanto diffusa quanto fonte di gravi e ripetuti fraintendimenti la confusione tra il ruolo della forma e il formalismo, tra « formale » e « formalistico ». Una tale commistione di piani impedisce sia di studiare nella loro specificità e senza pregiudizi superficiali una gran parte delle creazioni culturali umane sia di avere validi criteri di orientamento nel compiere le necessarie distinzioni fra il rigore espressivo e stilistico di un'opera dell'intelletto, dell'arte o della scienza e le vuote caricature della forma. Scriveva Salvatore Satta: « formale e formalistico sono termini che non hanno nulla in comune. Disgraziatamente la povertà del linguaggio riconduce l'uno e l'altra all'idea di forma, ma è chiaro che questa parola è usata in due sensi completamente diversi e opposti: l'uno è quello scolastico di essenza di una cosa, il senso di Dante ('e questo è forma/che l'universo a Dio fa simigliante': Paradiso, I, 104-105; 'anzi è formale ad esto beato *esse*': Paradiso, III, 79) ». Così, egli proseguiva: « sotto questo aspetto non è formalistica neppure quella distinzione fra *arboribus succisis* e *vitibus succisis* di cui parla Gaio, anche se egli e noi non la comprendiamo più ». La conclusione fu che il diritto « è nel mondo delle forme visibili quel che l'arte è nel mondo delle forme invisibili ». Il diritto è per sua essenza formale; e proprio per questo motivo non è mai, senza contraddirsi, formalistico, ove del formalismo si accolga la definizione che identifica una tale attitudine con la costruzione delle forme... sul vuoto: SATTA, *Il formalismo nel processo* (*relazione letta il 4 ottobre 1958 al Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile tenutosi presso l'Università di Firenze)*, poi ripubblicata in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 81-110, da cui sono tratti i brani qui riprodotti: *ivi*, 84, 85, 86. Questi temi accompagnano qualsiasi, pur frammentaria, divagazione sui giuristi che riflettono sulle loro stesse ricerche: li ritroviamo negli scritti degli anni trenta in cui il clima di quel decennio si salda con le nuove tendenze che inaugurarono il secolo (cenni minimi nelle appendici alle precedenti sezioni), sono ribaditi negli anni sessanta (si pensi alla prolusione di FERRI, G.B., *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 347-407, oltre che al nuovo intervento negli anni novanta: ID., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 157 ss.) [in altri termini, sono discussi fino ai giorni nostri: appendice alla sezione successiva, I, n. 40, nota 1; II, n. 49, nota 8]. Per una selezione di voci riferite all'antiformalismo giuridico: TANZI, a cura di, *L'antiformalismo giuridico: un percorso antologico*, Milano, 1999.

58) RESCIGNO, *Conclusioni*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani. Venezia*, *26-28 giugno 1989*, cit., 1017-1025, specialmente 1018-1019.

59) SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1944 (l'ultima edizione aveva la data del 1966). Quelle pagine sono state ricordate dopo quarant'anni: Aa. Vv., *I quarant'anni delle « Dottrine generali » di Francesco Santoro Passarelli*, Ricordi di Natalino Irti, Michele Giorgianni, Gustavo Minervini, Pietro Rescigno e Augustin Luna Serrano. Nota introduttiva di Alberto Trabucchi. Saluto di Santoro Passarelli (Attualità e notizie), in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 611, 612. Quanto alla rievocazione del giurista scomparso, dalla prolusione del 1933 alla lezione finale del 1972, si può segnalare, per esempio (nel quadro della cerimonia che si tenne all'Università LUISS di Roma, il 21 marzo 1997), SCHLESINGER, *Ricordo di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trim. dir. proc. civ., 1998, 1291-1297, specialmente per il cenno all'efficace definizione che Santoro-Passarelli dette di se stesso (in un tempo dominato dai giuristi scissi, tormentati, umiliati, « separati »; in una parola: titubanti): « civilista convinto » (ivi, 1291, un chiaro cenno all'« elemento di continuità con un patrimonio culturale »). Anche Piero Schlesinger confronta il tavolo del giurista degli anni quaranta (non mancavano mai, oltre al codice, le dottrine di Santoro, le Istituzioni di Pugliatti del 1943, le nozioni fondamentali di Allara …) con la post-modernità che va di moda; e non può fare a meno di mostrarsi perplesso. Sono sensazioni ovviamente molto forti nel duemila: se ne parlerà in breve, con ulteriori citazioni indicative, anche nella sezione successiva e nella sua appendice; per esempio: I, n. 40, nota 1; II, n. 49, nota 8.

— Analisi scientifica delle clausole generali nel quadro del sistema giuridico: incomincia, nell'Italia del secondo dopoguerra, l'« avventura »

60) MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »* , in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185-209, 280-320, 368-396. La citazione testuale sul coordinamento fra l'art. 1175 e l'art. 2 della Costituzione si riferisce alla nota 35 (393).

61) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 48-112-113.

— Progetti affidati alle clausole generali

62) Sulle voci di Rosario Nicolò, si rinvia, alla nota 6.

— Lavori, memorie, bilanci a Pisa

63) Aa. Vv., *Studi sulla buona fede*, Pisa, 1970.

64) Aa. Vv., *Il principio di buona fede* (giornata di studio a Pisa, presso la Scuola Superiore di Studi e di Perfezionamento S. Anna, a cura di Francesco Donato Busnelli, 14 giugno 1985), Milano, 1987.

— Conflitti degli anni sessanta sul diritto « per clausole »

65) Si pensi alle famose prolusioni lette nei tardi anni sessanta, a breve distanza l'una dall'altra, da Stefano Rodotà (*Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 86: la prolusione si tenne a Macerata nel 1966) e da Giovanni Battista Ferri (*Antiformalismo, democrazia, codice civile*, cit., 347-407).

— Principi di riferimento: solidarietà corporativa; socialità democratica; difesa della personalità (diritti civili dei consumatori e diritti fondamentali nello stile delle leggi di fine secolo)

66) Il pensiero di Ugo Natoli è stato ricordato anche da Cesare Salvi: *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in Aa. Vv., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Bari, 1990, 232-273. Bisognerebbe insistere sulla netta divergenza rispetto alla solidarietà corporativa, all'interno della quale — come si è visto nella prima sezione — mai si sarebbe proclamato, già per il timore di rinverdire un passato aborrito, che primaria debba pur sempre essere la « garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti ». Tale è invece (nella cornice, per un tale profilo ormai priva di ambiguità delle libertà costituzionalmente affermate nell'art. 2 e viste non più come libertà solamente « negative » dall'art. 3, 2° comma), « la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell'intero sistema ». In tale linea i criteri della correttezza e della buona fede oggettiva si saldano bensì a una trasparente istanza di socialità, ma tale richiamo è da intendersi come relazione di reciprocità negli scambi giuridici e mercantili, sì che l'identità di ciascuno non sia mai annientata dall'indistinto primato di una pervasiva totalità comunitaria, dietro la quale si celerebbero inevitabilmente poteri pubblici o privati immuni da controlli (le citazioni testuali sono tratte da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 36: si tratta, ancora a mezzo degli anni settanta, di un pensiero che prese a definirsi, come dicemmo, fin dagli anni cinquanta e che fu più volte riaffermato nel corso degli anni sessanta).

67) Art. 1, 2° comma, L. 30 luglio 1998, n. 281, ove si parla di un diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamentale dei consumatori e degli utenti « alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi ». [Sul tema dei principi e delle clausole generali, che è uno dei frammenti dispersi nel tempo da cui prendono spunto queste pagine, si tornerà, con aggiornamenti che giungono fino alla fine del secolo, nell'ultima sezione e nella sua appendice, II, n. 42, nota 3]. Chi limiti, per il momento, lo sguardo agli anni sessanta e dintorni noterà che le clausole generali hanno come punto di riferimento quasi esclusivo la buona fede e che questa è qualificata anche in termini di principio: oltre agli spunti più generali di TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 495-508, cfr. STOLFI, G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 163-176; RODOTÀ, *Il principio di buona fede,* in *Foro pad.*, 1964, I, 183-1286. Il decennio si chiude con la ricostruzione storico-filosofica di CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970. Una completa rievocazione dovrebbe essere integrata con gli studi di quegli anni (e perfino di anni precedenti) in materia di frode alla legge, di abuso del diritto e di prestazione per causa turpe, oltre che con le ricerche monografiche relative alle clausole dell'ordine pubblico e del buon costume. Né deve trascurarsi, su di un altro piano, l'attenzione al tema dell'equità (studiato soprattutto — ma non esclusivamente — con riguardo all'integrazione e all'interpretazione del contratto: artt. 1371 e 1374). [Ancora una volta, le minime integrazioni e gli aggiornamenti sono nella sezione successiva e nella sua appendice (nei luoghi già indicati)]. Qui, intanto, per un cenno agli scritti di Pietro Rescigno e a una recente opera collettiva: nota 93.

IV, n. 26, note 68-71

L'identificazione dei volti del diritto privato si affaccia, sia pure gradualmente, alla ribalta. Alcune indagini portano alla luce sedimentazioni « non dette » (n. 26)

— Fonti del diritto di proprietà. « Crittotipi ». Radici etologiche e antropologiche del diritto. Jhering e la ricerca delle more. I campi di calcio infantili nelle periferie inedificate. La storia della proprietà collettiva. Proiezioni negli anni: dalle leggi regionali sull'ambiente agli spazi sovranazionali.

68) La denominazione « crittotipo » fu divulgata da Rodolfo Sacco che elaborò una teoria arricchita da taluni esempi tratti dalla storia e dalla comparazione giuridica: SACCO, *Crittotipo*, in *Digesto*, 4ª ed., *Disc. priv. Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 39.

69) A Rodolfo Sacco e ai suoi allievi si deve una viva ripresa d'interessi sulle radici etologiche e genetiche della cultura giuridica secondo modelli studiati anche con l'ausilio dell'etnologia e dell'antropologia. È pure di Rodolfo Sacco l'immagine del « diritto muto »: SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 689. Sull'esordio del vecchio e glorioso manuale si tenga ancora presente la nota 18.

70) Il diritto, com'è risaputo, è sentito da molti come la negazione di qualcosa di antico e di poetico. Anche nei giuristi che ne tessono l'apologia il diritto si accompagna all'attesa o più spesso alla nostalgia di un altro diritto. « Da qualunque lato uno si giri urta sempre contro la proprietà privata che gli grida in faccia il suo: fin qui e non oltre! ». Ancora all'epoca del diritto romano molte erano le cose che si potevano liberamente 'occupare' senza incontrare divieti. Ora dappertutto c'è il diritto a porre squallidi steccati. « Restavano si può dire solo i boschi: i bimbi potevano cercarvi fragole e lamponi, le donne i funghi, e gli uomini gli aromi per un *ponce*... Nemmeno il diritto dei bambini di andare in cerca di more è rispettato »: JHERING, *Scene di storia del diritto romano. I. L'occupazione delle 'res nullius': com'era e com'è. Elegia romanistica*, in *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it., Firenze, 1954, 153 s. Il grande giurista tedesco, sconsolato, vede in ogni luogo il diritto del proprietario protetto dal diritto dello Stato; e trascura il diritto che si tramanda latente. A un tale tessuto di regole collettive, consacrato dall'art.699 del codice civile svizzero (« ognuno ha libero accesso alle foreste e ai pascoli altrui, e può appropriarsi bacche, funghi e altri piccoli frutti selvatici in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conformità degli usi locali... »), guarda invece SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 435 ss.). Il riferimento ai bambini che non hanno spazio giunge fino a Michele Costantino (*Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967): sempre si ritorna a riflettere, e con esempi diversi con il passare degli anni (la raccolta libera dei fiori nei prati, le piste degli sciatori, i brulli e abusivi campi di calcio infantili nelle squallide periferie urbane), sul diritto che passa e sui volti della proprietà privata nel prisma degli interessi di tutti. In Rodolfo Sacco è richiamata la dottrina tedesca che nel secondo dopoguerra identificava la misura minima del vincolo (o della funzione sociale) della proprietà in quella finora già attuata per consuetudine; in tal modo l'art. 14, 2° comma, di quella costituzione ritrovava radici antiche. Anche nelle pagine dedicate alla storia del diritto rivivono i residui di un diritto comunitario nelle tracce lasciate dalle proprietà collettive: GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1977; ID., *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Riv. dir. agr.*, 1991, I, 247; ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.

Un allievo di Rodolfo Sacco riprenderà e svilupperà il tema nella ben diversa cornice della legislazione nazionale e regionale e delle politiche di tutela dell'ambiente: CENDON, *Proprietà, riserva e occupazione*, Napoli, 1977. I termini cronologici essenziali includono almeno, negli anni ottanta, il riferimento alla disciplina dell'art.18, L. 8 luglio 1986, n. 349; e il diluvio di convegni e di scritti, con apporti notevoli anche dei giuristi delle nuove generazioni. Il tema delle fonti, dei confini del diritto privato, della proprietà (IV, nn. 27-28; V, n. 34, note 71-74, 97-102) s'incontra così a sua volta, né è l'unico caso, con il rinnovamento degli studi in materia di responsabilità civile (già avviato, come tutti sanno e come si rammenterà nuovamente tra breve, fin dagli anni sessanta: V, n. 35, note 107-121).

— C'è una presenza non occultabile: le fonti scritte e i principi

71) RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252-1341, nel confronto con gli scritti, oltre che con l'originale ricostruzione delle fonti, a cui si è fatto riferimento nel testo e nella nota precedente.

A distanza di quarant'anni, una decisione della corte costituzionale ha esteso la servitù coattiva di passaggio — dal codice civile limitata alle necessità dell'agricoltura e dell'industria (allorché non vi sia interclusione dei fondi: art. 1052) — alla tutela delle esigenze di abitabilità degli edifici (esigenze ormai comprensive, in base alla legislazione che protegge le persone con *handicap*, della massima accessibilità possibile: L. 5 febbraio 1992, n. 104; L. 9 gennaio 1989, n. 13): Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Giur. cost.*, 1999, 1607-1615, con nota di VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*, ivi, 1615-1622. I giudici: danno rilievo alla conformazione legislativa degli edifici di nuova costruzione a uso di abitazione; proclamano che l'accessibilità dev'essere interpretata fino a includere la tutela di persone con *handicap*; notano che il codice civile era fermo alla difesa della superiore istanza della produttività connessa all'agricoltura e all'industria, poiché ignorava l'istanza della vivibilità connessa all'assetto dell'edilizia, ma aggiungono che ormai il diritto privato è cambiato, nel quadro della carta costituzionale (art. 2, art. 3, 2° comma) e della legislazione che ha regolato, in maniera adeguata ai tempi, il bene-casa; includono, infine, tra i limiti legali imposti dalla funzione sociale (art. 42, 2° comma, cost.) un nuovo limite: che dagli stessi giudici è ora affiancato alla disposizione — già reputata eccezionale — dell'art. 1052, 2° comma e che comporta un costo da compensare con indennizzo in base all'art. 1053 (ivi, 1613-1615). « La diversa qualità degli interessi », anche in seno alla disciplina tradizionale della servitù, « offre un esempio assai nitido di metamorfosi del diritto privato ». Il diritto *ad servitutem habendam*, che prima si attribuiva esclusivamente per promuovere le esigenze della produzione, è ora posto a difesa di un interesse non patrimoniale: VITUCCI, ivi, 1622.

[Per un breve aggiornamento degli studi e delle discussioni nella materia della proprietà: appendice alla sezione quarta, II, n. 48, nota 7 (ivi, anche: I, nn. 40-43, note

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1-4)]. Prime indicazioni sul rinnovamento degli studi in materia di diritti reali: nota 103 (in questa stessa appendice alla sezione terza).

IV, nn. 27-28, note 72-74

Il diritto privato esiste prima dello Stato e concettualmente aspira a starne sempre fuori: la ripresa, nuova e alle origini isolata, di prospettive antiche è netta in Cesarini Sforza, Salvatore Romano, Vassalli (note 72-74)

72) VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960, III, 2, 753 ss. Immediato è il confronto, con i motivi in parte affini e in parte diversi della prolusione *Arte e vita nel diritto civile*, ivi, II, 395-414 (fu letta nell'Università di Roma il 9 dicembre 1930). Sul pensiero di Filippo Vassalli, per un quadro più approfondito, si rinvia a GROSSI, *Il disagio di un « legislatore » (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26, 1997 (Milano, 1998), 337-405. Il saggio di Filippo Vassalli sull'« extrastatualità » risaliva all'anno 1951, ma soltanto dopo la riedizione del 1960 e soprattutto nella temperie culturale e politica che indusse a riesaminare criticamente molte mitologie statalistiche (nei tardi anni settanta, negli anni ottanta, e nei primi anni novanta) fu riletto con attenzione, non senza il rischio di accentuate e indebite strumentalizzazioni di segno opposto, alle quali certamente non si sarebbero prestati i rari e convinti estimatori della prima e lontana edizione di quello scritto. A distanza di mezzo secolo i frammenti di pensiero nei quali, fra progetti e con intonazioni ben diverse, si allude al diritto che si produce spontaneamente nella società si compongono in un quadro complesso, che richiederebbe, tappa per tappa, singole e approfondite contestualizzazioni. Due esempi almeno, reciprocamente connessi, devono rammentarsi: le applicazioni nelle dottrine del diritto sindacale di Gino Giugni (di nuovo la data simbolica è il 1960: *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, 14-15); le posizioni in parte coincidenti e in parte diverse assunte, con riguardo alla tensione fra gli interessi privati e gli interessi pubblici nei gruppi organizzati, da Pietro Rescigno e da Francesco Galgano: RESCIGNO, *Sindacati e partiti ne l diritto privat*o, in *Jus*, 1956, 1 ss. (e si veda anche in seguito: nota 78); GALGANO, *Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni*, in *Riv. dir. civ.,* 1966 , I, 507 ss. Ricca di spunti di grande chiarezza è tuttora l'analisi ricostruttiva di TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967 (ivi, le formule della « pubblicizzazione » del potere economico e della « privatizzazione » del potere politico e sindacale, oltre che il tentativo di svelare genesi e funzione ideologica, variamente concordanti o discordanti, delle teorie esaminate: 137-140).

Ci sono, sul finire del secolo, altre posizioni che si interrogano sulle fonti non statali in una prospettiva ulteriore rispetto ai pochi segni qui, quasi di sfuggita, tracciati (l'antica regola delle collettività nel rapporto con i fiori e con i frutti posta a confronto con il nuovo spesso contraddittorio e vano diritto dell'ambiente; il diritto che i dotti si tramandano astraendosi dagli artifici arbitrari del potere statale posto a confronto con il nuovo diritto dei mercati; il diritto, tutto già moderno e non ristretto nei confini nazionali, delle società intermedie e delle relazioni industriali posto a confronto con un orientamento che già ravvisa in quella stessa modernità i segni di un'epoca ormai chiusa).

Nell'ultimo decennio del secolo compare la « società post-industriale » anche nei titoli dei cultori del diritto privato: GALGANO, *I rapporti di scambio nella società post-industriale*, in *Vita not.*, 1992, 52. La memoria di Filippo Vassalli è certamente presente nel sottofondo delle pagine di FERRI, G.B., *Il diritto statuale e il suo doppio*, in *Quadr.*, 1993, 1 ss.

Soprattutto è il quadro non più nazionale delle fonti e la formazione in quel contesto di regole che si legittimano al di fuori dei consueti procedimenti controllati dai poteri locali a dischiudere nuove vie di ricerca. Qui si possono indicare, oltre alla nota

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vicenda del diritto di formazione europea (nota 133) e alle mutevoli ma non meno celebri prese di posizione della corte costituzionale, almeno due novità (un interrogativo negli anni settanta; un'affermazione inconsueta dei giudici di legittimità negli anni ottanta): DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 577 ss.; Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, 2285 (la singolarità sta nella proclamazione della nascita di un ordinamento giuridico mercatorio non nazionale su basi normative non scritte). Anche alcune trattazioni generali prenderanno atto di un tale fenomeno: soprattutto GALGANO, *Diritto civile e commerciale, I, Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 3ª ed., Padova, 1999, 89-93, 91: « della *lex mercatoria* da qualche tempo si parla come di un 'ordinamento giuridico' separato dagli ordinamenti statali, espressione della *business community* ». Altre notizie si daranno sugli scritti in cui i giuristi si pongono domande sul diritto della post-modernità: appendice alla sezione quarta (I, nn. 40-43, 48, 49; e note corrispondenti).

73) *Ibid.*

74) ROMANO, Salv., *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 249 ss. (poi ripubblicato in *Scritti minori*, I, Milano, 1980, da cui sono tratte le citazioni: rispettivamente, 453, 451-457, 458, 463). Della metafora dei « confini » del diritto privato (già incisivamente usata alla fine del primo conflitto mondiale: VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Studi giuridici*, II, cit., 337 ss.) si avvalse Michele Giorgianni in uno studio pubblicato all'inizio degli anni sessanta e che subito ebbe larga notorietà, per due ordini almeno di ragguardevoli ragioni. Il primo poté riassumersi nell'idea, ancor oggi vivacemente discussa, di una perdita dell'originario rango sostanzialmente « costituzionale » che ai codici civili fu attribuito (secondo Antonio Gambaro con non poco arbitrio: nota 3) in un glorioso passato ormai storicamente declinante. Il secondo si prestò a compendiare efficacemente i due aspetti dell'invasione dello Stato negli spazi un tempo custoditi dalle regole di formazione privata: la contrattazione « imposta » e « dettata »; l'uso, per finalità pubbliche, dello strumento giuridico della tradizione civilistica (la partecipazione azionaria nelle società di capitali; gli accordi contrattuali secondo la disciplina libera e paritaria dei codici). Erano, questi, aspetti che non intaccavano il primato effettivo dell'intervento statale, ma che segnalavano pur sempre la forza della tradizione del diritto privato quale diritto comune, sebbene i giudici abbiano a lungo perpetuato la tendenza a dilatare pure su di un tale piano i privilegi delle autorità amministrative: GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss.. Il tema del volto (ORLANDO-CASCIO, *Il nuovo volto del diritto* privato, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 76 ss.) e dei confini è ripreso e aggiornato in maniera ricorrente [nelle ultime pagine: sezione quarta, appendice, I, nn. 41-43, note 2-4].

IV, n. 29, note 75-76

Si torna a credere, per una breve stagione, nella presenza, dentro la trama del diritto vigente, di un leggibile progetto orientato al futuro (note 75-76)

75) Aa. Vv., *L' uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista. II. Ortodossia giuridica e pratica politica,* cit.. Si tenga anche presente il manifesto di ACCATTATIS, FERRAJOLI e SENESE, *Per una strategia politica di Magistratura democratica*, congresso di Roma, 3-5 dicembre 1971.

76) Nel testo si fa riferimento all'intervento di Adolfo Di Majo: *Proposte per un avvio di discorso teorico sull' « uso alternativo » del diritto privato*, ivi, 151 ss. (in Aa. Vv., *L'uso alternativo del diritto. I*, cit.).

Molto interessante fu, nell'esame di quell'esperienza da punti di vista diversi, il vivace dialogo fra Natalino Irti e Pietro Barcellona, alle soglie dell'ultimo decennio del secolo: Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislative. Congresso dei civilisti italiani, *Venezia, 23-26 giugno 1989*, cit., 929 ss. Nella sessione conclusiva (dal titolo *Dialoghi tra generazioni. Le opportunità colte e quelle mancate, le diversità dei metodi e degli interessi*) — oltre ai contributi già richiamati di Natalino Irti (*Una generazione di giuristi*) e di Rodolfo Sacco (*Metodo del diritto civile e scontri generazionali*) e alle citate *Conclusioni* di Pietro Rescigno — si ebbero l' intervento e l'appassionata testimonianza di Pietro Barcellona, *Dialoghi tra generazioni. A proposito dell'uso alternativo del diritto*, ivi, 985-988. V. anche nota 130.

V, n. 30, note 77-78

Nel loro insieme gli anni cinquanta, pur nella fervida maturazione del « miracolo economico » sembrano culturalmente e politicamente dominati da un'aria oscura e asfittica. Eppure alcune voci s'interrogano, con toni e con sentimenti diversi, sulle grandi categorie. A tratti sono perfino anticipati alcuni temi di ricerca che in seguito saranno da molti rivissuti come altrettanti inevitabili e attualissimi « riflessi sul diritto privato dei parametri della complessità e del mutamento » (note 77-78).

— Anni cinquanta: ritratto storico

77) Una documentazione storiografica essenziale si trae da LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, cit. Il clima degli anni cinquanta è descritto con efficacia pari alla schiettezza, com'era costume dell'uomo, da Giovanni Tarello in BESSONE, a cura di, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a GiovanniTarello*, Bologna, 1979, 73-74. « Mi riporto con la memoria ai cupi (anche se radiosi dal punto di vista dello sviluppo economico) anni cinquanta … Ottenni la laurea con lode … Io aborrivo quei contatti umani che la professione di avvocato finisce con l'imporre; io volevo fare il burocrate, e la Pubblica Amministrazione ti chiude le sue porte ». Questo singolare *Berufsverbot* italico, che richiama alla mente la contemporanea « caccia alle streghe » nordamericana (per un cenno si veda il testo corrispondente alla nota successiva), parrà incomprensibile ai lettori odierni, ma in quel tempo era una pesante realtà (della quale si è brevemente parlato già nella nota 17). Quali le ragioni dell'ostracismo? « Il Ministro dell'Interno Mario Scelba ha emesso circolari rigidissime; come non hai potuto accedere ai corsi di allievi ufficiali, così non puoi accedere ai pubblici concorsi; non sei Uomo d'Ordine; la tua condotta politica non è ineccepibile; le informazioni date dal portiere alla polizia sono pessime; hai partecipato alla fondazione del circolo Gobetti e della Società di cultura; tuo nonno era comunista, tanto è vero che i tedeschi l'avevano preso e che, liberato, è stato fatto alle elezioni democratiche Sindaco comunista di Genova; tuo padre è comunista; tua madre è una pericolosa calvinista svizzera e questo annulla il vantaggio della prozia Badessa; il defunto prozio canonico non conta perché risulta essere in odore di modernismo e comunque era amico di Romolo Murri; non hai inclinazione a votare per i partiti dell'ordine; vuoi diventare funzionario dello Stato per minarlo dall'interno ». Fu così che Giovanni Tarello accettò il consiglio di un vecchio amico di famiglia e si dette, suo malgrado, alla carriera universitaria: poiché si convinse che « i professori possono essere stupidi, ma sbagliano in proprio, senza chiedere le informazioni ai carabinieri », né i nuovi poteri dominanti avrebbero osato arrivare al punto di rimettere in auge il giuramento universitario. Questa testimonianza amenissima — se non avesse risvolti amari nella memoria di molte vittime di allora — è tanto più degna di essere nuovamente raccontata ove si consideri che tutta l'intervista di Giovanni Tarello è pervasa al tempo stesso da un accentuato distacco critico nei confronti dei partiti di quella sinistra in cui egli aveva rischiosamente militato negli anni giovanili (il distacco ha tre motivazioni: la ricerca di un « senso dello Stato » incompatibile con le degenerazioni burocratiche e poliziesche; l'esigenza del rifiuto di scelte insensate di politica economica; la delusione per l'intreccio delle carriere politiche con l'affarismo più spregiudicato). Incidentalmente si può dunque notare che l'acume dell'osservatore non si fermava alla temperie degli anni cinquanta, ma smascherava le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendenze più superficiali e più pericolose che stavano diffondendosi in maniera interessata e neo-conformistica anche fra coloro che nei due decenni successivi asserivano di lottare contro i poteri dominanti.

— Persona e comunità: Pietro Rescigno

78) Il saggio di cui si dà ampio conto, con numerose citazioni testuali, fu ripubblicato negli anni sessanta, insieme con una serie di altri studi, tutti uniti da un ideale filo conduttore, in un volume che ben si prestava a riassumere i tratti culturali di quel tempo e la personalità dello studioso: RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966. Sui diritti delle persone e dei gruppi (a cui già accenna nelle note 70-76) si potrebbero riempire, ora che siamo giunti al duemila, intere biblioteche [l'appendice dà le prime indicazioni senza pretesa di novità (sezione quarta, I, nn. 41-43, note 2-4, n. 48, n. 49)].

V, n. 31, nota 79

Alcune vie di emancipazione tardano a dischiudersi. È il caso dei riflessi sul diritto privato delle lotte delle donne. I primi effetti si avranno notoriamente negli anni sessanta. Seguiranno le ricostruzioni complessive del lungo viaggio verso la parità (nota 79).

79) GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità. I diritti civili e politici delle donne dall'Unità ad oggi*, 2ª ed., Pisa, 1992 (dalla cui ultima pagina è tratta la citazione; la prima edizione: Bologna, 1980). Fondamentale, nella materia del diritto del lavoro, la monografia di BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979. Uno degli aspetti in cui con più forza si manifesta il mutamento si avrà proprio con riguardo all'apporto delle donne agli studi del diritto privato contemporaneo: altre indicazioni, come sempre esemplificative e non discriminatorie, sono sparse in quest'appendice [e soprattutto nella successiva].

V, n. 32, note 80-85

Un risveglio di attenzione per il tema dei « diritti della personalità » si nota, invece, fin dalla fine degli anni cinquanta (note 80-85): è la prolusione di Giorgio Giampiccolo.

80) L'anno accademico fu inaugurato a Macerata il 5 dicembre 1957. La lezione fu in seguito pubblicata: GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 458-475.

— Dubbi sulla *privacy*

81) Sui casi a quel tempo già celebri in materia di *privacy,* notevoli rimasero, nella storia ideale del pensiero giuridico sulle trasformazioni del diritto privato, le prese di posizione, in senso critico, di PUGLIESE, *Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 605-627.

82) Si rammenti il n. 30, nota 68.

— L'esempio tedesco: 25 maggio 1954, data di nascita del « diritto generale della personalità »

83) COING, *Anmerkung* a BGH, 25 maggio 1954 - I ZR 211/53 (Olg-Hamburg), in *Juristenzeitung*, 1954, 698-700, pose in chiaro rilievo la « svolta » che ebbe modo di prodursi nella concezione della tutela civile della persona umana. Nella letteratura tedesca fu subito accentuato il ruolo della carta costituzionale. Questa — si precisava — intendeva « proteggere il bene giuridico della personalità umana non solamente di fronte al potere pubblico ». Tale tutela, infatti, era « il fondamento stesso dell'ordinamento giuridico vigente ». Ora il riferimento agli artt. 1 e 2 della *Grundgesetz* e alla possibilità di dedurne la garanzia di un generale diritto della personalità applicabile anche nella sfera orizzontale dei rapporti fra privati era esplicito nella decisione citata del *Bunde-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sgerichtshof (25 maggio 1954). Helmut Coing metteva in rilievo il filo di continuità che univa le sue opinioni e le opinioni di Enneccerus-Nipperdey e di Enneccerus-Lehmann a quelle già espresse nel passato dal Gierke e dal Kohler (*ivi*, 699).

84) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (under besonderer Berücksichtigung der deutscher Entwicklung)*, cit. (trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, I-II, cit.).

— Sistemazioni dogmatiche generali e creazioni giudiziali

85) Largamente noto è il successo dei « diritti della personalità » non solamente nelle teorie dei cultori del diritto privato ma pure nelle motivazioni e nelle massime delle decisioni giudiziali. Tornano alla mente, decennio per decennio e con riguardo a temi spesso trascurati, o a metodi nuovi di studio, altri saggi, fra i tanti che non si dovrebbero trascurare: SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 74 ss.; STOLFI, G., *Persona umana e norma civile*, ivi, 1974, I, 505 ss.; GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico* (False light in public eye), ivi, 1981, I, 84 (oltre alle sintesi d'informazione scritte nell'arco di quel decennio). Sono anche gli anni dei primi interventi approfonditi sul diritto alla riservatezza: GIORGIANNI, *La tutela della riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1970, 13-30; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972. Il legislatore, a sua volta, non ha mancato di consacrare in maniera espressa, e talvolta perfino ridondante, tali mutamenti della cultura giuridica comune. Anche in questo caso ogni documentazione analitica sarebbe superflua e comunque infedele. In tale linea sarà letta l'intera trama del diritto privato, fin dai primi anni settanta, da Pietro Perlingieri: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972. La riservatezza e l'identità toveranno nell'unitario riferimento, oltre che ai « diritti e alle libertà fondamentali », alla « dignità delle persone » il loro primo supporto nei provvedimenti normativi degli anni novanta: art. 1, 1° comma, L. 31 dicembre 1996, n. 675, sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali. Certo è che, quando il secolo si chiude, di nuovo vi è chi avverte l'esigenza di affermare (come già aveva fatto MESSINETTI, *Personalità, diritti della,* in *Enc. dir.*, XXIII, Milano,1983, 355 ss.; ID., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 ss.) « la necessità di adeguare le … categorie a due indici sostanziali: l'unitarietà intrinseca della persona e l'impossibilità di considerarla come bene o come coacervo di beni fra di loro non coordinati o integrati »: LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 413-426. Giorgio Giampiccolo nella sua lontana lezione aveva sentito nondimeno l'esigenza di legare ancora quell'istanza duttile e mutevole all'unitaria categoria del diritto, sebbene fosse già ferma la critica nei confronti della proliferazione artificiosa dei più minuti e dei più stravaganti diritti.

Con il passare degli anni, dopo i decenni delle prime affermazioni, la letteratura si è fatta, com'era prevedibile, sterminata [nelle pagine finali si cercherà di darne minimamente conto (appendice alla sezione in quarta in generale e in special modo: I, n. 42, nota 3; nonché, soprattutto, n. 43, nota 4; II, n. 48, nota 7, ove sono pure richiamati i bilanci critici redatti da Cataudella e da Busnelli con alcune indicazioni essenziali sulle discontinuità e sui problemi aperti)].

Vien fatto di pensare ancora una volta al tempo trascorso dal duro scontro che in tempo di guerra divise, nell'aula di Pisa, Lorenzo Mossa — il quale difendeva, all'atto della discussione dei principi, il diritto della persona (e pensava a quella tradizione della cultura giuridica moderna in cui l'illuminismo laico si fondeva, non senza conflitti, con il messaggio cristiano) — da tutti coloro che, talvolta con drastica brutalità, avevano in mente soltanto le ragioni dello Stato e del Partito (appendice alla sezione prima, II, n. 6, e note corrispondenti).

Sul finire del secolo l'attenzione si concentrerà sul nesso con gli strumenti di tutela, sull'articolazione dei rimedi, sull'effettività degli interessi in conflitto e sul loro contemperamento (sezione quarta, II, n. 48, nota 7). Può considerarsi esemplare, proprio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'aprirsi dell'ultimo decennio del secolo, la sintesi di PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss. Un quadro molto ricco e molto vario si trae dagli scritti dei partecipanti al convegno che si tenne a Palermo dal 22 al 24 ottobre del 1987: Aa. Vv., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I-II, Napoli, 1989. Il dialogo critico che univa civilisti e processualisti era già presente nelle pagine di MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, XX, Torino, 1985, 263 ss. Una sistemazione aggiornata si deve a DI MAJO, *Problemi e metodi del diritto civile. III. La tutela civile dei diritti*, 2ª ed., 1993. Né si dovrà mai dimenticare il problema ricorrente del senso storico della categoria del diritto soggettivo in quanto tale: nota 87.

V, n. 32, note 86-89

Si diffonde, nel corso degli anni sessanta, la critica d'indirizzo analitico alla categoria della « persona giuridica » (n. 32, note 86-89)

86) Sul pensiero di Hans Kelsen (la cui notorietà rende superflua ogni citazione): ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e di personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 245 ss., 333 ss., 421 ss.

87) ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto,* in *Jus*, 1960, 150-195 . Verso la fine degli anni sessanta il tema della personalità giuridica sarà studiato in questa linea di pensiero. ID., *Il « problema delle persone giuridiche in diritto romano »*, Torino, 1968, 57-74. Agli anni quaranta risale la monografia di NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 1, nota 1, ove fin dalla pagine di apertura è posto in rilievo il passaggio dogmatico da una concezione del diritto soggettivo fondata sull'idea che la comunità esista per l'individuo a una concezione fondata ormai sull'idea che l'individuo esista per la comunità. Sono tempi di guerra. A conflitto finito si potranno leggere le pagine di GORLA, *Commento a Tocqueville: « L'idea dei diritti »* , Milano, 1948, ove il problema è trattato anche nei tempi della rievocazione storica. Fra tutti riassunse il clima culturale postbellico tanto nel senso della riaffermazione del diritto soggettivo contro le idee diffuse negli anni trenta dai civilisti della scuola di Kiel (fra i quali, com'è noto, era Karl Larenz) quanto nel senso, che notoriamente risale alla definizione della proprietà nella carta costituzionale di Weimar, di un diritto non solamente circoscritto dal divieto dell'abuso ma per giunta internamente strutturato in maniera inseparabile dall'obbligo, RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, in *Juristenzeitung*, 1961, 465-473, ivi, 465, nota 10 (ove si parla di orientamenti che tentarono di scuotere le fondamenta, considerate ormai putride, dell'edificio sistematico del passato e che si opposero alla categoria nella quale si condensavano i valori del Liberalismo e dell'Individualismo con le parole d'ordine del dovere e dell'appartenenza comunitaria; esplicito è anche il confronto, per tale aspetto, fra i dodici anni del nazismo e la condizione della Germania orientale nel secondo dopoguerra).

Il diritto soggettivo richiama così alla mente altre categorie e le loro demolizioni: note 88, 91-94. Ancora un rinvio: sezione prima, II, n. 6, note e appendice; sezione seconda, II, n. 11, note e appendice [sezione quarta, I, nn. 42 e 43, note 3 e 4]. Sul pensiero giuscivilistico tedesco degli anni trenta si può far riferimento, fra gli altri, agli studi di Massimo La Torre: dei quali è traccia anche nel volume, dedicato all' « avventura » del diritto soggettivo, citato fin dalla prima sezione.

88) D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963, 3-103 (pubblicato già nel 1962; qui citato dall'estratto dagli *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*). Negli anni sessanta, a Pisa, sarà studiato il tema del « superamento » della personalità giuridica nei casi di abuso (la cosiddetta regola del giudice Sanborn). Alcuni studenti di quel tempo, che avevano appena appreso dai manuali che la persona giuridica è soggetto nell'immateriale realtà del diritto, seguirono su quel tema, a quell'epoca inconsueto, un vivacissimo corso di diritto privato comparato che fu tenuto da Piero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Verrucoli (*Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964). L'argomento, com'è risaputo, si è tramandato fino ai nostri giorni. Per un cenno: GALGANO, *Diritto civile e commerciale. I. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 3ª ed., Padova, 1999, 194-195, note 21-23; III, nota 108 (che notoriamente dette, in quegli anni, un personale contributo all'approfondimento, anche metodologico, di quell'intera problematica). Un approfondimento critico, ai giorni nostri, si trae dal quaderno *Diritto privato-1997. III. L'abuso del diritto* (coordinato da Giovanni Furgiuele), Padova, 1998: BASILE, « *Abusi* » *nella costituzione di enti privati e* « *superamento* » *della personalità giuridica*, ivi, 235-278; MONTALENTI, *L'abuso della personalità giuridica*, ivi, 279-303. Anche con riguardo a questo complessa rete di problemi, lo scopo di queste pagine non sta nell'entrare nel vivo della discussione per segnalarne l'attualità o la consunzione né, ancor meno, per prendere posizione, bensì sta nel rammentare, in maniera indipendente dalla pienezza del consenso sulle singole proposte teoriche, l'incontestabile ruolo che alcuni indirizzi di ricerca hanno avuto nel rinnovamento e nell'approfondimento dei metodi d'indagine e dei risultati (orientamento analitico; analisi costi-benefici; inclusione del mondo di *common law* nel raggio delle fonti di possibili modelli argomentativi). L'argomento è inseparabile dalle gravi questioni che convergono sulla categoria giuridica della soggettività. Fra le pagine scritte alle soglie del duemila meritano una segnalazione, per l'efficacia della sintesi critica, quelle scritte da BARCELLONA, P., *Il declino dello Stato. Riflessione di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, ove si tratta della « parabola del soggetto giuridico », ivi, 203-241. Si torna, per gli aspetti non ristretti al conferimento della « personalità giuridica », a taluni motivi già presenti nei nn. 27 e 30, oltre che nelle note corrispondenti. [Altre indicazioni saranno date nella sezione quarta, e nella sua appendice, I, n. 43, nota 4].

89) Per alcune notizie essenziali si rinvia al n. 35.

V, n. 32, nota 90

Famiglia e successioni: un importante capitolo a parte (rinvio; sezione quarta, II, n. 48, nota 7 e relativa appendice)

90) Nell'intento di non dilatare a dismisura il quadro di sintesi che queste pagine si propongono di tracciare, alla letteratura in materia di diritto della famiglia e delle successioni, prima e dopo gli anni sessanta, si dovrà solamente accennare in via incidentale, con ricorso a una documentazione minima.

V, nn. 32-33, note 91-94

Continuano nel frattempo le avventure e le disavventure del diritto soggettivo, sebbene l'enfasi demolitoria di segno apertamente ideologico (o anti-ideologico) proprio più non possa fare a meno d'ignorare le nefandezze dei regimi totalitari (note 91-94)

91) Le dispute sul diritto soggettivo, quand'anche siano esaminate non solamente nel quadro della storia del pensiero giuridico, della filosofia giuridica o della teoria generale del diritto ma direttamente con riferimento agli studi dei cultori del diritto privato formano un capitolo autonomo (sul quale si soffermò, nel 1960, un saggio già richiamato: ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto,* cit., 150-195). Qui ci limitiamo a ricordare ancora una volta lo sfondo culturale che indusse, con motivazioni varie ma spesso molto drastiche, a guardare alla categoria con sospetto ermeneutico, fin dagli albori del secolo e con accentuata foga negli anni trenta: si vedano di nuovo le appendici alla sezione prima e alla sezione seconda. Sul pensiero di VILLEY, mi limito a rammentare l'edizione di un'opera dei primi anni sessanta (*Leçons de philosophie du droit*, Paris, 1962). [Altri cenni si daranno — come si è premesso — nelle pagine finali sotto il titolo dei « destini delle grandi categorie » (si vedano gli appunti in margine alla quarta sezione, II, nn. 42, 43 e note 3, 4)]. Per un ripensamento critico antidogmatico,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che tiene ampio conto delle acquisizioni dell'epistemologia e dell'ermeneutica in età contemporanea: GENTILI, *L'« ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili »* , in *Riv. dir. civ.*, 1998, 658-703, il quale si sottrae al rischio di assumere l'ordinamento del diritto e dei diritti come un sistema dato eppure rifiuta l'arbitrio della decisione comunque presa, sul presupposto che sia possibile fondare la pretesa del cittadino su di una « tecnica di giustificazione razionale ». Il risultato che si consegue pretende d'essere il migliore nel momento della scelta: senza peraltro ambire a un'inammissibile immobilità nel tempo (ivi, 700).

92) Si tenga ancora presente la sezione prima.

— Dalla riscoperta del diritto soggettivo al risveglio d'interesse per l'abuso del diritto.

93) Sulla « croce » dell'abuso del diritto nella storia del pensiero giuridico italiano e nella cultura del diritto privato fu possibile trarre la documentazione più vasta, nel corso degli anni sessanta, da un saggio rimasto famoso: RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 214 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 (con documentazione aggiornata e meditate pagine introduttive e finali). Per altre informazioni, che vanno ben oltre i pochissimi cenni del testo, si rinvia agli scritti accolti nel numero monografico della rivista diretta da Giovanni Furgiuele: *Diritto privato.1997. III. L'abuso del diritto*, cit. Sulla proprietà e sulla libertà contrattuale, le obiezioni alla figura dell'abuso sono esposte da MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, ivi, 89 ss. e da SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, ivi, 217 ss. (qui gli argomenti sono tratti, oltre che dalla comparazione e dall'analisi economica, già dalla possibilità di un diretto ricorso alla regola della buona fede, quale criterio più affidabile e più consolidato nel discorso dei giuristi: art. 1337). Nell'area della responsabilità civile, l'attuale diffusione del divieto dell'abuso è documentata da BUSNELLI e NAVARRETTA, ivi, 171 ss.

— Varia configurazione degli interessi rilevanti giuridicamente. Discussioni degli anni settanta: rimedi individuali e collettivi

94) Gli interessi di diritto privato non compresi per coerenza concettuale nell'orbita dei diritti soggettivi furono esaminati, con ricche esemplificazioni conformi ai presupposti sistematici dell'analisi, da BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. In seguito, il discorso sugli interessi si dilatò nell'urto con i problemi riassunti dalla formula degli « interessi diffusi », ma i profili critici e le perplessità prevalsero sulle proposte ricostruttive, anche a causa dei ritardi, delle lacune e soprattutto delle ambiguità legislative. L'argomento incominciò a essere discusso in maniera approfondita verso la metà degli anni settanta: Aa. Vv., *La tutela degli interessi diffusi*, a cura di Antonio Gambaro, Milano, 1976 (il convegno ebbe luogo a Salerno nel 1975). Per un cenno di fine secolo alla risarcibilità degli interessi legittimi lesi dalla pubblica amministrazione: nota 121.

— Premesse, in quegli anni non sempre colte con pienezza, per un'esplorazione degli argomenti di « frontiera »: fra la soggettività e l'oggettività giuridica; fra l'inclusione e l'esclusione.

95) La sezione quarta sarà dedicata a un sommario quadro d'insieme, ove si cercherà di dare ai tanti fili sparsi un ordine elementare e minimo su cui abbia modo di formarsi un largo consenso: pur nell'auspicabile diversità delle motivazioni e delle prospettive che, su quella base essenziale, potranno nel futuro delinearsi; e nelle più varie direzioni.

V, nn. 34-35, note 96-105

Vere e proprie ridefinizioni — non semplici annunci o anticipazioni — si hanno anche in Italia negli anni sessanta (con propagazioni nel decennio successivo) quando si tratta di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affrontare nuovamente i « problemi posti al cuore dei sistemi »: proprietà e impresa; contratto; responsabilità civile (note 96-105)

— Due grandi sintesi, sul diritto privato nuovo in una società che cambia, già negli anni cinquanta: Wieacker; Friedmann

96) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (under besonderer Berücksichtigung der deutscher Entwicklung)*, cit. (trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, I-II, cit.). Che il cuore del diritto nella società in trasformazione si articolasse nella triade « proprietà, contratto, responsabilità civile » fu già annunciato, come piano dell'opera, da FRIEDMANN, *Law in a changing society*, London, 1959 (il quale vi aggiunse, non meno ovviamente, il diritto della famiglia e, al di fuori del nostro diritto privato, il diritto penale; dello stesso autore era stato pubblicato, nel 1951, il volume dal titolo *Law and social change in contemporary Britain*, London, 1951; al 1953 risaliva la terza edizione, edita pure a Londra, della *Legal theory*).

— Proprietà privata: documentata ripresa delle discussioni degli anni trenta nel nuovo quadro costituzionale

97) RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1252-1341. In quelle pagine circolava una speranza riformatrice, ove tornavano a congiungersi le aspirazioni di un rinnovamento della cultura giuridica in sintonia con la sensibilità per i problemi politici emergenti. « Affisando il pieno rigoglio di questo mondo nuovo, in cui si scorgono i segni di meravigliosi svolgimenti pur nelle strutture giuridiche, vien fatto di pensare che questi soltanto » siano i temi con cui cimentarsi (disciplina antimonopolistica, scissione della proprietà dal controllo nella società per azioni, leggi sulla tenuta pubblica dei bilanci e sulla responsabilità degli amministratori, oltre a « soluzioni più comprensive, come le nazionalizzazioni » e la pianificazione). Ma — ecco il motivo della continuità nella discontinuità — pure la riflessione sulla proprietà privata può ancora giovare, poiché è come un filo che a quei temi conduce: un filo che « corre lungo antiche discussioni e vivaci incomprensioni della dottrina » (1341). Individua nel paradigma del « solidarismo giudiziale » il dato caratteristico del pensiero di Stefano Rodotà (e in generale, pur con tratti ben diversi, delle prese di posizione della corrente della magistratura favorevole all' « uso alternativo del diritto »: nota 75) BARCELLONA, M., *L' « idea del sociale » nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 717 ss.

Gli anni sessanta, inaugurati idealmente dal saggio di Rodotà, annoverano altri contributi nuovi allo studio della proprietà (oltre a quelli citati, note 70-71 e 99-104): ROMANO, Salv., *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 337-352; SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968; VASSALLI, F., *Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 415 ss. (ove già è chiaro il nesso tra il quadro generale e gli statuti delle singole figure). E all'inizio degli anni settanta, con attenzione non soltanto al diritto costituzionale sulla carta ma soprattutto alla conformazione che si delinea in base alle costruzioni della corte costituzionale, per esempio: GIANNINI, M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.,* 1971, 443-501; PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della « proprietà »* , Napoli, 1971; RESCIGNO, *Lezioni sulla famiglia e la proprietà*, Bologna, 1971; TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, 1972; SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974.

98) Sappiamo da tempo che funzione sociale e diritto soggettivo furono al centro di tutte le discussioni negli anni della grande diffusione delle idee del corporativismo (Aa. Vv., *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939): sezione prima, II, n. 8; sezione seconda, I, nn. 9-11. Negli anni novanta, per una sorta di bilancio, con toni critici: DE MARTINI, D., *L'orientamento sociale del diritto privato*, Torino, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— Memoria di Pugliatti

99) PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, loc. cit..

— Cautela degli studiosi del diritto privato

100) Si rammenti, in questa sezione, la nota 93. Sulle prese di posizione di Emilio Betti nel corso degli anni trenta e poco prima della promulgazione del codice civile, si tenga presente quel che si è già scritto nella prima e nella seconda sezione.

101) Anche qui è opportuno un rinvio alla sezione precedente.

— Lezioni di Ugo Natoli

102) Il riferimento è a NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, loc. cit.

103) [Questi temi saranno documentati con aggiornamenti, sia pure in maniera sommaria, nella prossima sezione e nella sua appendice (per esempio: I, n. 40, nota 1; II, n. 48, nota 7). V. già note 70, 71. Deve precisarsi che il rinnovamento delle analisi non si limita al diritto di proprietà ma investe per intero la teoria dei diritti reali (BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979) tanto con riguardo alla tradizione in generale quanto con riguardo ai rapporti con le categorie dei diritti di credito e dei diritti personali di godimento su cosa altrui. Fondamentali in tal senso sono alcuni saggi già comparsi addirittura all'inizio degli anni quaranta e degli anni cinquanta: GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* I, Milano, 1940; NATOLI, *Il conflitto dei diritti nell'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950. All'esordio degli anni settanta il tema è studiato con riguardo alle nuove prospettive in materia di responsabilità civile: LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972. Prendono data dagli anni sessanta — oltre al saggio di Pietro Rescigno che, come sempre, contribuisce a rendere nota un'importante discussione in atto fuori dai nostri confini: *Proprietà, diritto reale e credito*, in *Jus*, 1965, 475 ss. — la monografia di ROMANO, F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967. [La letteratura dei decenni successivi sarà richiamata con essenzialità nella sezione finale e nell'appendice, II, n. 48, nota 7]. È qui opportuno anticipare il riferimento a una monografia che, verso la metà degli anni settanta, riesamina il diritto di servitù in un contesto non consueto: l'attività imprenditoriale nel settore dell'edilizia. Un giurista di quella nuova generazione si confronta — come avrà modo di scrivere in una sorta di bilancio steso a distanza di quasi un trentennio — con l'uso del « vecchio strumento privatistico », in vista del raggiungimento di « obiettivi » analoghi, dal punto di vista pratico, a quelli che sarebbero conseguiti a un « efficiente intervento dei pubblici poteri e con il ricorso a strumenti propri del diritto pubblico ». Pur nella riaffermata consapevolezza dei « limiti dell'attività edilizia e della pianificazione territoriale eseguite dai privati », si precisa che « nel settore dei controlli sull'attività edilizia, l'utilizzazione della servitù può porsi quale alternativa dei privati alla mancanza o alla dubbia efficienza di una disciplina dettata d'autorità »: VITUCCI, *Servitù prediali*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 495-510, ivi, 503-504; ID., *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974 (si tenga nuovamente presente, con riguardo alla decisione della corte costituzionale sulla servitù abitativa coattiva a tutela della persona con *handicap,* la nota 71). In quel decennio anche altri temi, in prospettiva di comparazione, attrarranno l'attenzione dei giuristi. Basti pensare al condominio e alle esigenze abitative. Nei decenni successivi sarà la volta della multiproprietà. E qui nuovamente vale il rinvio di cui si è appena detto.

— Esigenze di una moderna dottrina del diritto civile: centralità dell'impresa; beni e diritti (da Cesarini Sforza e Finzi a Nicolò, Irti, Rescigno)

104) NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, I, 177 ss. Il pensiero di Rosario Nicolò dev'essere posto a confronto con il libro, apparso dopo poco meno di un decennio, di Natalino Irti (*Proprietà e impresa*, Napoli, 1965), nonché con gli spunti innovativi che già presero a manifestarsi negli anni trenta pur nel contesto del corpo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rativismo (variamente rivissuto e reinterpretato, con qualche enfasi di troppo eppur mai in sintonia piena con il conformismo imperante, da Enrico Finzi, da Widar Cesarini Sforza, da Lorenzo Mossa): sezione seconda. E, ancora, IRTI, *Un inquieto dialogo sul corporativismo (proprietà e impresa in W. Cesarini Sforza)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 237 ss. Si legga nuovamente RESCIGNO, *Proprietà (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254-297, 262, note 13 e 14, ove si osserva come « sin dall'apertura del secolo », quando non poteva nascere nemmeno un lontano sospetto di complicità con la « caduca ideologia economica del regime politico illiberale che si annunciava e più tardi si sarebbe imposto con la violenza », era stato posto in rilievo un regime « in cui erano i beni — l'uso, l'organizzazione, il destino delle cose — ad occupare il primo piano » . È testuale il riferimento all'ingresso dello scopo sociale nel diritto di proprietà in un famoso saggio che risale agli anni venti: FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Arch. giur.*, 1923, 52 ss. Il non meno celebre scritto di Widar Cesarini Sforza risale invece alla fine degli anni trenta: *Proprietà e impresa*, in Aa. Vv., *La concezione fascista della proprietà privata*, cit., 361 ss. Come già nello studio del 1960 di Stefano Rodotà, pure nelle pagine di Pietro Rescigno è rievocato — anche implicitamente e con altra documentazione — lo sfondo costituzionale che ebbe il suo momento centrale nell'esperienza tedesca della repubblica di Weimar. Ma questa notissima vicenda, su cui esiste notoriamente una letteratura imponente, costringerebbe a dilatare ancor di più l'arco temporale dell'analisi.

— Contratto: interventismo statale e libertà contrattuale

105) La letteratura giuridica degli anni sessanta e settanta è stata, come tutti sanno, molto ricca di titoli sul tema dei rapporti fra legge e autonomia privata. Un quadro essenziale e molto chiaro si trae, sempre con riguardo ai contributi di quegli anni, da ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 9-67, 113-187, 263-309. In Germania, un confronto con la teoria che si fece strada, dopo il 1933, sotto l'egida del nazionalsocialismo, è integrato da talune selettive notizie: RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in ID., *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990 (scritto pubblicato per la prima volta nel 1960), 87 ss.: si concepiva il contratto « come elemento della vita comunitaria », ma, dietro quella formula, si avvertivano « le limitazioni sempre più numerose imposte dallo Stato all'autonomia privata ». Con riguardo alla nostra letteratura del secondo dopoguerra, oltre agli scritti in materia di rapporti di lavoro (MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967; ASSANTI, *Autonomia privata e prestazione di lavoro*, Milano, 1969; PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970), nel testo si citano le monografie più note: BARCELLONA, P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti* economici, Milano, 1969; ID., I *controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 581-607; RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Una doverosa segnalazione è necessaria con riguardo ai saggi che con piena consapevolezza critica affrontano il tema della programmazione economica. « Chiusa la parentesi del corporativismo autoritario, il problema sta nel realizzare un ordine che renda possibile un compromesso fra i due modelli estremi dell'economia di libero mercato e dell'economia totalmente pianificata da un organo centrale … Dalla riuscita di questo tentativo dipendono la nostra futura esistenza come popolo libero e la conservazione dei valori più profondi della nostra tradizione civile »: MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 147-176, 155; il testo fu pubblicato per la prima volta nel 1963. La difficile esperienza italiana, alla vigilia del secondo programma economico nazionale (1973-1977) ebbe una sobria descrizione nella relazione di RUFFOLO, G., *Rapporto sulla programmazione*, Roma-Bari, 1973. I cultori del diritto civile, tre anni prima, si erano incontrati a Macerata in una tavola rotonda i cui atti furono pubblicati con il titolo *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971 (ma il tema era già stato discusso in un convegno del 1966). Sui profili costituzionali e sul programma economico: PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963; PREDIERI-BARUCCI-BAR-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TOLI-GIOLI, *Il programma economico 1966-1970*, Milano, 1967. A quegli stessi anni risalgono anche i primi scritti e le prime decisioni sull'indiretta garanzia costituzionale della libertà contrattuale: GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canoni in cereali. Controllo di costituzionalità o di « ragionevolezza » delle norme speciali*, in *Giur. cost.*, 1962, 92 ss.; SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, ivi, 1965, 294 ss.

Forse non c'è argomento che meglio si presti a segnare una discontinuità del pensiero giuridico. Ma si legga ora — in CORRADINI BROUSSARD, *Costituzione e Stato pluriclasse. Colloquio con Massimo Severo Giannini*, estr. da GENTILE, F. e GRASSO, P.G., a cura di, *Costituzione criticata*, Napoli, 1999, 370-385, 385 — l'affermazione del cultore del diritto pubblico secondo cui è costituzionalmente inscindibile da uno Stato pluralistico l'esigenza della programmazione; eppure è un fatto che « in questa materia, … non abbiamo conseguito risultati apprezzabili ».

L'appendice alla sezione successiva fornirà alcune notizie sulla riscoperta della centralità del mercato: nei titoli, se non nella consapevolezza critica, di tanti scritti pubblicati alla fine del secolo. Ai temi che legavano negli anni sessanta il contratto all'intervento statale nell'economia e che richiamavano alla mente alcune anticipazioni degli anni trenta non sempre comprese a dovere, si affiancarono, in parallelo o in anni successivi, numerosi studi che contribuirono, nel metodo e nei risultati, al rinnovamento critico della sistemazione dei consueti segmenti della categoria contrattuale (nuove figure di contratto, formazione, contenuto, effetti, esecuzione, impugnative). Con stretto riferimento agli anni sessanta, oltre al volume, per tanti aspetti innovativo, di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, si tengano presenti almeno, per l'importanza storica del metodo fondato sulla ricerca di un *common cor*e anche in una prospettiva di comparazione, gli scritti sulla formazione del contratto. Ricorda Rodolfo Sacco (*Introduzione al diritto comparato. Sommario delle lezioni*, Torino, 1980, 39 ss.) l'importanza che ebbe, anche per la cultura giuridica italiana, la ricerca collettiva diretta da R. Schlesinger e pubblicata in due volumi, nel 1968, con il titolo *Formation of contracts.* Tale indagine — tramandata sotto la denominazione « seminari di Cornell » — fu avviata nell'omonima università fin dal 1957: SACCO, *Un metodo di lavoro nuovo: il seminario di Cornell*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 172 ss.

Chiara è, in quest'area di problemi, la linea di apertura a cui già si ispira il pensiero di VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto,* Milano, 1968.

In altri settori (non meno fondamentali) bisogna aggiungere almeno — e qui i titoli parlano di per sé — CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

È dell'inizio degli anni settanta, inoltre, una monografia che affronta il tema del « travestimento fiduciario dell'ideologia corporativa » nel sistema del diritto positivo con riguardo alla generale matrice politico-ideologica della categoria dei contratti basati, come si è soliti dire, sulla fiducia: GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 332.

Già si è detto dell'importanza delle analisi sulla causa del negozio giuridico. A queste si possono aggiungere alcune indagini che rinnovano, con finezza, l'esame critico di non pochi problemi di antica tradizione. Per esempio: in materia di errore e con punti di vista diversi, BARCELLONA, P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico,* Milano, 1962*;* PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963; in materia di simulazione, ma con spunti che gettano lampi critici sull'intera categoria negoziale, AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957.

Non meno importante è lo studio dell'esperienza dell'autonomia privata vista dall'interno, ossia nella varietà delle sue espressioni dirette. Uno scritto della metà degli anni sessanta anticipa gli sviluppi che autori più giovani proporranno nel decennio successivo: SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss. Il problema dei contratti di serie o di massa, tante volte affrontato, ma sempre per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frammenti, fin dagli anni anteriori al conflitto mondiale, è al centro di ricerche rinnovate che negli anni settanta assumeranno il volto di nuove monografie critiche. Non si parla ancora di consumatore, ma di contraente debole nel titolo della tavola rotonda di Macerata che recava la data del 1970, ove ampio e diffuso sarà il ricorso al criterio della buona fede: Aa. Vv., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.

Nel corso degli anni settanta e fino ai primi anni ottanta, il nesso fra « privato » e « pubblico » con riguardo all'area contrattuale è studiato anche in relazione alla figura del mutuo di scopo e alle nuove forme di finanaziamento pubblico alle imprese (per una prima informazione: MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 619 ss; ID., *Pubblico e privato nel sistema degli ausili finanziari alle imprese*, in *Contr. impr.*, 1992, 707 ss.

[Cenni soltanto orientativi sui temi approfonditi nei decenni successivi potranno trarsi ancora dalle ultime pagine e dalla loro appendice: II, n. 48, nota 7].

— Contratto: nuovi metodi di studio

106) GORLA, *Il contratto*, I-II, loc. cit. Per comprendere l'ispirazione ideale da cui Gorla fu animato negli anni immediatamente successivi alla guerra di nuovo non si può trascurare — risale, come ormai sappiamo, al 1948, Milano - il suo *Commento a Tocqueville: l'idea dei diritti* (261-268). Sulla personalità e sul pensiero di Gino Gorla la documentazione è già molto ricca. Mi limito a ricordare ASCHERI, *Gino Gorla tra diritto e storia: per il diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 945 ss.; MOCCIA, *La « comparazione » come « pedagogia » giuridica nell'opera di Gino Gorla*, ivi, 1994, 587 ss. Gino Gorla fu docente anche a Pisa: Ugo Natoli, che aveva occasionalmente insegnato il diritto privato comparato, fu ben lieto — così egli raccontava — di accogliere la richiesta del collega (l'insegnamento di diritto privato comparato sarà in seguito tenuto a Pisa da Piero Verrucoli). Antonio Piras, che, sempre a Pisa, è titolare della cattedra di diritto commerciale, non ha mai dimenticato l'estrosa umanità del maestro che lo affiancava, lui altissimo e l'allievo un po' meno, mentre camminava senza patire vertigini sulla spalletta dell'Arno. Altrove abbiamo rammentato l'apporto che Gino Gorla ha dato alla nuova interpretazione dell'art.12 delle preleggi nella linea di in ordinamento « aperto ». Si confrontano ora con quella linea di pensiero MONATERI e SOMMA, *« Alien in Rome ». L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art.12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, 47-56.

Finalmente, per una vasta e approfondita autoriflessione sulla tradizione del diritto comparato in Italia, in un costante dialogo con le altre scuole (si pensi in primo luogo a Rotondi; e poi a Cappelletti, a Denti, ancora a Verrucoli) e in particolare con quella di Rodolfo Sacco, di nuovo si rinvia allo stesso GORLA, *Diritto comparato*, Aa. Vv., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., 465-513.

V, n. 35, note 107-121

Studi in materia di responsabilità civile: « nuovi inizi » in Italia nel quadro di una rivalutazione di contributi a lungo trascurati (note 107-121)

— L'incubo atomico

107) GRASSETTI, *La responsabilità civile per la produzione e per l'impiego dell'energia nucleare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 61; ID., *Il regime giuridico della responsabilità civile*, in *Foro pad.*, 1960, III, 49.

— Destini della colpa

108) MINERVINI, *Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente letteratura straniera*, in *Giust. civ.*, 1952, 626-647.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— Un'opera del 1940: Giovanni Pacchioni

109) PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Milano, 1940.

— Anno 1961: si parla di responsabilità oggettiva e di rischio, anche contrattuale, con notazioni di analisi economica del diritto

110) TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Giovanni Tarello, in una tempestiva recensione (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1689 ss.) segnalò l'importanza e la novità di quel libro. In seguito egli precisò che il tentativo isolato si inseriva (« all'inizio in una fase pionieristica ») in una tendenza « presente in tutte le culture giuridiche dei paesi a sistema neocapitalistico »: *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., 87 e nota 46. Nella sintesi tracciata dallo stesso Tarello le implicite proposte di Pietro Trimarchi avrebbero potuto così riassumersi: « suggerire discipline giuridiche dei conflitti di interesse atte a minimizzare il costo economico » delle medesime; e dunque « accreditare libertà per il giudice nella manipolazione dell'enunciato normativo » al fine di far prevalere il senso meno ostativo alla regola preferibile, avvalendosi di schemi di argomentazione naturalistici (ma nella linea di una « natura » che risultava « costruita in connessione a discipline economiche piuttosto che sociologiche »). Un tale orientamento metodico avrebbe trovato conferma soprattutto nei saggi *Il problema giuridico delle pratiche concordate tra oligopolisti*, in *Riv. soc.*, 1969, 1 ss. e *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 ss. A quell'epoca, di quel pensiero « echi non occasionali, nella letteratura giuridica italiana », si ebbero « forse solo nella tesi centrale del libro di Mario Bessone » (*Adempimento e rischio contrattuale*, loc. cit.) ancora TARELLO, ivi.

111) Questi i giuristi non italiani dei primi anni trenta e dei primi anni quaranta a cui Pietro Trimarchi soprattutto rinviava: SAVATIER, *Vers la socialisation des risques et de la responsabilité*, in *Dalloz Hebdomadaire*, 1931, *Chronique*, 9; ESSER, *Grundlagen und Entwicklung des Gefährdshaftung*, München und Berlin, 1941, 50 ss.

112) Alcuni dei punti di riferimento essenziali della ricostruzione proposta da Pietro Trimarchi furono, in ordine cronologico: MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, Wien, 1888, 63 (di cui già aveva tenuto conto PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, cit., 215); JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, 6-8; JAMES, *Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance*, in *Yale Law Journal*, 57 (1947-1948), 549. Ovviamente, se la ricerca fosse stata estesa ai movimenti della cultura giuridica italiana tra la fine del secolo dicannovesimo e i primi anni del secolo ventesimo, il quadro avrebbe assunto un volto non meno interessante: per una ricostruzione, si rinvia alla ricerca di CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

Carlo Castronovo, nel tracciare verso la fine degli anni anni ottanta un bilancio delle ricerche civilistiche in questo comparto, ebbe già modo di notare che la codificazione del 1942 era, in questa materia, « tutta impregnata di umori antichi ». E inevitabilmente aveva contribuito « a protrarre quello che, al momento, era uno stato arretrato della nostra dottrina... Basti ricordare, per un confronto limitato all'Europa continentale, il dibattito svoltosi in Germania fra gli anni trenta e gli anni quaranta … Quando si aprono le chiuse della critica — e siamo agli inizi degli anni sessanta — lungo doveva essere il percorso della dottrina … »: *Le frontiere nobili della responsabilità civile* , in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., 621-690, 623.

113) TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

— Esplorazioni, già nel decennio precedente, nell'area dei danni: Rescigno

114) RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614-635. E si deve rammentare che in quel decennio sono pubblicati anche i saggi di Renato Scognamiglio sul danno morale e sul risarcimento in forma specifica: *Il danno morale*, ivi, 1957, I,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

277-336; ID., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 201-245.

— Tragedia di Superga: anche il credito, se leso, è risarcibile?

115) BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964. È significativa la coincidenza di data con la monografia che si propose di riesaminare in una luce sistematica nuova l'intero « problema » della responsabilità civile: RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. La letteratura degli anni sessanta e dintorni comprende altri titoli che contribuirono al rinnovamento degli studi del settore, sia con riguardo a figure non fondate integralmente sul criterio della colpa sia con riguardo alla responsabilità del produttore (quest'ultima sarà oggetto soprattutto delle ricerche monografiche della generazione successiva [sezione quarta, appendice, II, n. 48, nota 7]): COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; ID., *La responsabilité civile en Italie*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1967, 827-860; GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, I, Milano, 1970. Resterà esemplare, nel tracciare un quadro della giurisprudenza, la rassegna di VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza* , Milano, 1967.

— Bilanci nei decenni successivi: mobilità di frontiere nobili, parabole e commedie

116) Il riferimento alle frontiere nobili fu esplicito in CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, cit., 623 (« la posizione privilegiata della dottrina sulla responsabilità civile, resa tale dalla funzione di frontiera assunta dall'istituto, consente di attribuire ad essa il ruolo di coscienza del tempo nella chiave del diritto privato »): ivi, 622). L'immagine della parabola fu tratteggiata da BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, ivi, 1988, 643 ss., il quale aveva già parlato, nel decennio precedente, di « nuove frontiere »: *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss. La stessa metafora sarà ripresa in seguito, oltre che da Galgano, da LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, 85 ss. Alla « commedia » farà riferimento, in quello stesso anno, GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 ss.

— Percorsi dell'ingiustizia. Anno 1960. Discussioni della metà degli anni ottanta.

117) Traccia degli studi sull'ingiustizia del danno che apparvero in quell'anno, a firma di Piero Schlesinger e di Rodolfo Sacco (SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno*, in *Jus*, 1960, 336-347; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420-1442), è rimasta in tutte le ricerche che hanno guardato senza i dogmi rigidi del passato all'area dei danni risarcibili. Le critiche di Arturo Carlo Jemolo alla teoria che ammetteva la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di un credito furono formulate già in tempi remoti. L'argomento è stato in seguito ripreso e approfondito soprattutto da TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 217 ss. Per un quadro d'insieme: BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273 (e, ivi, anche un vivace dialogo con Paolo Cendon). Per alcuni spunti in termini di analisi economica del diritto: PARDOLESI, *Invalidità temporanea del dipendente, illecito del terzo, « rivalsa » del datore di lavoro (ovvero: l'analisi economica del diritto in Cassazione)*, nota a Cass., 26 agosto 1985, n. 4550, in *Foro it.*, 1985, I, 2886.

— Il caso Gennarino. Danni e persone

118) Trib. Milano 18 gennaio 1971, in causa Registro c. Terenzi.

119) Il dialogo tra chi si dedicava agli studi di diritto privato nelle Università di Pisa e di Genova ha avuto, negli anni, numerose altre manifestazioni, anche in aree distinte dalla responsabilità civile, pur nel rispetto della varia formazione di ciascuno (Genova era all'avanguardia nella comparazione, nell'esame critico delle decisioni giudiziali e si apriva all'analisi economica del diritto; Pisa, era spesso impegnata in un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comune confronto con la sede vicina sui temi della più grave attualità, con riferimento a tutti i settori del diritto privato — dunque anche al diritto della famiglia, al diritto del lavoro e al diritto agrario — e al tempo stesso riprendeva l'analisi critica delle categorie tradizionali secondo l'indirizzo di metodo che già Ugo Natoli aveva appreso a Messina: cosicché anche studiosi di formazione culturale e di convinzioni politiche diverse, pur nei contrasti degli stili e dei toni, potevano tentare ogni volta di ritrovarsi uniti secondo una linea continua).

120) GALOPPINI, *Il caso Gennarino: ovvero quanto vale il figlio dell'operaio*, in *Democrazia e diritto*, 1971, 255-259.

121) La meditazione pisana sul danno alla salute prese l'avvio, sul finire degli anni settanta, da una ricerca collettiva e nel quadro di una nuova collana diretta da Pietro Rescigno. Se è vero — nel ripetere Carlo Castronovo (*op. ult. loc. cit.*) — che la responsabilità civile « è coscienza del tempo nella chiave del diritto privato » non basterebbero volumi interi per dar conto dell'imponente sviluppo delle idee, delle ricerche, delle dispute intellettuali in questo settore degli studi giuridici. La scoperta (o, per meglio dire, la riscoperta) è in Italia tardiva, ma esplosiva; e naturalmente si ingigantirà gradualmente fino a diventare ben più incontrollabile con l'avvento del duemila. [Ancora una volta, e qui a maggior ragione, i cenni della sezione successiva hanno una funzione meramente orientativa, destinata ai lettori che si avviano per la prima volta agli studi nella facoltà di giurisprudenza].

È anche opportuno evitare rievocazioni a senso unico: che ignorino lo studio e l'approfondimento di profili emarginati dalla prevalente attenzione rivolta agli argomenti dominanti. Una sollecitazione in tal senso trovava espressione già molto netta nelle pagine di CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., 691-697; ID., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 151. Si comprende allora l'importanza che ebbero nel corso degli anni ottanta le riflessioni sul tema delle sanzioni civili o delle pene private (in ordine cronologico: MOSCATI, *Pena, dir. priv.*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 773, nota 25; ID., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 514 ss.; ID., *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadr.,* 1991, 170 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; GABRIELLI, E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.,* 1984, 901 ss.; MARINI, A., *La clausola penale*, Napoli, 1984; BUSNELLI e SCALFI, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, 3 ss.; GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contr. impr.*, 1987, 531 ss.; IRTI, *La nullità come sanzione civile*, ivi, 541 ss.; DE NOVA, *Clausola penale*, in *Digesto. Disc. Priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 ss.). L'argomento si sottraeva a qualsiasi rischio di equivoco in una linea di comparazione. Diventerà pertanto un banco di prova della vasta apertura delle ricerche delle nuove generazioni anche nei primi anni novanta: ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991 (fra le sintesi complessive: PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990; PATTI, *Pena privata*, in *Digesto. Disc. Priv. Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995). Né mancheranno — e il collegamento apre un nuovo capitolo al quale si rinvia [sezione quarta, II, n. 48, nota 7)] — i nessi con l'analisi della legislazione in materia di danno ambientale

Inutile dire che l'ultimo decennio arricchirà ulteriormente quel quadro già complesso e fittissimo. Qui sarà sufficiente accennare, proprio alla fine degli anni novanta (e sempre allo scopo di fissare un prossimo dato simbolico in cui molti giuristi contemporanei hanno ravvisato il primo compimento di un processo che dura da molti anni), alla pronuncia delle sezioni unite della cassazione sulla responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 981-995. I giudici, allo scopo di giustificare l'abbandono della loro stessa precedente giurisprudenza, già definita come monolitica o pietrificata, usano quattro ordini di argomenti. Sono considerazioni di carattere storico-sistematico in margine alle quali tutti i principali fattori formativi del nuovo diritto sono visti come concorrenti; ma il primo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posto è attribuito all'indirizzo critico prevalente nella cultura giuridica (gli altri momenti sono costituiti: dalla graduale tendenza dei giudici a prendere atto, fin lì, delle nuove concezioni sulla responsabilità civile e dall'ormai matura esigenza di svilupparne in maniera completa i presupposti; dalle indicazioni, ancorché di per sé non ancora sufficienti, che è possibile trarre tanto dalla corte costituzionale — ord. 8 maggio 1998, n. 165 — quanto dal legislatore: D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80). I giudici consapevolmente si inseriscono — come ha scritto ALPA, *Il révirement della corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi,* cit., 907-921,909 — in una sorta di *work in progress*, del quale non è possibile prevedere gli sviluppi (da questi soltanto potrà dedursi, come da altri precedenti in materia di risarcibilità per lesione del credito, se si tratti o non di un mutamento storico: ivi, 920 s.). Certo è che gli argomenti primari su cui la decisione si fonda sono tratti da una combinazione delle « più elementari esigenze di giustizia » (incompatibili con l'intangibilità di « un'isola di immunità e di privilegio » della pubblica amministrazione) con l'erosione dell'assolutezza del dogma « che vuole risarcibile, ai sensi dell'art.2043, soltanto la lesione del diritto soggettivo » (ivi, 985). Le idee che quasi quarant'anni prima erano state espresse da Rosario Nicolò e da Stefano Rodotà in un incontro con i cultori del diritto amministrativo destinato a diventare famoso (*Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965) sono brevemente accennate, come un dato ormai pacifico, nella motivazione, ove si fa una sintesi del pensiero di quel decennio di svolta; e si parla della necessaria compresenza di una lesione *non iure* a cui segua la lesione di un interesse (giuridicamente rilevante per l'ordinamento nel quadro della violazione del limite costituzionale di solidarietà), il cui accertamento dovrà farsi in base al diritto positivo e in relazione al conflitto in atto, ossia per tramite di un giudizio selettivo di comparazione delle contrapposte situazioni (ivi, 991 s.; senza menzione espressa, sono così richiamati in sintesi e congiuntamente, gli scritti del « nuovo inizio »: oltre al pensiero di Busnelli, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, loc. cit.; TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 98). Sembra pure che siano stati già vagliati alcuni tempestivi spunti sulla difficile ricerca di un nuovo punto di equilibrio dopo la rottura dei vecchi recinti., quali si traggono specialmente, nella linea della responsabilità per lesione dell'affidamento del cittadino, da BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal « muro di sbarramento » al « muro di contenimento »*, in *Danno e resp.*, 1997, 269 ss.; e, ma nella diversa linea della responsabilità per violazione di uno specifico rapporto obbligatorio fondato sulla buona fede,da CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus,* 1999, 647-669. La decisione è commentata criticamente, fra i tanti, anche da FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1999, 1047-1114.

[Nelle pagine finali, per motivi facilmente intuibili, il discorso e le notizie sugli scritti dell'ultimo decennio, si limiteranno a tracciare il consueto quadro orientativo, che ciascuno potrà integrare agevolmente (appendice alla sezione quarta, II, n. 48, nota 7)].

Con il passare degli anni ogni pur sommaria analisi, limitata ai problemi di più larga divulgazione, per varie cause (tutte ben conosciute e comunque facilmente immaginabili), rischia di smarrirsi in un intrico incontrollabile, né più potrebbe giovare una qualsiasi selezione degli studi di diritto privato. Nell'impossibilità di fornire un adeguato quadro informativo, si è preferito richiamare alla mente, nella parte finale della sezione, alcune occasioni in cui il giuscivilista, da solo (in margine alle « prolusioni » e alle meditazioni sul pensiero di altri giuristi: note 122-124) o discutendo in gruppo (nel contesto di alcuni incontri di larga notorietà: V. « Cronache di fine secolo », nn. 37-39, note 125-133), ha ripensato al cammino compiuto, agli ostacoli incontrati, alle prospettive da schiudere e alle insidie in agguato.

VI, nn. 37-39, note 122-133

Varie occasioni inducono i cultori del diritto privato a incontrarsi negli ultimi anni del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secolo (fra ricorrenze più o meno celebrative, pressioni dell'attualità, ambientazione del diritto privato in una cornice sovranazionale: note 122-133)

— Ricordo delle prolusioni

122) Un disegno complessivo delle prolusioni che hanno segnato altrettante tappe della storia del pensiero giuridico della seconda metà del secolo nel campo degli studi di diritto privato può farsi già per tramite di un riepilogo, arricchito da talune indispensabili integrazioni, delle lezioni qui richiamate in via soltanto esemplificativa. Anche Giovanni Tarello (*Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., 84, nota 44) ha avuto modo di accennare « ai pronunciamenti di carattere generale, di solito in forme palesemente precettistiche, e in particolare in occasione di prolusioni. Tra queste ne vanno ricordate alcune, che segnarono l'ingresso di una generazione più giovane non solo nell'accademia, ma nella cultura giuridica italiana: penso a quella di Massimo Bianca sull'autonomia dell'interprete e a quella di Nicolò Lipari sul metodo giuridico e le acquisizioni sociologiche » (rispettivamente: *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 478-498; *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, ivi, 1968, I, 297-338). Per comodità elenco in ordine cronologico le altre prolusioni di cui si è parlato nelle pagine precedenti con esclusione di quelle che risalgono agli anteriori alla seconda guerra). Ludwig Raiser, prolusione in data 30 novembre 1946 all'Università di Göttingen: *Il principio d'eguaglianza nel diritto privato*, in *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 11-29; Domenico Barbero all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, in data 16 febbraio 1949: *Empirismo e dogmatica nel diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 310-330; Tullio Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, ivi, 1954, 873-936, in particolare 874, 936 (corso di diritto industriale: fu letta nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma il 27 novembre 1953); Rosario Nicolò: *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, ivi, 1956, I, 177 ss.; Giorgio Giampiccolo: l'anno accademico fu inaugurato a Macerata il 5 dicembre 1957 e la lezione fu in seguito pubblicata con il titolo *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza*, ivi, 1958, 458-475. Per le nuove generazioni di allora, nei tardi anni sessanta, a breve distanza l'una dall'altra: Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 86 (letta a Macerata nel 1966); Giovanni Battista Ferri, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, ivi, 1968, I, 347-407. Nella seconda sezione (I, n. 9) è stata anche citata la lezione (1° dicembre 1966) di Pera, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 190 ss., 191-192. Integra il pur sommario elenco il saggio di Pietro Barcellona: *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *Studi in memoria di Alberto Auricchio*, Napoli, 1971. Non meno rilevante, ai fini di una ricostruzione storica sul pensiero degli anni cinquanta, è, sia pure in margine a un tema non trattato in queste pagine, la prolusione di Giorgianni, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 749 ss. [(sezione quarta, II, n. 48, nota 7)]. Accenna « alla consuetudine più tardi cancellata dai movimenti contestatori … che cercava di favorire per quella via l'informazione sui problemi che superano gli stretti confini disciplinari, e lo scambio fruttuoso delle idee » Pietro Rescigno, nel ricordarci che il suo noto studio sull'abuso del diritto era stato anticipato per la prima volta nel febbraio del 1963 all'atto dell'inaugurazione dell'anno accademico dell'Università di Bologna, « sollecitata dalla generosa iniziativa di Walter Bigiavi »: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 7 (queste conferenze — inaugurali dell'intero anno accademico — sono state in molte sedi « con timidezza e quasi nell'ombra ripristinate »).

— Riflessioni retrospettive sul pensiero giuridico

123) Una documentazione essenziale delle riflessioni retrospettive sul pensiero giuridico dei cultori del diritto privato richiederebbe una paziente ricognizione dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

numerosi frammenti dedicati a interi movimenti ovvero a singoli studiosi. Le ricostruzioni complessive, con riguardo a precisi periodi temporali, non sono mancate; e spesso si trattò di contributi, nella sintesi, degni di nota. Per il centenario del « congresso dei dotti » (Pisa, 1939) soltanto rapidissimi sunti in FERRARA, F., *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939),* in *Riv. dir. comm.,* 1939, 429-444 (ivi, con riferimento al diritto commerciale, anche ASQUINI, 445-451). Le segnalazioni si fanno più fitte e necessariamente parziali con il passare degli anni. Per esempio: Aa. Vv., *I giuristi e la crisi dello stato liberale tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986; BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, loc. cit..; CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, loc. cit.; FERRI, G.B., *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 715; ID., *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 694 ss.; ID., *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli,* ivi, 1997, I, 341 ss.; ID., *Lo stato dell'organizzazione giuridica e le idee di Giovanni Tarello*, ivi, 1980, I, 279; GOLDONI, *Ageo Arcangeli agrarista*, in *Fasc. spec. Boll. AICDA*, XVII-n. 65-70, 1996 (Pisa, 1997), 29-46; GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986; ID., *Giangastone Bolla e la cultura giuridica italiana del Novecento*, in *Riv. dir. agr.*, 1987, I, 307 ss.; ID., *Interpretazione ed esegesi (Polacco versus Simoncelli)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 197; ID., *Omaggio ad Angelo Falzea*, ivi, 1991, I, 315 ss.; ID., *Il disagio di un « legislatore » (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, loc. cit. [(ma si tratta soltanto di alcuni esempi: altri saranno richiamati nella sezione successiva)]; IRTI, *Le due scuole del diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1975, I, 3 ss.; ID., La *cultura del diritto civile*, Torino, 1990; ID., *Una generazione di giuristi*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani*, *Venezia, 23-26 giugno 1989,* loc. cit.; ID., *Diritto civile*, loc. cit.; ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982; ID., *Letture bettiane del negozio giuridico*, Milano, 1991; ID., *La « metodologia del diritto » di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 775 ss.; ID., *Un inquieto dialogo sul corporativismo* (*proprietà e impresa in W. Cesarini Sforza*), loc. cit.; ID., *La scuola di Messina in un libro sui fatti giuridici*, in *Jus*, 1995, 399 [(anche in questo caso l'elenco, incompleto, sarà parzialmente integrato nella sezione successiva)]; MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, 1987; MAZZAMUTO, *Ebraismo e scienza giuridica nell'Italia moderna*, in *Dir. eccl.*, 1997, I, 355 ss.; ID., *I giuristi dell'ateneo pisano e la questione ebraica*, in *Riv. dir. comm., 1995,* I, 355 ss.; ID., (con CIPRIANI, F.), *La « giurisprudenza italiana » di Gabba e Mortara,* in *Giur. it.*, 1992, IV, 497 ss.; MERRYMAN, *Lo « stile italiano »: la dottrina,* in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1966, 1169 ss; PERLINGIERI, *La ricerca civilistica tra critica ed autocritica,* in *Rass. dir. civ.*, 1983, 625; ID., *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, ivi, 1984, 956; RESCIGNO, *La dottrina italiana di diritto privato*, in *Studi A. Arena*, IV, Padova, 1981, 2141 ss.; ID., *Francesco Carnelutti e il diritto privato*, in *Riv. dir. civ.,* 1996, I, 593-601; SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in Aa. Vv., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., 232-273; SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco* (prolusione del 12 gennaio 1933), in *Saggi di diritto civile,* I, Napoli, 1961, 37 ss.; TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Studi P. E. Bensa*, Milano, 1969, 239 ss.; TETI, *Ageo Arcangeli giuscommercialista*, in *Fasc. spec. Boll. AICDA*, XVII-n. 65-70, cit., 11-28; UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963. Come si vede, una rassegna (pur limitata all'essenziale) mostra un quadro di studi e di testimonianze sporadico negli anni trenta alquanto rarefatto negli anni cinquanta e sessanta e tuttavia nei decenni successivi molto più ricco di quel che potesse prevedersi, ancorché le lacune siano state parzialmente colmate dall'assidua iniziativa di pochi studiosi. Eppure le linee di svolgimento delle tendenze culturali, in altri settori delle scienze umane, sono assai più note: fors'anche per il fatto che vantano una consolidata tradizione di indagine; sì che nell'insieme le ricerche hanno caratteri meno occasionali. Un piano d'intervento costante è stato in seguito reso possibile — si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tratta di esperienze che ormai hanno assunto larga notorietà — in virtù della diffusione delle riviste promosse, fin dagli anni settanta, da Paolo Grossi e da Giovanni Tarello (rispettivamente: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, per i tipi dell'editore milanese Giuffré; *Materiali per una storia della cultura giuridica*, per i tipi dell'editore bolognese Il Mulino).

124) Si rinvia al n. 29.

— 1981. Cinquanta anni di esperienza giuridica. Sintesi di Falzea, Nicolò, Santoro-Passarelli

125) Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia,* loc. cit.

126) Falzea, *Introduzione generale*, in Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., rispettivamente, 17, 18, 19-20, 23, 22.

127) Nicolò, *Diritto civile*, in Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., rispettivamente, 62, 70. Si è visto nella precedente sezione, sia pure con esempi molto limitati, quale sia stato « il ruolo consapevolmente innovatore svolto da una parte consistente della giusprivatistica » negli anni trenta (nel contesto di tendenze riformatrici e di problemi sociali con cui il potere politico si confrontava, dividendosi fra istanze di modernizzazione e mitologie arcaiche; fra empiti eversivi e dominanti preoccupazioni d'ordine). In tal senso: Salvi, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in Aa. Vv., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Roma-Bari, 1990, 266, il quale, con riferimento alla famosa sintesi di Salvatore Pugliatti (« una cultura giuridica divisa secondo le linee contrapposte delle geometrie concettuali e dell'irrazionale apologetica »), condivide il giudizio critico già espresso da Belfiore, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, 410 ss.

128) Santoro Passarelli, in Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., 1453-1458.

— 1988. La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi. Sintesi di Cian. Dialogo fra le generazioni

129) Cian, *Il diritto civile come diritto privato comune (Ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., 9-25.

130) Sul dialogo fra le generazioni dei giuristi: Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., 929 ss. La sessione conclusiva (dal titolo *Dialoghi tra generazioni. Le opportunità colte e quelle mancate, le diversità dei metodi e degli interessi*) era aperta da un saggio di vasto respiro di Angelo Falzea (*Dogmatica giuridica e diritto civile*, ivi, 929-970. Già si è detto di Natalino Irti (*Una generazione di giuristi*) e di Rodolfo Sacco (*Metodo del diritto civile e scontri generazionali*) e sono state richiamate le *Conclusioni* di Pietro Rescigno. Oltre all'intervento ormai noto di Pietro Barcellona (*Dialoghi tra generazioni. A proposito dell'uso alternativo del diritto*, ivi, 985-988), si rammenti ancora Salvatore Patti (*Temi e metodo di una generazione di civilisti*, ivi, 989-1000), Paolo Zatti (*Il senso delle generazioni*, ivi, 1007-1015) e le comunicazioni di Andrea Belvedere (*Passi avanti e mal passi nel metodo dei civilisti*, ivi, 1027-1030), di Aldo Checchini (*Le ragioni di una crisi dogmatica*, ivi, 1031-1035), di Giuseppe Gandolfi (*Una proposta di rilettura del IV libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea*, ivi, 1037-1042).

Quest'ultimo contributo già entra nel vivo di un tema che nel decennio successivo acquisterà una sorta di primato: nota 133.

[L'argomento del dialogo fra le generazioni di giuristi sarà ripreso e aggiornato in maniera essenziale nelle pagine finali del testo e dell'appendice: sezione quarta; e, specialmente, I, n. 40, nota 1; n. 49, nota 8].

— Cinquantenari di tono diverso: codice civile e carta costituzionale

131) Sul cinquantenario del codice civile nel testo è seguita da vicino la linea di pensiero di Rescigno, *Rilettura del codice civile*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, *Relazioni*, cit., 9-25. Per altre notizie essenziali si rinvia alla nota 12 [(e alla sezione successiva; in particolare, II, n. 48, nota 7)].

132) In questa sede è possibile soltanto un rinvio allo stato delle discussioni fra gli studiosi del diritto costituzionale. La divulgazione tratta dai mezzi di comunicazione di massa, con tutte le inevitabili deformazioni e approssimazioni, è, a sua volta, fin troppo vasta. L'espressione « costituzione ferita » corrisponde al titolo di un saggio, pubblicato sul finire del secolo, da Alessandro Pizzorusso (Torino, 1998). Forse una delle divulgazioni più semplici e più chiare si trae, in un testo intitolato alla « costituzione criticata », dalle parole, quasi un testamento, di Massimo Severo Giannini: « ciò che è stato fatto ha richiesto, per trenta lunghi anni, una fatica immane, con esiti non sempre appaganti … I diritti fondamentali e la libertà noi possiamo separarli in sede conoscitiva e normativa, ma nella realtà sociale stanno tutti insieme. La persona umana che abbia … piena libertà di riunione, ma trovi poi una scuola ignobile per educare sé e i propri figli, resta una persona dimidiata »: in CORRADINI BROUSSARD, *Costituzione e Stato pluriclasse. Colloquio con Massimo Severo Giannini*, cit., 380, 383.

Il discorso sulla costituzione italiana diventa a questo punto indissociabile da due ordini di sentimenti diffusi: il bisogno di prefigurare il futuro che ci attende; l'orizzonte costituzionale che sembra gradualmente formarsi — soprattutto in termini economici — nel diritto europeo; v. CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995. Per un cenno alla prevalenza delle fonti europee sul diritto interno anche costituzionale, salvo il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi supremi: GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, cit., 63-64, nella linea di Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, 660, con nota di DANIELE. Notazioni critiche in PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1993.

Sul quadro europeo, con riguardo al diritto privato, si rinvia alla nota successiva. Alle opposte tentazioni dell'utopia o della stretta registrazione del mutamento (apparente o effimero che sia: ai confini con la moda) i cultori del diritto di fine secolo tentano talvolta di sottrarsi anche a costo della solitudine. Il prossimo tempo si annuncia, a taluno, come « un secolo ben povero … se non si tornerà a pensare e a operare criticamente …, in altre parole a camminare nel futuro »: COTTINO, *Grande impresa, potere e società alle soglie del Duemila*, in Aa. Vv., *Storia d'Italia. Annali 14. Legge. Diritto. Giustizia* , cit., 299-336, ivi, 336. In quelle stesse pagine è esplicita la sensazione che ci si debba opporre a una nuova uniformazione del pensiero, dietro la quale in ultima analisi si celerebbe l'eclissi della stessa democrazia: *Ascesa e tramonto dello Stato imprenditore: morte e resurrezione?*, ivi, 339-365, 365.

— Ricerche sul « diritto privato europeo »

133) Nicolò Lipari, a cui si deve anche l'introduzione, è il curatore e il coordinatore dei due tomi sul diritto privato europeo a cui si fa riferimento nel testo e ove assai numerosi, nei più svariati settori del diritto privato, sono i saggi scritti anche da giuristi delle più giovani generazioni. LIPARI (a cura di), *Il diritto privato europeo*, I-II, Padova, 1997; ID., a cura di, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998 (e, ivi, i saggi di FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, 16 ss.; PERLINGIERI, *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, 33 ss.). Nell'accennare ai problemi della decodificazione, della ricodificazione, dell'auspicio di una codificazione europea (nella materia del diritto dei contratti, della responsabilità civile o in termini ancora più ampi), c'era sempre un rinvio implicito a un documentazione che si è fatta ormai imponente. Alcune anticipazioni — negli anni cinquanta —sono state indicate nella nota 13; negli anni ottanta: nota 130. Qualche segnalazione orientativa è qui indispensabile allo scopo di rendere più agevoli i necessari approfondimenti ulteriori: MOCCIA (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; ivi, LANDO, *European Contract Law*, 117 ss. Cfr. von BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998 (questi sono i nomi che quasi riassumono un intero impegno di studio dedicato negli anni al progetto europeo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La discussione italiana sul « codice civile europeo » è ricca di punti di vista diversi. Possono considerarsi in tal senso esemplari: GAMBARO, « *Iura et leges » nel processo di codificazione del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 905 ss., 1000 ss.; MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?,* Roma, 1993; MOCCIA, *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 213 ss.; RESCIGNO, *Per un « Restatement » europeo in materia di contratti*, in MOCCIA (a cura di), *Il diritto privato europeo*, cit., 135 ss.; SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo,* ivi, 87 ss. Anche le generazioni più giovani partecipano al dibattito: ZENO ZENCOVICH, *Il « codice civile europeo », le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, 60 ss. L'argomento non sfugge all'attenzione di chi guarda al diritto nella sua proiezione storica: GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 281-286.

Sul codice civile europeo si è svolto a Roma, il 10 luglio 1999, un incontro di studi, con la partecipazione, fra gli altri, di Christian von Bar e di Guido Alpa. Di quest'ultimo — che ringrazio — ho potuto consultare la relazione provvisoria dal titolo *Il codice civile europeo: « e pluribus unum »* : ivi, si trovano non pochi spunti ulteriori e notizie più complete e più aggiornate.

In una rapida visione delle continuità si lega a questo tema l'altro, più ampio, della ricerca di un nucleo comune (*common core*) « dei paesi dello standard occidentale ». Queste le tappe fondamentali: anni 1957-1968, ricerca diretta da R.B. Schlesinger sulla « formazione del contratto »; quasi nello stesso torno di tempo, ma con epilogo nel 1981, cronaca della nascita della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale (redazione promossa dall'*Unidroit);* felice conclusione nel 1994, sempre per conto dell'*Unidroit* e sotto la direzione di M.J. Bonell, dei *Principi dei contratti commerciali internazionali*; iniziativa pavese, coordinata da Gandolfi, sul codice europeo dei contratti (negli anni novanta); e già si è detto infine dell'opera meritoria, ancora in atto, di Christian von Bar e di Ole Lando. Queste e altre notizie, con indicazioni più ampie e più precise, possono trarsi da SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, in PIZZORUSSO-FERRERI (con collaborazioni di Antonio Gambaro e di Rodolfo Sacco), *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte*, cit., 468-470, ove è ricordata — ivi, 470 — anche la continuazione, a Trento, della ricerca del *common core* del diritto civile, sotto la direzione di Mattei e di Bussani.

Due restano comunque, tanto sul versante dei principi dell'*Unidroit* quanto sul versante dei principi in materia di contratti, i punti di riferimento, e ora pure i punti di avvio, essenziali: BONELL, M.J., a cura di, *Un » codice « internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995; LANDO O. BEALE, H., a cura di, *The Principles of European Contract Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995.

Un discorso autonomo merita il problema del rapporto tra le fonti: nella letteratura civilistica degli ultimi anni deve tenersi presente, per due sintesi esemplari e corredate da un'essenziale documentazione, oltre che unite da una sorta di dialogo ideale: LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 7-25; MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, ivi, 1997, 523-532.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI CAZZETTA

L'AUTONOMIA DEL DIRITTO DEL LAVORO NEL DIBATTITO GIURIDICO TRA FASCISMO E REPUBBLICA

> « …spiccano ancora a tutti gli angoli giganteschi manifesti della socialdemocrazia per il I° Maggio. Nessuno se ne cura — forse neppure per il I° Maggio qualcuno se n'è curato, non so. Ah! Il mondo non è perfetto. »
> (Rosa LUXEMBURG, *Lettera a Luise Kautsky*, giugno 1909)

1. « Scrivere daccapo… » (premessa). — 2. Diritto comune civilistico e diritto del lavoro. — 3. Intervento dello Stato e « sindacalismo puro ». — 4. Diritto del lavoro e democrazia collettiva. — 5. Diritto del lavoro e diritto privato sociale. — 6. Autonomia dei princìpi. — 7. Diritto del lavoro e corporativismo. Interessi collettivi e interesse nazionale, pluralismo giuridico e diritto statuale. — 8. Crisi del corporativismo e autonomia scientifica senza progetto. — 9. Costituzione e autonomia collettiva. — 10. Taormina 1954.

1. *« Scrivere daccapo… » (premessa).*

Su quali basi il diritto del lavoro ha affermato una propria identità e ha rivendicato una propria autonomia scientifica dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, nel passaggio dall'Italia fascista all'Italia repubblicana?

Anche di fronte a forti discontinuità, dopo grandi svolte politiche, le discipline scientifiche vivono di memoria, di letture e di riletture del proprio passato, quel passato comunque iscritto negli strumenti tecnici utilizzati. Anche i giuristi che erano propensi a credere che la ("neutrale") descrizione della normativa esistente fosse tutto il loro universo stentavano a porre il semplice racconto formale della *fine* del diritto del lavoro del fascismo e della *nascita* del diritto del lavoro della democrazia, indugiavano sul vuoto presente tra quella fine e quell'inizio, costretti a interrogarsi sui destini di un'identità scientifica. I dati che maggiormente segnavano la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discontinuità rispetto al periodo fascista — la libertà sindacale e, poi, la normativa costituzionale — esigevano un'interpretazione, la ricerca di un ordine scientifico: "scrivere daccapo" nel nuovo assetto politico significava in ogni caso attingere dalla memoria della disciplina, rivedere il senso di percorsi scientifici individuali e collettivi, interrogarsi sulla possibile presenza di un'identità autonoma.

Data la gracilità del diritto del lavoro nell'Italia liberale, la questione della sua autonomia scientifica si era posta in termini meno drammatici di fronte all'avvento del fascismo; anzi, l'abbraccio del corporativismo nei confronti della scienza giuslavoristica italiana degli inizi del secolo era stato così coinvolgente da far ritenere ad alcuni che si fosse di fronte a una vera e propria fondazione della disciplina. Al momento della caduta del fascismo la situazione è diversa: le riviste specializzate, l'enorme mole di studi sul diritto corporativo e l'esistenza di stabili insegnamenti universitari, mostravano un percorso difficile da azzerare e, nello stesso tempo, impossibile da porre come presupposto puramente scientifico della disciplina nella democrazia da edificare. Ben al di là dell'abbandono della dicitura « Diritto corporativo » a favore di « Diritto del lavoro », la svolta politica del 1943/1944 imponeva una necessaria ridefinizione degli spazi di autonomia del diritto del lavoro attraverso il confronto con quei vistosi tratti consolidatisi nel passato, facili da abbattere ma difficili da dimenticare.

Dopo la caduta del fascismo il dibattito sull'autonomia scientifica della disciplina fu imprigionato soprattutto entro la semplificante e rigida gabbia della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. L'affermazione netta dell'appartenenza ad uno dei due settori finiva spesso con lo svilire le peculiarità della disciplina: « il diritto del lavoro venne reso ancillare al diritto pubblico o a quello privato, e quantità d'inchiostro furono versate nella futile disputa circa la sua appartenenza a questo o a quel ramo del diritto » (1).

(1) G. GIUGNI, *Introduzione* a *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 10. Riguardo al « divario tra indirizzo privatistico e indirizzo pubblicistico — alimentato quest'ultimo dalla posizione sistematica già propria del diritto corporativo », cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica: organizzazione sindacale, contratto collettivo e sciopero*, in S. ZANINELLI (a cura di), *Il sindacato nuovo. Politica e organizzazione del movimento sindacale in Italia negli anni 1943-1955*, Milano, Angeli, 1981, pp. 185 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Superare quell'approccio risultava in quel momento impossibile: nella transizione politica i *privatisti* e i *pubblicisti* mostravano volti diversi dell'autonomia, esaltavano appartenenze a una storia ritenuta non assimilabile a quella del versante opposto.

L'eliminazione del riferimento al corporativismo così come era stato concretamente realizzato durante il fascismo era il dato che si imponeva e che in qualche modo univa le diverse prospettive; da quel punto in poi si aprivano le divisioni. Il confronto con la tradizione disciplinare privatistica appariva come ovvio ripudio dell'eredità pubblicistica, rappresentava per molti una *soluzione di libertà* da accogliere senza discussioni assieme alla democrazia: il diritto privato era percepito come meno coinvolto nelle scelte autoritarie del fascismo e la riutilizzazione del *puro* strumentario civilistico si presentava come il modo più semplice per affermare una rigenerazione della scienza accompagnata, nello stesso tempo, dalla presenza di princìpi giuridici immediatamente utilizzabili. Delineare un'appartenenza così netta del diritto del lavoro al diritto privato significava per altri menomare la disciplina, negando le sue peculiarità nate proprio dalla ricerca di una via intermedia tra le semplificanti e assolute categorie dell'universo giuridico moderno, l'individuo e lo Stato, il diritto privato e il diritto pubblico. L'abbandono del *corporativismo reale*, degenerato in una macchina burocratica, non impone — si dice — un necessario ritorno alle semplificazioni del passato ed esige comunque una visione piena della complessità sociale al di là degli schemi del diritto civile. Nessuno poteva però dimenticare che quella ricerca scientifica di una via intermedia era stata costantemente sepolta, e spesso aveva fornito un sostegno a scelte autoritarie.

Il dibattito si sviluppò così attorno a una distinzione ancora grossolana dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, presentati come due solidi blocchi nettamente contrapposti, nettamente distinguibili. L'esigenza di porre un « passato » alle spalle della disciplina da delineare nel « futuro » acuì le distinzioni, sino a proporre anche percorsi separati tra le vicende *pubblicistiche* e quelle *privatistiche* della disciplina (2). Nella storia si ricercarono

(2) Per un'esemplificazione efficace (anche se tanto netta da risultare rozza) di letture del passato e progetti per il futuro giocati in relazione alla distinzione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certezze, purezze scientifiche ancora utilizzabili nel presente; e istintivamente l'affermazione di quelle *vere* caratteristiche della disciplina spinse ad esasperare l'autenticità del proprio modello di riferimento. Dal passato ciascuno cercava di isolare soluzioni tecniche e teoriche per disegnare il presente e, naturalmente, delineando il progetto del presente, ciascuno ricostruiva, *inventava* il suo passato. Linee diverse di continuità erano evocate, muovendo dalla giuslavoristica liberale antecedente al fascismo, insistendo sul percorso (*impermeabile alla politica*) dei princìpi di diritto privato, oppure guardando alla storia lunga del corporativismo non assimilabile con la breve vicenda politica del totalitarismo, o ancora, isolando alcune costruzioni tecniche elaborate durante il periodo fascista.

La storia in cui ci si riconosceva era diversa — come diverse erano le analisi del presente e le speranze per il futuro —, ma l'esigenza di prospettare un'autonomia scientifica faceva emergere un comune disagio di fronte al mutamento istituzionale e politico. La svolta politica — si dice — non può tradursi in una rifondazione completa dell'assetto disciplinare, la svolta politica non implica « la bancarotta della scienza », non impone che si ricominci « a scrivere daccapo » (3). Non è chiaro quali pagine conservare, ma esistono

---

pubblico/privato, si veda F. CARNELUTTI, *Stato Democratico: Stato Corporativo* (1949), in A. CANALETTI GAUDENTI e S. DE SIMONE (a cura di), *Verso il corporativismo democratico*, Bari, Cacucci, 1951, pp. 247 e ss., ma in particolare p. 250: « Se dunque il passato del principio corporativo non è punto il passato prossimo del fascismo, ma un passato remoto, anzi assai remoto, quale sarà il suo futuro? A questo proposito io mi trovo su un piano completamente diverso da quella del mio amico Santoro Passarelli, il quale lo considera sotto un punto di vista esclusivamente privato. Per me questa è una visione antistorica, angusta, che mortifica la realtà. Il campo di azione del diritto corporativo è certamente il diritto pubblico ». Le affermazioni furono pronunciate nel corso del Convegno di Studi Sindacali nel 1949 (sulla questione si veda comunque *infra*, al n. 3 e al n. 9).

(3) Così U. PROSPERETTI (*Compiti degli studi di diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, I, pp. 57 e ss., poi in ID., *Problemi di diritto del lavoro.* I: *Lavoro e vita economica*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 3 e ss.) che richiama le parole opposte nel 1924 da Vittorio Emanuele Orlando alle tendenze che, valorizzando la "forza dissolvente" del sindacalismo, affermavano l'incapacità teorica del diritto pubblico di comprendere quei fenomeni: si è nell'impossibilità di far scienza « se ad ogni mutato atteggiamento del pensiero umano e dello spirito delle istituzioni, noi proclamiamo senz'altro la bancarotta… e cancelliamo con un colpo di spugna tutto quanto avevamo faticosamente studiato, per ricominciare a scrivere daccapo… ». Lo scritto di Orlando cui si fa riferimento è *Lo*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confluenze sul come individuarle: tutti concordano nell'affermare che occorre cogliere le teorie giuridiche non contaminate dalle contingenze politiche, le *evoluzioni* dei princìpi tecnici, trasformazioni *relativamente autonome* della scienza giuridica. La visibilità della rottura istituzionale con il fascismo non impone, insomma, anche nel settore del diritto del lavoro — così coinvolto nelle vicende politiche e istituzionali del fascismo da dissolversi in esse — una discontinuità assoluta del discorso del giurista. Tale impostazione presenta l'autonomia dei princìpi della scienza come momento di stabilità nel mutamento: l'assetto disciplinare scorre lento per la sua strada e, pur essendo ovviamente caratterizzato dalla politica, è comunque irriducibile al solo comando politico (4).

La difesa dalla specificità tecnica del discorso più che ergere (come spesso si afferma) una netta barriera tra aspetto formale del diritto e realtà sociale, si fonda soprattutto su una diffidenza nei confronti del legislatore che si presenta come un retaggio di profonde convinzioni maturate tra Otto e Novecento dalla civilistica alle prese con le prime trasformazioni sociali accelerate (5). Punto cru-

---

Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea (1924), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 319 e ss.; cit. a p. 320.

(4) Le versioni più dichiaratamente politiche delle ricostruzioni scientifiche avanzate nel passato potevano essere collocate in un cantuccio, come tessere marginali e superflue nel mosaico della disciplina (e nell'elenco delle pubblicazioni di molti giuristi); tutto ciò senza rinunciare però ad un confronto con il passato, filtrato attraverso il discorso sull'autonomia scientifica e dal richiamo alla tecnica in grado di trasformare "in altro da sé" il mero comando politico.

(5) La lettura continuistica dell'autonomia della scienza giuslavoristica ripropone il tema per cui il « vero diritto » è dato dall'interpretazione della scienza e non dalle « imposizioni » del legislatore. In quel momento l'argomento accentuava le distanze della scienza giuridica nei confronti del fascismo: l'impossibilità di un'integrazione piena del diritto nella politica relativizza le rivoluzioni politiche; nello stesso tempo si può argomentare, però, che un'integrazione piena tra realtà sociale e diritto è realizzabile attraverso una riflessione interna al giuridico. Solo da quest'ultimo angolo visuale, accettando cioè le regole del gioco delle trasformazioni autonome della disciplina, i giuristi possono prendere anche molto sul serio le svolte politiche. Le ripetute invocazioni di attuazione legislativa del dettato costituzionale e le conseguenti *speranze deluse* della scienza giuridica si inserirono nel dibattito dei primi anni Cinquanta in una mentalità dominata da queste convinzioni. Sulla questione comunque si cfr. *infra*, in particolare nn. 8 e 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciale è quello dell'intervento dello Stato, quello della relazione tra diritto del lavoro scientificamente autonomo e legge dello Stato. In particolare è il tema che aveva giocato un ruolo essenziale nella crisi dello Stato liberale — poi dissolto nella nebulosa dei dibattiti corporativistici e risolto con atto d'imperio dal fascismo — a tornare a riproporsi nella transizione degli anni Quaranta. « L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti », « il diritto collettivo e il diritto statuale », « lo Stato e la conflittualità sociale », « lo Stato e il conflitto tra gruppi organizzati » e la « guerra » tra i sindacati, tornano a confrontarsi nelle pagine dei giuristi al di là delle barriere dei riferimenti normativi. Il senso di vuoto si confonde con quello della riconquistata libertà, quasi come se tutte le soluzioni fossero possibili.

I pochi cenni sin qui fatti bastano per dirci che nel passaggio dal fascismo alla Repubblica si intersecano fili difficili da dipanare con lo sguardo rivolto alla semplice cronaca di quegli anni in cui furono poste le basi su cui sarebbe stato edificato il diritto del lavoro della Repubblica. Si ripete spesso, con Gino Giugni, che « il diritto del lavoro italiano appare come il prodotto di una stratificazione alluvionale », che lo compongono una pluralità di modelli segnati da ideologie spesso confliggenti tra loro (6). Il quadro teorico dei dibattiti sull'autonomia disciplinare costruito nel lungo periodo, sebbene ci offra ricostruzioni molto astratte, può forse fornirci un angolo visuale privilegiato per scorgere i segni impressi nella memoria storica della disciplina. Nel *vuoto* della transizione tra fascismo e Repubblica, la proposizione di un discorso scientifico all'interno dell'etichetta *diritto del lavoro* impose una rilettura dello strumentario teorico antecedente, costrinse i giuristi ad analizzare e a rielaborare le proprie radici, quelle vistosamente pubblicistiche diramatesi durante il fascismo e soprattutto quelle della tradizione civilistica. Per cogliere su quali basi si affermò l'identità disciplinare alla caduta del fascismo occorre dunque volgere uno sguardo più ampio alle stratificazioni presenti nel diritto del lavoro italiano. L'obiettivo non è ovviamente quello di tracciare un quadro com-

(6) G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro degli anni '80* (1982), ora in *Lavoro legge contratti*, cit., pp. 295 e 296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pleto del discorso giuslavoristico dall'inizio del secolo, ma più semplicemente quello di verificare i programmi, i manifesti volti ad affermare la presenza di una scienza autonoma, tentando attraverso questi di cogliere il complessivo impianto teorico posto a sostegno delle diverse ricostruzioni giuslavoristiche (7). Le rivendicazioni di specialità, le affermazioni di princìpi autonomi e di nette appartenenze, le diverse ricostruzioni riguardo alla peculiarità del rapporto del giuslavorista con la realtà sociale, compongono di volta in volta un quadro teorico utilizzato per « disserrare lo spirito del diritto del lavoro », per mostrarne « l'essenza » (8), per affermare come presente una "vera" scienza giuslavoristica italiana (9); un quadro che — come vedremo — è a volte confuso, spesso astratto, ma mai privo di ricadute sulla « costituzione del lavoro » (10). Mi soffermerò, da

(7) Farò riferimento in queste pagine al termine autonomia in senso ampio e generico: mi interessa porre in evidenza quelle rappresentazioni che di volta in volta hanno tentato di mettere in luce quello che viene denominato come "essenza", "spirito", "particolarità", "specificità", del diritto del lavoro (un dibattito questo che è stato a lungo caratterizzato dall'esigenza di far emergere princìpi autonomi, una complessiva autonomia scientifica della disciplina). Mi interessa cioè vedere i progetti utilizzati per affermare l'esistenza e la visibilità della disciplina. Da questo punto di vista non mi interesserò delle distinzioni più volte proposte tra "autonomia", "relativa autonomia" o "specialità" del diritto del lavoro. Sulla questione è sufficiente rinviare a R. Scognamiglio, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1960, 1, pp. 7 e ss.; e a F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro* (1967), in Id., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, Cedam, 1977, pp. 331 e ss.

(8) F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro* (1948), in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961, pp. 1069 e ss.; p. 1074.

(9) Proporrò un solo riferimento ad un modello non italiano, accennando agli scritti di Sinzheimer e al diritto del lavoro di Weimar. Il *vero* diritto del lavoro è incontenibile — a dire di Sinzheimer — entro le tradizionali distinzioni del giuridico, e in particolare entro i confini del diritto civile patrimoniale (si veda *infra* nel terzo paragrafo): il messaggio fu recepito chiaramente da quanti in Italia intendevano scindere le sorti di una società civile sempre più articolata dalle troppo semplici linee del diritto civile codificato, prospettando una complessiva socializzazione del diritto privato, contrapponendo la nuova complessità del diritto dei privati alla semplicità del diritto civile individualista. Il richiamo a quel diritto del lavoro tedesco fu presto metabolizzato nell'esperienza italiana dai dibattiti sul corporativismo.

(10) Sul composito (e forse troppo ricco) concetto di « costituzione del lavoro » come strumento che « consente di comprendere più agevolmente l'intreccio fra diritto e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo punto di vista, solo sui *progetti dottrinali* volti ad affermare, inevitabilmente tra continuità e trasformazioni rispetto al passato, nuove identità culturali (11).

---

realtà », si cfr. i saggi di Thilo RAMM ora raccolti in *Per una storia del diritto del lavoro tedesca*, Milano, Giuffrè, 1989, in particolare pp. 26 e ss.; 43 e ss.; 73; 153 e ss.

(11) Da quanto detto emerge che non saranno qui analizzati i discorsi della dottrina in tema di « teorie e ideologie del diritto sindacale » così come sono stati brillantemente messi a fuoco in passato: non mi interessa cioè distinguere « ciò che i giuristi fanno » da « ciò che i giuristi dicono », né decifrare la cifra ideologica (consapevole o inconsapevole) presente dietro le ricostruzioni « formali » dei giuristi (cfr. G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972^2, citazione da p. 13); l'obiettivo, più modesto, è quello di prendere sul serio i diversi manifesti (che spesso sono espressione di un intero impianto dottrinale) avanzati dai giuristi per prospettare il "volto autentico" del diritto del lavoro, quello di verificare come mai ciò che alcuni giuristi hanno detto (e molto spesso quanto i giuristi dicono è tutto quanto i giuristi fanno) sia stato configurato come un discorso appartenente ad un'area del diritto munita di una sua (relativa) autonomia. Le diverse definizioni della disciplina giuridica *diritto del lavoro* sono state esclusivamente elaborate dalla dottrina, ed è questa pertanto l'unica fonte che sarà analizzata in queste pagine: non mi interessa infatti vedere *che cosa* il diritto del lavoro è concretamente stato negli anni presi in considerazione, ma più semplicemente vedere *come* lo hanno rappresentato i giuristi. In altri termini, è pienamente condivisibile il rilievo dell'impossibilità di affrontare i temi del diritto del lavoro, e in particolare quelli delle relazioni sindacali, senza considerare le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza e la realtà della formazione extralegislativa del diritto (ha insistito recentemente sul punto G. GHEZZI, *Diritto sindacale e del lavoro*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto.* Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 104 e 105); è chiaro infatti che il diritto del lavoro "vive" di questi aspetti "concreti" (decisioni, contratti collettivi, procedimenti di concertazione sociale) che lo forgiano come, e spesso più, della dottrina. Ciò non toglie, però, che sia stata la dottrina a segnare (magari prendendo atto delle avvenute trasformazioni sociali e politiche) i percorsi del discorso che qui mi preme mettere a fuoco, quello sull'autonomia della disciplina, quello sull'indicazione delle caratteristiche essenziali di una costruzione giuridica che voglia dirsi "veramente" giuslavoristica. Affermare la preminenza del ruolo della dottrina in tale operazione di apposizione dei cippi di confine della disciplina non significa coltivare illusioni riguardo all'insularità della scienza dal contesto politico e culturale, né tantomeno ritenere che i diversi manifesti dei giuristi siano sempre divenuti effettivi nella prassi. Si può, ad esempio, senz'altro convenire che è « azzardato presentare la teoria del contratto collettivo di diritto comune quale creazione dottrinale imposta alla giurisprudenza » [così, in contrapposizione a Tarello, G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori* (1970), ora in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 209 in nota], ma è difficile negare che sono stati soprattutto i giuristi accademici (l'*élite* dottrinale) a inserire quella costruzione in un àmbito scientifico, a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Diritto comune civilistico e diritto del lavoro.*

Il giurista che maggiormente avrebbe influenzato le sorti del diritto del lavoro italiano nel corso del primo Novecento, Ludovico Barassi, fornì a fine Ottocento il disegno di quanto la civilistica poteva offrire riflettendo congiuntamente su diritto e lavoro: non era moltissimo, ma era sicuramente molto di più del niente presente nel Codice civile del 1865. Il saggio di Barassi « Sui limiti della codificazione del contratto di lavoro » (12) può essere considerato come una sorta di manifesto della prima giuslavoristica italiana; un manifesto involontario, sintesi dei disagi del presente più che articolato programma per il futuro.

Di fronte ai convulsi dibattiti che rivendicavano un deciso intervento del legislatore al fine di offrire al *diritto operaio* un Codice del lavoro, un Codice permeato di socialità in opposizione al Codice civile individualista, Barassi offre come unico viatico per la nuova disciplina il silenzio e la fierezza di un'appartenenza da non porre in discussione, l'appartenenza al diritto civile. Il punto essenziale del disegno di Barassi è la continua evocazione della capacità della civilistica — fiera di una tradizione forte di duemila anni di storia e di una tecnica capace di scorgere *l'essenza immutabile degli istituti giuridici* — di far fronte ai cambiamenti senza compromettersi con l'intervento del legislatore, senza accettare la legge sociale come elemento fondante del nuovo settore (13). Barassi recide le aperture

---

darle spazio e a, diciamo così, legittimarla nella *loro* disciplina, considerandola come una tra le espressioni più autentiche del diritto del lavoro realizzatosi nell'Italia repubblicana.

(12) Il saggio fu pubblicato in *Il Filangieri* (1899) e poi riproposto integralmente come parte introduttiva per *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (Milano, Soc. Ed. Libraria, 1901). Quelle pagine sono ancora presenti, con alcune modifiche, nella seconda e più ampia edizione dell'opera (Milano, Soc. Ed. Libraria, vol. I, 1915; vol. II, 1917).

(13) Per uno svolgimento diverso dei dibattiti maturati alla fine del secolo, cfr. G. Solari, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980, che configura il « diritto sociale » come intermedio tra diritto pubblico e diritto privato, un diritto « che ha per oggetto non l'individuo come tale … ma come membro di una classe sociale, di un'associazione professionale » (p. 207); « il contratto di lavoro è …sottratto al diritto privato ed è diventato oggetto della legislazione sociale » (p. 216); il contratto di lavoro « tende nelle sue manifestazioni più moderne ad assumere forma collettiva » (p. 215).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del giuridico che avevano caratterizzato parte della civilistica di fine Ottocento e propone un discorso che è ricco di rifiuti: la sottolineatura dei limiti della codificazione del contratto di lavoro, quale inutile cristallizzazione delle relazioni giuridiche tra capitale e lavoro, si accompagna alla negazione di ogni commistione tra aspetti giuridici e aspetti sociologici, tra vera essenza del giuridico (« struttura vera », « parte immutabile » degli istituti) e parte « moderna », « contingente », « variabile » (14). La scienza trascura ciò che è transeunte e non stacca lo sguardo dalla struttura degli istituti, quella struttura che si trasforma solo grazie all'impercettibile lavorio di generazioni di giureconsulti. Solo elaborando e rielaborando lo stesso tessuto essenziale di princìpi, il giurista può assicurare una corrispondenza tra il diritto e le mutevoli esigenze della vita.

La realtà del lavoro industriale non modifica nella sostanza tale assetto: il civilista può affrontare le nuove relazioni semplicemente praticando il suo mestiere di sempre, confrontando i suoi princìpi con le esigenze della realtà sociale in atto, attento a « ossigenare » il diritto e a « rinsanguare » gli istituti, ravvivando la loro apparente immobilità con « la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita » (15). La nuova realtà delle relazioni lavoristiche non può — è questo il punto essenziale del messaggio del giovane Barassi — essere còlta scientificamente seguendo le imposizioni del legislatore, assecondando interventi settoriali volti a infrangere la complessiva unitarietà del diritto attraverso un riferimento particolaristico alla condizione sociale di una classe di persone, ponendo le disuguaglianze come base per una vaga regolamentazione sociale e per una crescente limitazione della libertà contrattuale.

La scelta di campo nel dibattito riguardo alle relazioni tra diritto e questione sociale (un dibattito vivacissimo negli ultimi decenni

---

Una rivendicazione di una disciplina autonoma del lavoro, fornita di « una teoria generale comune » e capace di superare « le barriere convenzionali fra il diritto pubblico e il diritto privato », può essere letta in L. RATTO, *I problemi del lavoro*, Prolusione all'anno accademico 1903-1904 nell'Università di Roma, in *Il contratto di lavoro*, 1904, pp. 1 e ss.

(14) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, pp. 4, 6, 10, 16.

(15) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 559; cfr. anche, nella seconda edizione, in particolare, vol. I, pp. XXXIX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'Ottocento (16)) è netta: la legislazione sociale, che aveva costituito sino a quel momento la punta più avanzata delle rivendicazioni di un diritto operaio (17), non può rappresentare l'asse attorno a cui aggregare la costruzione giuridica, né può fornire un nuovo angolo visuale privilegiato attraverso cui confrontare il diritto con i mutamenti sociali. Tale rifiuto della *giuridificazione* in materia di lavoro (18) ha — a dire di Barassi — il vantaggio di conservare inalterata la centralità della civilistica e quella del diritto comune come base essenziale della generalità dei rapporti giuridici. Lo studio dei rapporti di lavoro, nonostante gli eventuali interventi imperativi della legge (configurati come eccezionali) resta saldamente ancorato alle certezze del diritto comune delle obbligazioni e agli assetti (logici, naturali, spontanei) prodotti dalla libertà contrattuale (19).

Il giurista esclude dal suo orizzonte *l'intervento coattivo dello Stato*, frettolosamente classificato come diritto pubblico destinato a non incidere sul *vero diritto privato*, e propone come strumento di confronto tra il diritto e le trasformazioni sociali quanto era a disposizione della civilistica di fine secolo affrancatasi dalla « esegesi arida, fredda, astratta dei testi di legge » (20): l'elasticizzazione dei princìpi porge silenziosamente quanto chi, afflitto da una « smania innovatrice », esige attraverso « trasformazioni violente » (21); la paziente costruzione del sistema consente di « cogliere la vita palpitante » e di trovare « una espressione giuridica » ai « nuovi fenomeni che vanno assumendo vita » (22). Al di là, dunque, dell'enfasi

(16) Cfr. P. Grossi, *« La scienza del diritto privato ». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, in particolare pp. 55 e ss.

(17) Cfr. G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp. 167 e ss.

(18) Cfr. G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano* (1986), in Id., *Lavoro legge contratti*, cit., p. 343.

(19) Cfr. L. Barassi, *Consuetudine e contratto di lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 590.

(20) L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. XLV.

(21) L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, pp. 7.

(22) L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. 451. È significativo che sul punto Barassi richiami senza contrasti Sinzheimer: l'apertura verso la realtà sociale è insita nella progressiva estensione del sistema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posta sull'immutabilità dei princìpi di diritto comune, la scelta barassiana propone soprattutto l'idea di un'interazione tra diritto e realtà sociale realizzata dalla scienza e non dal legislatore, dal sistema e non dalla legge sociale; una scelta che è del tutto in linea con quella rivitalizzazione del ruolo dell'interprete che rappresentava il patrimonio culturale più prezioso della civilistica italiana tra Otto e Novecento (23).

Quali spazi esistono, seguendo i binari imposti da Barassi, per una scelta di autonomia giuslavoristica?

Il settore autonomo di studi è posto sotto tutela, rinserrato entro i confini del diritto civile di fine Ottocento. I confini di quel diritto comune civilistico (che è percepito come un tutto *immodificabile*) sono mobili, ma inevitabilmente segnati dal bagaglio delle convinzioni culturali di una civilistica improvvisamente posta di fronte alla complessità sociale delle relazioni industriali (24). Convinzioni contrastanti si sovrappongono: la diffusa consapevolezza dell'inadeguatezza del Codice civile individualista e l'esigenza di « ossigenare i testi di legge » si confondono con la perdurante esaltazione delle virtù insite nell'assetto spontaneo prodotto dal libero conflitto tra i singoli; la percezione delle novità presenti nelle forme collettive di conflitto si coniuga con il disinteresse verso quel tipo di conflitto ritenuto eversivo e pericoloso; l'estensione a fini di tutela di princìpi pensati per soggetti sempre uguali si scontra con l'affermazione per cui i temi di diretta rilevanza sociale sono sottratti alla lente del civilista. Le evidenze delle disuguaglianze tra i soggetti sono affermate e negate al tempo stesso: il giurista guarda alla forma del contratto di lavoro (uguale ieri come oggi) e si sforza di cogliere la cruda realtà disuguale del rapporto di lavoro senza nominarla, senza porla mai in primo piano, lenendo le piaghe più vive attraverso equità, buona fede, usi (25). Per quanto resi mobili dall'ossigeno dell'interpretazione di una scienza giuridica consapevole dei suoi

(23) Si cfr. sul punto i saggi di P. GROSSI raccolti in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(24) Cfr. M. GRANDI, *Diritto del lavoro e società industriale*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1977, pp. 3 e ss.; p. 6.

(25) Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumenti culturali, i confini di quel diritto civile restano ancora inadeguati a contenere i nuovi territori.

L'idea fondamentale attraverso cui configurare lo spazio di autonomia per il diritto del lavoro passa dunque attraverso l'elasticizzazione dei princìpi del diritto comune e, in particolare, l'uso ampio della clausola generale di buona fede. In questa zona l'opera del giurista deve permeare il Codice di socialità, sopperendo di volta in volta alle eventuali incongruenze delle forme del diritto individualista e uguale. Il vero vantaggio per la scienza — ripete Barassi — è proprio quello del silenzio della legge che offre la possibilità di affermare, partendo dai princìpi, un'intelaiatura sistematica per il nuovo contratto di lavoro e un'utilizzazione ampia di buona fede ed equità. Il massimo di libertà concessa a chi si muove in quella zona di confine segnata da pochissime regole, ma non è disposto a porre in discussione l'assolutezza di quelle regole, è in fin dei conti quella del buon senso borghese (26). Non si può chiedere di più: il diritto del lavoro non è infatti costruito *contro*, ma *entro* i princìpi del diritto comune di fine Ottocento. L'intangibile centralità del contratto di lavoro, da affermare sui frammenti della *locatio operarum*, rappresenta così la punta più avanzata della ricostruzione sistematica e, nello stesso tempo, il suo limite più forte: mai segnata a fondo dalle *eccezionali* limitazioni esterne imposte dagli interventi sociali del legislatore, quella zona rappresenta il piccolo universo entro cui il giurista individua il suo diritto del lavoro.

La configurazione di una complessiva unitarietà del diritto, tutta segnata dal primato della costituzione privatistica (sostenuta dalla convinzione per cui solo il diritto comune civilistico fosse *vero diritto*), spinge verso una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tanto netta quanto fragile: l'intervento del legislatore produce leggi speciali incapaci di incidere nell'assetto delle relazioni privatistiche tracciato nel diritto comune, produce una normativa

(26) La stessa « elasticità meravigliosa di questa meravigliosa concezione romanistica » (quella presente nell'art. 1224 del Codice civile del 1865) è utilizzata per attenuare le rigidità del diritto comune in entrambe le direzioni del rapporto di lavoro. Per un uso direttamente volto a impedire « iniquità » nei confronti dell'imprenditore si cfr., a mo' d'esempio, L. Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai fini dell'art. 1226 Cod. civile*, Addizione a G. Baudry-Lacantinerie, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, Milano, Vallardi, s.d., pp. 568 e ss. (la citazione è tratta da p. 587).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imperativa di diritto pubblico incapace di segnare la struttura essenziale delle relazioni lavoristiche che resta quella civilistica *di sempre*. L'analisi giuridica del nuovo territorio è pertanto caratterizzata dalla convinzione dell'impossibilità di un'interazione tra legge sociale (volta a limitare o ad escludere l'autonomia individuale) e diritto civile. L'intera ricostruzione di Barassi si fonda su tale vizio ricostruttivo profondamente radicato nella mentalità dei civilisti del periodo: l'intervento *coattivo* dello Stato non è da considerare ai fini del sistema civilistico, il limite all'autonomia dei privati non rappresenta un aspetto essenziale nemmeno del diritto del lavoro. Nella seconda edizione del suo *Il contratto di lavoro* Barassi riconoscerà la fragilità teorica di tale impostazione (27); ma essa aveva comunque segnato l'avvio della riflessione giuslavoristica italiana (e — come vedremo — sarà ancora a lungo utilizzata).

L'autonomia disciplinare è, dunque, soprattutto espressione di una rinnovata fiducia nella scienza giuridica: l'edificazione del nuovo settore non è affidata all'intervento *costitutivo* del legislatore; il silenzio del legislatore non è di ostacolo alla ricostruzione scientifica che è in grado di far nascere dal vecchio diritto nuovi princìpi. L'autonomia del diritto del lavoro non è ancorata al dato legislativo che è in qualche modo irrilevante per lo scienziato; così come — si afferma — la presenza di un Codice non è di per sé elemento sufficiente a fondare l'autonomia di un settore scientifico. La rigorosa difesa del diritto comune civilistico contro *le ingerenze* del legislatore non configura però una difesa della nuove forme di pluralità sociale (la nuova complessità del diritto dei privati) presenti nella società civile: la fiducia nella capacità della scienza è infatti anche fiducia nell'armonia della conflittualità tra i singoli regolata dai meccanismi *perenni* del diritto civile. L'estremismo civilistico ingenuo (di cui, come abbiamo visto, lo stesso Barassi ha piena consapevolezza) che spinge a espellere la legge sociale dall'area del

(27) « non mi pare che … si possano assegnare queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato? » (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. 330).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto del lavoro è sostenuto soprattutto da un'immutata fiducia nel diritto civile come vera costituzione dei rapporti tra i singoli, da un'immutata fiducia nella naturale composizione armonica della conflittualità tra individui, da un'immutata configurazione del valore *sacrale* della libertà contrattuale (28).

La rivendicazione di autonomia entro il diritto comune civilistico si fonda, in sostanza, su un modello antiquato di confronto con il legislatore e su un confronto, non meno antiquato, con la nuova complessità sociale. Ne nasce un diritto del lavoro monco, il cui ordine scientifico è tutto centrato sul contratto e completamente privato dell'apporto *eccezionale* della legislazione sociale e della vivacità *anomala* del diritto sindacale. In tale contesto la configurazione di un'autonomia del diritto del lavoro si pone soprattutto come atto di presunzione di una civilistica convinta di poter far fronte alle trasformazioni in corso attraverso le capacità espansive del sistema e ignorando i nuovi protagonisti in campo: il ruolo modernizzante dello Stato legislatore e la vitalità del pluralismo sociale delle associazioni sindacali.

Da questo punto di vista, la prima riflessione giuslavoristica rispecchia, ingigantendoli, i limiti che contrassegnavano l'intera cultura giuridica italiana del periodo. Si pensi, riguardo al primo dei due punti ora menzionati, a quella sorta di ingenuo stupore che coglie anche giuristi di rango quando analizzano il fenomeno della legislazione eccezionale di guerra e, a più di un secolo dalla Codificazione, scoprono *la potenza del legislatore*, il ruolo modernizzante (29) della normativa intervenuta in molti campi a tagliare con la spada nodi teorici su cui la scienza giuridica dibatteva da anni, i nuovi confini delineati da quelle norme anche per il diritto privato, l'affiorare di nuovi princìpi completamente svincolati dalla logica del sistema del Codice del 1865 (30). E, sull'altro versante, si pensi al

(28) Si cfr. in merito le osservazioni di Bruno Veneziani (B. VENEZIANI - G. VARDARO, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, pp. 468 e ss.).

(29) Riguardo alla « commistione di modernità e repressione che contraddistinse l'intervento statale in tempo di guerra » si cfr. la sintesi di G. PROCACCI, *L'Italia nella grande guerra*, in G. SABBATUCCI e V. VIDOTTO (a cura di), *Storia d'Italia*, 4*: Guerre e fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 38 e ss.; p. 41.

(30) Si cfr. la nota prolusione di F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diffuso disagio (e alle scomposte reazioni) generate dalla vivacità del pluralismo sociale di gruppi che, volti a costituirsi *in una cerchia indipendente*, evidenziavano la crisi dello Stato moderno e la fragilità dell'armamentario teorico sin lì utilizzato per cogliere la realtà sociale (31); un disagio che — com'è noto — genererà un dibattito che confonderà ampie innovazioni nella rappresentazione giuridica

---

confini del diritto privato (1919), in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 337 e ss.; e, in particolare, il richiamo alle « forme di protezione » attuate dalla legislazione sociale prima della guerra che avevano reso « incompiuta la definizione privatistica dell'istituto »: « l'aspetto di diritto pubblico si rivela in una molteplicità di ingerenze e di compiti della pubblica amministrazione, per cui l'interesse dell'operaio è realizzato non tanto dalla volontà riconosciuta e protetta dalla legge, quanto, e prima ancora, dall'attività concreta della pubblica amministrazione ». Pertanto « se anche l'istituto conservi il nome tradizionale o la sua casella nel sistema di diritto privato, la sua essenza di diritto privato ne è mutata, e anzi tolta » (*ibidem*, pp. 341 e 342). Una visione questa della "riduzione del diritto privato" che è completamente sconvolta dalla legislazione eccezionale di guerra: « non sono chiusi i confini fra diritto privato e diritto pubblico »; « … non v'è istituto il quale per la sua particolare natura abbia ad essere piuttosto di diritto privato che di diritto pubblico. La distinzione è puramente di diritto positivo… tutto dipende dalla valutazione che ne fa il legislatore in un dato momento » (*ibidem*, p. 346).

(31) Il riferimento va ovviamente a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) e a *L'ordinamento giuridico* (il noto passo parafrasato nel testo è — nell'edizione Firenze, Sansoni, 1962 — alla p. 113). Dell'ampia letteratura esistente sul punto è qui sufficiente richiamare S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "l'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffré, 1974, pp. 21 e ss.; ma in particolare p. 48 riguardo ai nessi tra le due opere di Romano menzionate sopra. Si veda anche L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 29 e ss. Il collegamento tra "crisi dello Stato moderno" e creazione di un nuovo ordine giuridico diventerà — com'è noto — uno dei luoghi comuni dei dibattiti giuridici sul corporativismo, accompagnati dallo scontro tra pluralità e statualità degli ordinamenti; cfr., per tutti, G. MAZZONI, *Introduzione al diritto corporativo. I presupposti. L'ordinamento. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1941, pp. 72 e ss.: la crisi dello Stato si è manifestata nella « tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno "una cerchia indipendente" »; la soluzione è stata la creazione dell'ordinamento corporativo che « coordina e riassorbe nello Stato, imprimendovi così il carattere della statualità, le numerose e spontanee energie sociali » che debbono perseguire gli stessi fini dello Stato. Sulla questione si cfr. comunque *infra*, in particolare al paragrafo 7. In generale sul tema crisi dello Stato/corporativismo si cfr. le osservazioni di L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 21 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della società civile e antichi timori per un « ritorno di particolarismo e di egoismo di classe…, grave regresso verso le forme medievali di ordinamento politico » (32).

I limiti intrinseci alla proposta di autonomia scientifica endocivilistica erano dunque tracciati nella stessa cultura giuridica dominate che senza difficoltà percepiva il progetto *puramente civilistico* come l'unico modello giuridico di confronto con le nuove relazioni lavoristiche. Naturalmente non mancarono approcci più sofisticati del fortunato manifesto del giovane Barassi; ma essi, pur complicando le linee del disegno lì tracciato, non riuscirono a alterarlo nella sostanza e a fornire un modello alternativo a quello della preminenza dei princìpi del diritto comune civilistico (33).

Un giurista che non amava gli astratti proclami, Enrico Redenti, prestò attenzione a quanto accadeva nella prassi della giurisprudenza probivirale e, contro ragionamenti posti « *a priori* », criticò una scienza « la quale in questo campo ha costrutto finora senza una larga e solida base di esperienza e di insegnamenti della pratica » (34). L'approccio empirico è essenziale per cogliere la struttura di un contratto di lavoro che, pur restando « l'elemento semplice fondamentale, la

(32) Così una delle voci che si stagliano più nette nella difesa di « un impianto costituzionale sostanzialmente immobile » e di una visione « statocentrica », ma che qui ripropone un luogo comune anche ai sostenitori di tesi differenti: O. Ranelletti, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (in *Rivista di diritto pubblico*, 1920), ora in Id., *Scritti Giuridici scelti*, V, *L'organizzazione pubblica*, Napoli, Jovene, 1992, p. 135. Si cfr. anche O. Ranelletti, *I sindacati e lo Stato* (prolusione al corso di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione nella R. Università di Napoli, 9 febbraio 1920), ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, I, pp. 371 e ss. (dal saggio introduttivo di B. Sordi, *Un giurista ottocentesco,* a questo primo volume della raccolta, è tratta la citazione all'inizio della nota, p. XVII). Riguardo al dibattito sullo Stato sindacale si cfr. S. Cassese - B. Dente, *Una discussione nel primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, 1971, pp. 959 e ss.

(33) Il progetto di autonomia endocivilistica del diritto del lavoro sarà — come vedremo — mantenuto fermo da Barassi anche negli anni del fascismo attraverso una serie di distinzioni ruotanti attorno alla divisione tra diritto privato e diritto pubblico. Cfr. *infra*, in particolare, al n. 6 e al n. 8 (riguardo alla posizione di Barassi nel periodo "post-corporativo").

(34) Cfr. E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (Roma, 1906), Torino, Giappichelli, 1992, p. 144. Sulla questione si cfr. ampiamente nella Introduzione premessa al citato volume dal curatore: S. Caprioli, *Redenti giurista empirico*, pp. 3 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cellula dell'ordinamento giuridico del lavoro » (35), si presenta come un contratto *definito* ma non *regolato* dal Codice civile (36). L'attenzione per l'attuazione concreta dei rapporti di lavoro e l'audacia in alcune scelte ricostruttive (37) non eliminano, però, le consonanze con il disegno barassiano. Ad accomunare sensibilità così diverse è la stessa insofferenza verso chi propone rivoluzioni nei princìpi giuridici (38) e verso « certi apostoli della legislazione sociale » (39), la stessa attribuzione di una preminenza assoluta ai princìpi fissati da una fonte normativa previamente definita priva di regole. La *rivoluzione* nei princìpi impedisce « la piena ed integrale esplicazione del sistema vigente » e « riesce verosimilmente a ritardarne o forse fuorviarne l'evoluzione » (40): compito della giurisprudenza probivirale è di mantenersi « nell'àmbito del diritto vigente », come compito del giurista — anche del giurista consapevole delle iniquità collegate alle « premesse economico-giuridiche, cui si informa la nostra società, soprattutto dei princìpi della uguale libertà e della proprietà privata del capitale » (41), e della « artificiosità » di un sistema di certezza contrattuale fondato sulla piena libertà del consenso dell'operaio (42) — è quello di rintracciare la fonte normativa di ogni obbligo (43), resta

(35) E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, I, p. 358.

(36) E. REDENTI, *Sulla "funzione delle magistrature industriali"* [Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri], poi in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, 1962, pp. 613 e 622.

(37) Cfr., ad esempio, E. REDENTI, *Sul diritto di sciopero e sul concetto di interesse professionale* (1909) in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, cit., pp. 677 e ss. Si cfr. sul punto U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia* (1973), in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 137 e ss.

(38) « Non è logicamente concepibile che si possa compiere una *rivoluzione* nei princìpi (e cioè nella stessa costituzione sociale) ad occasione e nei limiti di un singolo contratto nominato di diritto civile » (E. REDENTI, *Sulla "funzione delle magistrature industriali",* cit., p. 615).

(39) E. REDENTI, *Sulla "funzione delle magistrature industriali",* cit., p. 616 in nota.

(40) *Ibidem*, p. 615.

(41) *Ibidem*, p. 616.

(42) Una consapevolezza questa che deve comunque restare estranea alle valutazioni, *de jure condito*, poste dal giurista. Cfr. E. REDENTI, *Sulla "funzione delle magistrature industriali",* cit., p. 613 in nota.

(43) « La sua cultura giuridica — nota Veneziani — non poteva esimerlo dal

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunque quello di impedire che il pericoloso strumento dell'equità possa giungere, una volta posto nelle mani di giudici non togati, a prevalere sulla stessa legge e a falsare l'evoluzione lenta e naturale dei princìpi (44).

Le dense pagine di Giuseppe Messina sulla contrattazione collettiva rappresentano quanto di meglio offra la civilistica degli inizi del secolo allorché finalmente *incrocia* il diritto sindacale (45). Anche Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore ed esige soprattutto una puntuale disamina del diritto vigente (46). La cautela, nel suo caso, nasce dalla fiducia nei confronti degli strumenti di autotutela collettiva; una fiducia che è un'erba rarissima nell'orto della civilistica degli inizi del secolo: « noi crediamo all'associazione quale strumento di difesa professionale e di progresso economico »; « l'intervento protettivo della legge a favore dei deboli non può avere che funzioni di profilassi indiretta… Ma il rimedio diretto ed efficace non può attendersi … se non dalla organizzazione stessa dei deboli, dalla coalizione delle loro forze » (47). Messina è attento a calare il contratto nel gioco delle forze sociali ed economiche in campo, attento a cogliere la mentalità degli interlocutori organizzati e le « anacronistiche convinzioni » che caratterizzano imprenditori adagiati nella miope difesa della loro « autonomia » (48); e non ha incertezze nel proporre il rimedio: il supera-

---

ricercare il fondamento giuridico di ogni responsabilità, la fonte normativa di ogni obbligo » (B. VENEZIANI - G. VARDARO, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, cit., p. 476).

(44) E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri,* cit., p. 359.

(45) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 73.

(46) « S'è invocata la necessità dell'intervento del legislatore senza prima rendersi conto di quanto il diritto vigente ci dà al riguardo ». G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), in ID., *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 4.

(47) G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., p. 9 testo e note.

(48) Guarda « alle difficoltà che i contraenti incontrano a ben intendersi nelle trattative, guidati come sono o da una diffidente prevenzione o dall'ignoranza delle condizioni effettive e dei bisogni reali della parte avversaria » e nota la « convinzione anacronistica, persistente in certi imprenditori, padroni dei mezzi di produzione e di un *diritto al lavoro* dei salariati » volta a configurare la conclusione del « contratto di tariffa » come una menomazione della loro autonomia (G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., p. 16).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento dell'isolamento dell'operaio, la contrapposizione al datore di lavoro della « pressione di una coalizione » (49). L'analisi di quanto il diritto vigente offre e le esigenze dei "deboli coalizzati" stentano però a trovare un equilibrato punto di incontro (50). La configurazione di Messina del concordato di tariffa come *atto complesso* è proprio un generoso tentativo di superare, già nel diritto vigente, i limiti intrinseci ad una visione "atomistica" del diritto; ma la possibilità accordata dal diritto vigente « di concludere validamente un contratto di lavoro difforme dalle tariffe da cui le parti sono vincolate » si rivela ostacolo insormontabile e « tale … da minacciare nel suo sviluppo vitale il contratto collettivo » (51). Non resta dunque che affidarsi a soluzioni legislative (52); anche se tale progetto si scontra con un legislatore bloccato ancora dalla « esagerata fiducia … nel principio dell'intangibilità della libertà contrattuale » (53). L'opera di Messina resta così stretta tra la puntuale verifica dell'impotenza della normativa individualistica di diritto comune a dare una configurazione giuridica appropriata alle nuove forme di autonomia collettiva e la richiesta di una *lex publica* idonea a

(49) G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., p. 19.

(50) « Il precetto della norma giuridica opera sempre con la ipotesi che di fronte al datore di lavoro si trovi soltanto un unico operaio: le masse lavoratrici, raggruppate in imprese o stabilimenti giganteschi, non esistono per esso che come somme di individui »; « la volontà collettiva, necessitata a rifugiarsi sotto uno schema idoneo a raccogliere soltanto la volontà individuale, ne resta compresa e snaturata »; « la considerazione puramente atomistica non permette … che si tenga conto a sufficienza degli intenti di solidarietà, da cui si manifestano cementate le singole unità personali che compongono il mestiere e l'industria ». G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa* (1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1986, pp. 113 e 114. Si cfr. anche la nota introduttiva di U. ROMAGNOLI, *I "concordati" di Giuseppe Messina*, in *ibidem*, pp. 107 e ss.

(51) G. MESSINA, *I "contratti collettivi" ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 72.

(52) Cfr. C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Otto e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., pp. 144 e ss., p. 152.

(53) G. MESSINA, *I "contratti collettivi" ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, p. 81. Si cfr. sul punto L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 173 e ss. (e poi in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, pp. 247-286).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risolvere il problema dell'inderogabilità del *contrahere* collettivo. Un dilemma cruciale che metteva a nudo i limiti presenti sia nelle visioni pancivilistiche che nei progetti di intervento legislativo, ma che si esauriva nella denuncia e non riusciva a fornire parole d'ordine per rivendicare quella scienza giuslavoristica autonoma che pur era possibile intravedere in controluce (54). Le pagine di Messina, volutamente contenute entro una dimessa veste tecnica, non fornivano certo un manifesto programmatico capace di condizionare in quegli anni una civilistica che non comprendeva o non intendeva ascoltare (55).

3. *Intervento dello Stato e « sindacalismo puro ».*

Nel quadro caratterizzato dalla preminenza del modello individualistico del diritto comune civilistico si può collocare anche l'apporto di Francesco Carnelutti al diritto del lavoro. Il personaggio — com'è noto — è ingegnoso, complesso e versatile; tanto versatile da rendere difficile ogni operazione volta ad isolare il suo contributo ad un solo àmbito disciplinare del giuridico, anche quando — come nel caso del diritto del lavoro — si tratta di un settore cui dedicò un'attenzione costante, costellata di solide analisi tecniche e soprattutto di programmi, metafore e parole d'ordine spesso fortunate. Alle minuziose e innovative ricostruzioni del periodo giovanile volte a trarre nuovi princìpi di diritto dall'analisi della legislazione sociale, si succederanno negli anni del fascismo prese di posizione come

(54) Mi pare eccessivo però rimproverare a Messina di non aver saputo risolvere quel dilemma andando oltre il suo tempo per « prospettare interventi legislativi riformatori di promozione o almeno di sostegno della nuova realtà sociale » (G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985, p. 62).

(55) Si veda, a mo' d'esempio, la difesa a tutto tondo del « trattamento giuridico atomistico », accompagnata da una serrata critica nei confronti della « sistematica artificiosa » volta a superarla (« una sistematica da prestigiatore che riesce a nascondere più oggetti in uno solo come se un solo oggetto complessivamente sussista ») in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. II, pp. 98 e ss. La critica è accompagnata, nello stesso tempo, dalla solita convinzione riguardo all'inutilità di una legge volta a disciplinare un istituto « ancora in pieno processo formativo »: « c'è il rischio che una legge, rigida necessariamente nelle sue linee, soffochi o comprima l'istituto nascente, anziché favorirne lo sviluppo. Gli usi invece possono plasmare il concordato più liberamente » (*ibidem*, pp. 285 e 286 in nota).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre acute, ma sempre più roboanti e ambigue; e infine negli anni del post-corporativismo il prolungato rapporto tra Carnelutti e il diritto del lavoro si chiuderà all'insegna del rimpianto e dell'incomprensione: rimpianto per forme *pacifiche* di composizione dei conflitti da contrapporre al ritorno della « guerra » dei sindacati, incomprensione di fronte al dettato costituzionale, attaccato per il riconoscimento del diritto di sciopero col ricorso ad una « retorica apocalittica » (56).

Gli apporti di Carnelutti al diritto del lavoro sono dunque dislocati in un arco temporale molto ampio, ma il suo manifesto per la disciplina è delineato soprattutto nei suoi scritti giovanili; gli interventi successivi rappresentano una sorta di necessario sviluppo di quell'iniziale progetto tutto radicato nella crisi dell'onnicomprensività del concetto del diritto comune civilistico. L'opera di Carnelutti intreccia infatti gli aspetti più avanzati cui poteva giungere l'elaborazione sistematica del diritto comune e le incomprensioni culturali della civilistica *tradizionale* nei confronti delle nuove realtà sociali incontenibili entro gli schemi consolidati; un intreccio spesso difficile da dipanare, ma che può essere in qualche modo compreso inseguendo il tema dell'intervento dello Stato sulla società civile e i termini della relazione tra diritto privato e diritto pubblico: tra il Carnelutti giovane che si accosta al diritto del lavoro con un atteggiamento di insofferenza verso la superficialità della distinzione pubblico/privato e il vecchio maestro che con decisione oppone al diritto del lavoro civilistico di Santoro Passarelli (ancora) un diritto corporativo di squisita marca pubblicistica c'è un filo di continuità, interamente segnato dalle contraddizioni presenti nel progetto tracciato nei primi decenni del secolo.

Gli scritti di Carnelutti in tema di infortuni sul lavoro rappresentano il confronto più serio e articolato rintracciabile nella civilistica di quegli anni con le leggi sociali: l'intervento dello Stato non è più relegato in un angolo appartato, ma diviene un prezioso punto di osservazione per scorgere le trasformazioni in corso e fare emergere un sistema più ampio, espressione di un diritto del lavoro che

(56) Così U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti (1879-1965)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, p. 126; ma si cfr. soprattutto, ID., *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, pp. 419 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pare finalmente abbandonare i binari entro cui in quegli anni lo costringeva Barassi. Mentre nella disputa sul contratto di lavoro come locazione o vendita di energie, Carnelutti è incapace di liberarsi dalle alchimie del diritto civile patrimoniale (57); negli scritti in tema di infortuni egli fa affiorare appieno nuove sensibilità. Le poche pagine introduttive alla raccolta di scritti sugli infortuni presentano un disegno chiaro e ambizioso: nei *princìpi* presenti nella normativa *speciale* si deve scorgere un nuovo diritto che complica il diritto comune civilistico e ne accelera la trasformazione. La proposta è semplice: i giuristi devono distogliere lo sguardo dal Codice per « frug[are] con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali » (58); devono abbandonare interpretazioni fondate sui criteri aprioristici della *generalità* e della *eccezionalità* per guardare « al diritto che vive nella coscienza collettiva, sia o non sia scritto nelle pagine dei codici », « al diritto *latente* … che sta, indipendentemente dalle norme dei codici nell'intimo della vita sociale » (59). Non è più sufficiente appagarsi delle linee sistematiche del diritto comune civilistico e della *immutabilità* dei suoi princìpi di fronte alle sempre più ampie *eccezioni*; occorre una costruzione sistematica composita, adeguata a far fronte a quanto, prima che le norme, la realtà sociale pone sotto gli occhi dei giuristi. Chi si avventuri nei nuovi territori smettendo di considerarli « come una specie di terra infeconda », si renderà conto — scrive Carnelutti — che « il diritto che nasce » è incontenibile nella sfera della *eccezionalità* e non è classificabile ricorrendo alla « comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico del suo contenuto », vedrà che grazie alla « pressione di istituti speciali su istituti di diritto comune » si sta realizzando una grande trasformazione (60).

Le semplicistiche distinzioni poste a sostenere l'intelaiatura di

(57) Cfr. F. Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, pp. 354 e ss. (poi in Id., *Studi di diritto civile*, Roma, Athenaeum, 1916, pp. 179 e ss.).

(58) F. Carnelutti, *Introduzione*, a *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, Athenaeum, 1913, p. XIV.

(59) F. Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge su gli infortuni* (1904), in *Infortuni sul lavoro*, cit., pp. 9 e 10.

(60) F. Carnelutti, *Criteri di interpretazione,* cit., pp. 8 e ss.; e nell'*Introduzione*, pp. VII e VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un diritto del lavoro innocuo ospite entro la fortezza del diritto comune civilistico sono dunque respinte. Il diritto del lavoro non è una mera espansione dei princìpi giuridici consolidati, il giurista deve essere disposto a rivedere le sue certezze per ricercare « la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti di diritto del lavoro » (61); una coordinazione tra princìpi aventi dignità uguale perché la legge sociale non va considerata come « una legge di favore » ma come « un principio di diritto » (62). L'intervento sociale dello Stato incide, dunque, sui *concetti fondamentali del diritto privato* e non è relegabile in una transeunte sfera pubblicistica. La scienza giuridica « imperturbabilmente borghese », chiusa nel suo atteggiamento « quasi indifferente » nei confronti dei « problemi giuridici del lavoro » (63), è invitata a prendere atto della nuova complessità dell'ordinamento.

La legge speciale dello Stato aiuta pertanto a cogliere la complessità del sociale, genera nuovi sistemi che il giurista deve saper cogliere andando al di là dei suoi schemi consolidati, al di là della *comoda imprecisione* della distinzione tra pubblico e privato. Tale sensibilità verso le trasformazioni in atto e tale considerazione innovativa dell'intervento dello Stato nell'àmbito del diritto comune civilistico subiscono in Carnelutti un'immediata torsione nel momento in cui l'attenzione si sposta verso il fenomeno sindacale per coglierne, diciamo così, l'essenza giuridica. Di fronte al fenomeno della conflittualità tra gruppi organizzati il filo conduttore del discorso muta per proporre, ancora in base alla separazione tra diritto pubblico e diritto privato, la consolidata rappresentazione di un intervento *pacificatore* dello Stato atto a regolamentare un fenomeno *primitivo*, di per sé non configurabile in termini giuridici.

(61) F. CARNELUTTI, *Introduzione* a *Infortuni sul lavoro,* cit., p. XIV.

(62) F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione,* cit., p. 31. Ed esempi concreti di coordinazione sono forniti dallo stesso Carnelutti: attraverso la legge sugli infortuni si può notare un diverso inquadramento scientifico in temi anche lontani dal settore direttamente riformato, dalla responsabilità al contratto di lavoro, ai diritti successori. Insomma: « chi ami aguzzare lo sguardo in cerca di tracce segrete del diritto futuro » potrà scorgere « una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato » (F. CARNELUTTI, *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, in ID., *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 159).

(63) F. CARNELUTTI, *Introduzione* a *Infortuni sul lavoro,* cit., p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'intervento dello Stato qui non aiuta a cogliere i nuovi fermenti presenti nella vita sociale, ma è mera (*necessaria*) imposizione di un ordine *evoluto* al conflitto tra i gruppi; un ordine che è — a dire di Carnelutti — condizione indispensabile perché quel settore di conflittualità *anomala* possa essere considerato in termini giuridici. In sostanza, in presenza del fenomeno dell'autonomia collettiva, di fronte a forme di conflittualità tra gruppi che non riesce a comprendere, il discorso si sdoppia. Il filo conduttore dell'analisi non è più dato dalla ricerca, oltre il Codice e oltre i confini consolidati del diritto comune civilistico, di un assetto giuridico corrispondente alla mutevole coscienza sociale, ma dalla difesa di uno stereotipo di conflittualità tutto ricalcato sul modello ottocentesco di un provvidenziale scontro tra i singoli come unica espressione del giuridico; un modello che è ripetutamente opposto al nuovo e destabilizzante conflitto tra gruppi organizzati che, non a caso, è evocato attraverso un continuo riferimento a metafore belliche (usate per invocare la *quiete* del diritto) (64).

Se il diritto del lavoro di Barassi è reso monco dall'incapacità di teorizzare un sistema svincolato dalla centralità del Codice e dei suoi princìpi, il *nuovo diritto del lavoro* di Carnelutti va al di là del Codice, ma non è poi in grado di accogliere nel diritto privato i nuovi fenomeni e li respinge con altrettanta nettezza. L'autonomia scientifica del diritto del lavoro è, insomma, liberata dai tratti rigidi impressi da Barassi i cui schemi appaiono palesemente inidonei a contenere le fonti trascurate e a giustificare le espulsioni e le eccezioni, ma il nuovo assetto stenta a trovare una sua composizione oltre la rappresentazione *puramente civilistica*. Il diritto del lavoro proposto da Carnelutti è limitato cioè dalla sua incapacità di confrontarsi con una dimensione estranea al modello individualistico e al suo scontro virtuoso tra cittadini proprietari che, loro sì veramente liberi, regolano i loro assetti di interesse in base a forme di conflittualità *evoluta, seria, quieta*. Privo delle certezze ottenibili con

(64) Riguardo alla « invincibile diffidenza per qualsiasi forma stabilmente organizzata e non meramente individuale assunta dalle relazioni tra capitale e lavoro » e riguardo al « linguaggio ricco di metafore belliche » tra Otto e Novecento, si cfr. G.C. JOCTEAU, *L'armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell'Italia liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1988, in particolare pp. 183 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le distinzioni di Barassi, il discorso entra in una sorta di circolo vizioso: esige il riferimento ad un diritto del lavoro più ampio, comprensivo anche del diritto sindacale, ma nello stesso tempo tende a negarlo. Al pari della legislazione sociale il diritto sindacale non può essere ignorato; il guaio è però che quel diritto non può essere neppure accolto nel sistema civilistico: più che un nuovo sistema, il diritto dei gruppi mostra infatti la fine della struttura ordinante del diritto civile, la negazione dei presupposti economico-sociali cui il giurista sente di non poter rinunciare, la proprietà e il contratto.

Per affermarsi anche il diritto del lavoro di Carnelutti è quindi costretto a scindersi: a fronte del *diritto del lavoro privato*, si potrà cogliere giuridicamente (dopo l'indispensabile intervento ordinante dello Stato) *un diritto del lavoro pubblico*. Il diritto del lavoro legato al versante della conflittualità dei gruppi diviene *pubblico* perché è giuridicamente visibile solo dopo *la pace* imposta dallo Stato. È solo *il trattato di pace* che consente di pensare in termini giuridici l'intero fenomeno sindacale. Dissolta di fronte ai princìpi di diritto presenti nelle leggi sociali, la distinzione tra pubblico e privato resta, dunque, lo schema ordinante che fa emergere il diritto del lavoro, facendolo convivere con le certezze della costituzione civilistica. Un filo di continuità lega, da questo punto di vista, le pagine "profetiche" di Carnelutti in tema di intervento dello Stato sul fenomeno sindacale antecedenti al primo conflitto mondiale (65) e la sua successiva attenzione verso il corporativismo fascista (66).

---

(65) Si cfr. soprattutto F. CARNELUTTI, *La nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1911, 1, in particolare pp. 407 e 408. Si cfr. la puntuale analisi di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 382 e ss.

(66) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 384: « … le successive (e ripetitive) argomentazioni corporativistiche intorno all'intervento dello Stato sul conflitto e ai suoi presupposti coincidono sostanzialmente con le linee che Carnelutti, agli inizi del nostro secolo, fissava esprimendo a sua volta una precisa continuità con l'immagine dell'azione statuale familiare alla giuspubblicistica antecedente ». Espressione di sensibilità e di miopie, la partizione pubblico/privato guiderà Carnelutti negli anni successivi, consentendogli di combinare assieme partecipazione e distacco nei confronti delle scelte del fascismo: partecipazione nei confronti di una *depurazione del sindacalismo*, verso la necessaria fissazione per legge di un *sindacalismo puro* (condizione indispensabile per garantire proprietà e contratto); ma, nello stesso tempo, distacco

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il diritto del lavoro diviene così comprensibile solo nell'ottica del sindacalismo *depurato*. Scrive Carnelutti nel 1927: « Il processo di depurazione del sindacalismo è compiuto. Noi abbiamo oggi, in Italia, il sindacalismo puro »: il « sindacato puro » ottiene la sua « funzione vera », quella di operare una giusta ripartizione della ricchezza tra i diversi fattori della produzione. Abbattute le illusioni della « nascita e adolescenza », il sindacalismo può finalmente svolgere, utilizzando il contratto collettivo, la funzione di « comandare veramente ai terzi » e mostrare così quelle nuove forme di rappresentanza idonee a colmare « la crisi della legislazione negli Stati moderni » e a dare dignità alla categoria dei lavoratori-produttori, riscattandoli dal rango di meri consumatori (« il cittadino non esercita la sua parte di funzione sovrana *perché consuma*, ma *perché produce* ») (67). « Ho scritto queste cose — così conclude — perché si intenda bene che il "diritto del lavoro" oggi in Italia è una cosa assai più vasta e complessa che non fosse ieri… Una volta il diritto del lavoro era soltanto una parte del diritto privato: riguardava la disciplina di quella che noi giuristi chiamiamo ancora la *locazione di opere…* Oggi il diritto del lavoro è penetrato nel cuore del diritto pubblico (…) ». Oltre al diritto che regolamenta il rapporto tra gli uomini (*diritto interindividuale*) e a quello che regola i rapporti tra i popoli (*diritto internazionale*), si può finalmente cogliere una « nuova forma o una terza dimensione del diritto »: il diritto che regola « i rapporti tra le classi », « un terzo piano del diritto, il *diritto intersindacale*. Or questo è, almeno in gran parte, il diritto del lavoro » (68).

La costruzione giuridica del nuovo settore del diritto può essere complessa solo perché è nel *cuore del diritto pubblico*, perché è sostenuto da una solida linea ordinante imposta dallo Stato che, fissando i confini, permette al *terzo piano del diritto* di non porre in discussione i *monumenti* della tradizione giuridica (la proprietà e il

---

imposto dall'ovvietà giuridica di quell'operazione da leggere come una necessità interna del giuridico e non come espressione di una scelta legata a un particolare regime politico. Con disarmante candore Carnelutti potrà dire, di fronte all'assetto del fascismo, come di fronte alla Costituzione repubblicana, che il giurista non ha in fondo cose nuove da dire.

(67) F. Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, pp. 4 e ss. (citazioni dalle pp. 5; 7; 8).

(68) F. Carnelutti, *Sindacalismo*, cit., p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contratto) (69). Una volta depurata la nuova realtà sociale non è più destabilizzante e può essere accolta: il contratto collettivo espressione di un *sindacato puro*, immunizzato dal « *virus* della guerra », può così mostrare al giurista nuovi orizzonti (70), indicare « una nuova terra da conoscere » (71). Il nuovo territorio, su questo non ci sono dubbi, è un territorio pubblicistico (72): la nettezza dell'appartenenza vale come invito a « una *bonificazione giuridica* di queste terre appena emerse » (73); ma vale anche come costante presa di distanza nei confronti di quelle visioni volte a prendere il corporativismo così sul serio da travolgere completamente le certezze privatistiche, come rifiuto di « questa abominevole e sconclusionata retorica che inneggia alla scomparsa dell'uomo nel diritto » (74).

---

(69) L'inciso che chiude il saggio sul *Sindacalismo*, per quanto ridondante, è essenziale a spiegare il senso di un itinerario: « Ciò che bisogna capire e sapere prima di tutto è come e perché queste nuove formazioni della storia integrino ma non distruggano i due monumenti più insigni della nostra civiltà giuridica, che sono la *proprietà* e il *contratto* » (F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, cit., p. 9).

(70) « Il contratto collettivo … opererà a spese del contratto individuale e della legge »; « il contratto collettivo sarà destinato, in gran parte, a surrogare alla c.d. legislazione protettiva degli operai ». F. CARNELUTTI, *Contratto collettivo*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 181 e ss. (citazioni dalle pp. 181 e 184).

(71) La legge del 3 aprile del 1926 ha — ripete Carnelutti — « a guisa di un profondo movimento sismico » inciso nella « teoria generale del diritto »: « … più di tutto sono le distanze o le proporzioni fra le forme note e classiche del comando giuridico, cioè tra la legge, la sentenza, il negozio e, in particolare, il contratto, che si spostano, si accorciano e sembra perfino, in certi punti che siano svanite ». F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, 1, p. 142.

(72) F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi* (Roma 2/3 maggio 1930), Roma, Ed. del Diritto del lavoro, 1930, vol. I, *Relazioni*, pp. 35 e ss. Naturalmente la ricostruzione giuridica è possibile in quanto è cessato il « disordine »: la legge del 3 aprile del 1926 ha instaurato « il regno del diritto » (*ibidem*, p. 44). Ma si cfr. anche F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. Lezioni di diritto industriale*, Padova, Cedam, 1927, in particolare pp. 61 e ss.

(73) *Bonificazione giuridica* significa porre una visione più tecnica, *pura* del nuovo ramo dell'ordinamento: « Neanche nelle sue parti più conosciute la scienza del diritto pubblico ha forse ancora raggiunto quel grado di purezza che possiede (si intende, per ragioni di età) la dottrina del diritto privato ». F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 144.

(74) F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 143. È un difficile punto di equilibrio che Carnelutti si sforza di mantenere anche discutendo di questioni tecniche:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'intero assetto del diritto corporativo vale, dunque, nell'ottica di Carnelutti a realizzare l'*integrazione* e *non la distruzione* dei princìpi consolidati nel diritto individuale. Ad emergere con maggior vigore è, però, soprattutto l'esigenza di non distruggere le certezze della costituzione privatistica ponendola a diretto contatto con il fenomeno della conflittualità tra gruppi e con forme di socialità non immediatamente riducibili entro il consolidato bagaglio culturale della tradizione giuridica di stampo individualistico. Nel Secondo convegno di studi corporativi la questione diviene l'oggetto di un'accesa disputa i cui termini, spogliati dalla retorica del momento, possono essere utili per inquadrare il percorso giuslavoristico di Carnelutti. Nella sua relazione Arnaldo Volpicelli si scaglia con forza contro l'approccio debole di Carnelutti al corporativismo, facendone il campione degli studiosi intenti a uno sviluppo tradizionale del diritto, a una visione « logica » completamente incapace di prescindere dagli schemi di stampo individualistico (75). Il corporativismo di Carnelutti — argomenta Volpicelli — è viziato da una concezione del diritto come mero strumento atto a « eliminare la guerra »; da una visione « pessimisticamente hobbesiana » che non aiuta a scorgere la nuova e composita realtà (76). In discussione è l'intera teoria generale del diritto di Carnelutti, incapace — a dire di Volpicelli — di scorgere l'elemento aggregante del nuovo ordine scientifico del corporativismo e, più in generale, di comprendere cosa fondi l'unità e l'ordine del diritto: « …dato anche e non concesso che possano sorgere, l'unità e l'ordine, ossia la società e il diritto postulati dal Carnelutti, sono mere ombre e simulacri di realtà » (77).

La replica di Carnelutti, sebbene accompagnata ad ogni passag-

---

« io ora mi trovo a dover combattere su due fronti: gli uni mi considerano come un pavido conservatore, gli altri come un innovatore incauto » (F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 145 e ss.).

(75) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi* (Ferrara 5-8 maggio, 1932), Roma, Tip. Del Senato, 1932, Vol. I, *Relazioni*, pp. 125 e ss., in particolare pp. 130 e ss.

(76) Con l'approccio individualistico di Carnelutti « né si giustifica la molteplicità dei soggetti, né si fondano la società, il diritto, lo Stato, come realtà "positive" e dotate di una "intrinseca" ed obiettiva ragion d'essere ». A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 134.

(77) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gio da calorosi applausi dell'uditorio, appare fragile: non si può — dice — ipervalutare l'elemento giuridico nel corporativismo, non si può cogliere l'essenza di un fenomeno giuridico nella collaborazione, perché lì dove c'è collaborazione non c'è più bisogno del diritto (78). Volpicelli insiste: espellere dal concetto di diritto il riferimento al « concetto di organizzazione degli uomini in unità, non ha nessun senso; il diritto non traccia i confini tra gli individui, li organizza in un sistema e in un lavoro comune, li unifica »; la teoria di Carnelutti — prosegue — è da respingere perché ancora inficiata da un « fantastico … dualismo tra individuo e società » (79).

Non è qui rilevante soffermarsi sul tentativo di Volpicelli di superare il dualismo tradizionale tra Stato e società civile (80), sviluppando le teorie di un Santi Romano attento a non lasciarsi coinvolgere più di tanto nello scontro (81); vale la pena invece di insistere ancora un momento sulla sua critica riguardo al carattere di « ufficio negativo » (82) attribuito da Carnelutti al diritto corporativo. A dire di Volpicelli « *individualismo* giuridico » e « *negatività* del diritto » si saldano strettamente assieme nelle pagine di Carnelutti, impedendogli di cogliere gli aspetti innovativi del corporativismo: la nozione esclusivamente « giurisdizionalistica » impedisce di cogliere l'intrinseca socialità (istituzionale) del diritto e immiserisce così la visione del diritto entro la sola sfera *negativa* di un sistema di "limiti atti a impedire che la coesistenza diventi una guerra" (83).

Più che come il punto cruciale della scarsa adesione di un "giurista tradizionale" alla svolta politica del corporativismo scien-

(78) Cfr. F. CARNELUTTI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., Vol. III, *Discussioni*, pp. 75 e ss., in particolare pp. 78 e 79. Si cfr. inoltre F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, cit. pp. 147 e ss.

(79) A. VOLPICELLI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., Vol. III, *Discussioni*, pp. 86 e ss, in particolare p. 88.

(80) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., in particolare p. 333.

(81) Volpicelli attenuando le sue critiche iniziali manifesta un amore non ricambiato nei confronti di Santi Romano (« mi sono riattaccato all'opera scientifica di Santi Romano », A. VOLPICELLI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., p. 89). L'intervento di Romano è in *ibidem*, pp. 95 e ss.

(82) A. VOLPICELLI, *Intervento*, cit., p. 88.

(83) A. VOLPICELLI, *Corporativismo e problemi fondamentali di teoria generale del diritto (Nuova replica al Prof. Carnelutti)*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 609 e ss., in particolare, pp. 617 e 619.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tifico, la visione *negativa del diritto* può essere assunta a limite fondamentale del complessivo manifesto di Carnelutti per il diritto del lavoro. Il corporativismo di Carnelutti è mero prolungamento del tema dell'intervento dello Stato sulla società, è strumento di difesa di una costituzione privatistica più complessa, ma ritenuta comunque incompatibile con « la guerra » tra i gruppi. Fortemente radicato nella crisi del diritto comune civilistico, il *nuovo diritto del lavoro* — che, per essere nuovo, esige un confronto con la *terza dimensione del diritto intersindacale* — è possibile solo quando il giurista può accedere a strumenti in grado di trasformare la nuova realtà sociale in un ordinato e pacifico *simulacro di realtà*. Per far ciò un'impostazione fortemente individualistica può anche divenire, senza molta convinzione, corporativistica: quello che più conta non sono gli sviluppi ma il punto di partenza, e quel punto di partenza è la depurazione di un conflitto sociale che il giurista non intende affrontare, non intende comprendere.

Entro questa linea a Carnelutti si può imputare tutto ma non l'assenza di coerenza: « Alfredo Rocco, il costruttore di quella legge corporativa del 3 aprile del 1926, che se è stata più tardi sovraccaricata di soprastrutture barocche e spesso balorde, aveva nella sua origine — afferma nel 1949 — una linea da fare onore a qualsiasi Stato e a qualsiasi legislazione » (84). Alla fine degli anni Quaranta, in un momento in cui nuovi cori si stanno formando e non tutti ben ricordano quanto hanno scritto anni prima, Carnelutti propone una storia lunga del corporativismo e insiste sul valore intrinseco di un principio corporativistico « rovinato » dal fascismo (85). L'analisi molto probabilmente aiuta — come egli dice — a fornire, sfatando « una superstizione contro la quale è necessario reagire », un percorso meno banale del corporativismo rispetto a quello tracciato nella « storiografia recente del fenomeno sindacale e corporativo »; sicuramente però non muta quel percorso che da una configurazione ampia del diritto del lavoro lo aveva portato ad una concezione asfittica del diritto sindacale. Il filo conduttore appare in questo caso

(84) F. Carnelutti, *Stato Democratico: Stato Corporativo*, cit., p. 249.

(85) « Il principio corporativo, le cui radici si perdono non tanto nel secolo decimo nono quanto nei secoli anteriori, era oramai maturo quando il fascismo è stato inventato ». *Ibidem*, p. 249.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficilmente riscattabile da quella piatta banalità che comunque legò molti intellettuali giuristi alle scelte del regime: impedire che *la guerra* tra i gruppi divenisse portatrice di un diritto contrastante con i *princìpi-monumento* dell'ordinamento giuridico.

L'approccio di Carnelutti non muta dunque nel periodo post-corporativistico: lo sciopero — scrive — « è una figura che trascende le categorie del diritto privato »; « lo sciopero, come la serrata, è un vero atto di guerra sociale »; « la Costituzione … riconoscendo il diritto di sciopero ha riconosciuto agli operai il diritto di guerra ». E sul punto la visione *logica* del vecchio Carnelutti non è certo disposta a scendere a compromessi con i tempi: « la questione più grossa è quella del se la guerra, sia pure economica, tra gruppi sociali, nell'interno di uno Stato possa essere consentita. Se questa fosse davvero una conseguenza del carattere democratico dello Stato, povera democrazia! » (86). Affermazioni queste che già nel vivo del dibattito della fine degli anni Quaranta hanno valenze prevalentemente *storiche*: aiutano molto poco a comprendere quanto in quel momento accade, sono l'espressione di una voce che manifesta un disagio maturato prima del fascismo e frettolosamente risolto con la *quiete* imposta dalla legge del 1926 (quella legge *che aveva nelle sue origini una linea da far onore a qualsiasi Stato*). Sostanzialmente isolate nella dottrina giuridica del dopo Costituzione (87), quelle pagine non raccontano solo il permanere di vecchi timori ancora proiettati sul presente, ma anche il coerente esito della parabola del diritto del lavoro di Carnelutti. Un diritto del lavoro di cui è perfettamente inutile misurare la fragilità nei primi anni della Re-

(86) F. CARNELUTTI, *Stato Democratico: Stato Corporativo*, cit., pp. 254 e 255. Si cfr. soprattutto però F. CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, pp. 1 e ss., in particolare pp. 12: « Diritto di sciopero e diritto di guerra hanno il medesimo valore. L'organizzazione dei lavoratori reclama il diritto di sciopero allo stesso modo che lo Stato rivendica il diritto di guerra. Il potere di fare la guerra è un potere di sottrarsi al diritto …. Un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti collettivi del lavoro posto che regolare un conflitto significa anzitutto evitare e pertanto proibire la guerra tra gli uomini, ai quali appartengono gli interessi relativi. La proclamazione del diritto di sciopero implica la tolleranza della guerra entro le frontiere dello Stato e pertanto l'incompiutezza del suo apparato giuridico ».

(87) Cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica,* cit., p. 248. Sul punto si cfr. ancora *infra* al n. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblica in quanto completamente radicato in quel progetto di trent'anni prima sospeso tra la lucida percezione della crisi del diritto comune civilistico e la pressante richiesta di intervento autoritario dello Stato (88). Giuridicamente invisibile nel vivo delle relazioni sociali e dei conflitti collettivi, il diritto del lavoro disegnato da Carnelutti poteva esistere solo grazie all'intervento dello Stato capace di imporre (senza decorazioni *barocche* e *balorde)* il sobrio abito del « sindacalismo puro ».

4. *Diritto del lavoro e democrazia collettiva.*

Nel modello italiano che abbiamo definito del diritto del lavoro inserito nella preminenza del diritto comune civilistico, le risposte nei confronti dei problemi posti dalla nuova realtà sociale sono date attingendo soprattutto agli schemi tradizionali, complicandoli, elasticizzandone i princìpi e operando così estensioni o progressive restrizioni dell'area del diritto comune (ottenute muovendo la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato). I consolidati schemi giuridici continuano inevitabilmente a gravare sull'area del diritto del lavoro le cui fortune restano affidate soprattutto alla forza espansiva e alle inevitabili miopie del diritto comune civilistico.

La più consistente affermazione di un'autonomia giuslavoristica distaccata dalle forme civilistiche del passato e dalle costrizioni del diritto delle obbligazioni, il più ampio tentativo di fondazione di una scienza capace di sintetizzare sociale e giuridico, superando le consolidate delimitazioni tra diritto pubblico e privato, si ebbe con gli scritti di Hugo Sinzheimer e dei giuslavoristi della sua scuola. È opportuno, prima di riprendere il filo dei dibattiti italiani, fare qui un brevissimo cenno a tale modello di diritto del lavoro che, pur essendo noto e utilizzato dalla scienza giuridica italiana, fu in genere frettolosamente liquidato come espressione di una ricostruzione di tipo sociologico e politico. Non si tratta di assumere il diritto del

(88) È condivisibile la sintesi posta da Giuseppe Pera a chiusura di un breve ritratto di Carnelutti giuslavorista: Autore che « resta, vivo e attuale, nella nostra storia per quanto costruì agli albori » (il riferimento va naturalmente agli studi sugli *Infortuni del lavoro*). G. Pera, *Francesco Carnelutti giuslavorista*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, pp. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lavoro di Sinzheimer ad astratto polo di riferimento, quanto di considerare un altro modello di autonomia scientifica affermatasi nella crisi degli schemi civilistici "generali", per comprendere poi come le nuove parole d'ordine maturate nel dibattito tedesco circolarono in Italia.

Nella cultura giuridica italiana il diritto del lavoro, essendo un prodotto interno alla vivacità sistematica del diritto comune civilistico, non riesce comunque a configurare, ignora o trascura l'autonomia collettiva. Gli scritti di Sinzheimer hanno soprattutto il merito di rendere visibile questa dimensione che spinge a rivendicare un diritto del lavoro irriducibile nei consueti schemi del giuridico. Netta è infatti in Sinzheimer la critica ai modelli teorici del passato: il diritto del lavoro è pienamente visibile solo grazie al distacco dai modelli teorici e tecnici tradizionali.

Philipp Lotmar aveva realizzato in Germania un'ampia costruzione scientifica *romanistica* del diritto del lavoro. La costruzione aveva a suo centro il contratto e il diritto delle obbligazioni, il rapporto di prestazione e di controprestazione (89). Anche se attento al fenomeno della contrattazione collettiva, l'atteggiamento di Lotmar nei confronti della letteratura giuridica antecedente non è lontanissimo da quello di Barassi: l'obiettivo primario è la costruzione scientifica (attraverso lo strumentario "classico" del giurista) di un sistema civilistico; un diritto del lavoro come scienza giuridica può esistere solo entro i confini del diritto civile. Il sistema è tendenzialmente aperto all'esterno, ma è comunque presunto autosufficiente; gli apporti esterni sono tollerati ma non indispensabili: l'analisi degli economisti è, ad esempio, richiamata precisando però che la comprensione giuridica delle relazioni lavoristiche resta comunque affidata all'etica tradizionale del diritto delle obbligazioni (90); e, allo stesso modo, estranea alla vera comprensione giuridica del fenomeno lavoristico è ritenuta la normativa *pubblicistica* insita nella legislazione sociale.

---

(89) Su Lotmar si cfr. L. NOGLER, *Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, pp. 129 e ss.; C.A. GASSER, *Philipp Lotmar (1850-1922), Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht*, Frankfurt am Main- Berlin, Peter Lang, 1997.

(90) Cfr. Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, Dunker & Humblot, Bd. I, 1902 (Bd. II, 1908), pp. 41 e ss.; 473 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sinzheimer ha il merito di impostare in modo diverso il tema dell'autonomia del diritto del lavoro: l'autonomia della nuova disciplina non è affidata alla rassicurante espansione dei modelli civilistici, ma sta in qualcosa che è incontenibile negli schemi antecedenti, nell'autonomia dei gruppi sociali che è in grado di produrre una propria normativa, un nuovo modello di relazioni sociali e una nuova forma di democrazia, *la democrazia collettiva*. Il diritto del lavoro può emergere solo dal netto rifiuto degli schemi consueti: bisogna rinunziare alla piatta e rigorosa uguaglianza civilistica delle obbligazioni e ai suoi costringenti schemi individualistici; occorre fare a meno dell'intervento statale volto a risolvere dall'esterno le nuove forme di conflittualità della società civile; occorre abbandonare le formalistiche espulsioni dei dati economici e sociologici dal discorso tecnico del giurista; abbandonare il dogma di una distinzione rigida tra pubblico e privato. L'autonomia del diritto del lavoro è, insomma, espressione di un nuovo ordine sociale che può essere realizzato solo *contro* la tradizionale costituzione privatistica e le sue consolidate e astratte schematizzazioni, guardando direttamente in basso, alle nuove forme di organizzazione del sociale.

« Il vero diritto del lavoro — afferma Ernst Fraenkel in uno scritto degli anni in cui la crisi del diritto del lavoro weimeriano era già ben chiara — nasce solo quando viene riconosciuto il carattere speciale del rapporto di lavoro che viene così liberato dalle astratte regole del diritto delle obbligazioni » (91). Due sono a tal fine le strade percorribili: l'intervento dello Stato oppure lo svolgimento autonomo dei rapporti di forza sociale. Fraenkel non ha dubbi riguardo al recente passato: « il decisivo progresso del diritto del lavoro è stato ottenuto senza l'intervento statale » (92); il *vero diritto del lavoro*, contrapposto al mito delle purezze civilistiche e alle *falsità* del diritto delle obbligazioni, si è sviluppato grazie allo svolgimento autonomo dei rapporti di forza sociale, senza alcun contatto con l'intervento statale.

I due argomenti costituivano i nuclei più rilevanti del progetto

(91) E. Fraenkel, *Il significato politico del diritto del lavoro* (1932), in G. Arrigo e G. Vardaro (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma, Ed. lavoro, 1982, p. 120.

(92) E. Fraenkel, *Il significato politico del diritto del lavoro,* cit., p. 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Sinzheimer. Il primo tema, quello della *emancipazione* del diritto del lavoro dal diritto civile, si lega in Sinzheimer al superamento della centralità del contratto di lavoro — orientate in tal senso sono le critiche al suo maestro Lotmar (93) — e della divisione, a favore di una *Verschmelzung*, tra diritto pubblico e diritto privato (94), tra scienze sociali e scienze giuridiche (95). Il diritto del lavoro smette di essere la Cenerentola delle scienze giuridiche (96) solo smettendo di essere un'appendice del diritto civile (97). Libero dalle astratte forme

(93) Cfr. in particolare H. SINZHEIMER, *Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft* (1922), in H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden* (a cura di Otto Kahn Freund e Thilo Ramm), Frankfurt a. M.-Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 408 e ss.; nonché *Die Neuordnung des Arbeitsrechts* (1919), in *ibidem*, pp. 62 e ss. e p. 69: « Auch Lotmars Meisterwerk begnügt sich mit der Darstellung des Arbeitsvertrags, der … nur ein Teil des Arbeitsrechts überhaupt ist. Überdies beschränkt es sich auf den privatrechtlichen Teil dieses Gebiets, so daß die Verschmelzung der öffentlich-rechtlichen Beziehungen mit den privatrechtlichen zu einem einheitlichen Ganzen als eine noch ungelöste Aufgabe erscheint ». Riguardo all'importanza del superamento della rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato in Sinzheimer si cfr. O. KAHN FREUND, *Hugo Sinzheimer*, in *ibidem*, pp. 3 e ss.; ma si cfr. anche E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer* (1958), in *Reformismus und Pluralismus* (Hamburg, 1973, pp. 131 e ss.), ma lo si veda ora in E. FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, I, *Recht und Politik in der Weimerer Republik* (Hrsg. von H. Buchstein), Baden Baden, Nomos, 1999, pp. 620 e ss.

(94) Il tema dell'unità tra diritto pubblico e diritto privato è in Sinzheimer di derivazione gierkiana, come pure volutamente gierkiana è la ricorrente affermazione per cui « Das neue Arbeitsrecht wird sozial sein oder es wird nicht sein ». Cfr. H. SINZHEIMER, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht* (1922), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie,* cit., pp. 402 e ss.; nonché *Das Wesen des Arbeitsrechts* (1927), in *ibidem*, pp. 108 e ss.; e *Die Fortbildung des Arbeitsrechts* (1922), in *ibidem*, p. 90.

(95) Cfr., H. SINZHEIMER, *Über soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft* (1922), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie,* cit., vol. II, pp. 33 e ss. e p. 41: « Die Hauptfrage der Reform ist eine Verschmelzung des rechtsdogmatischen mit dem rechtssoziologischen Unterricht in allen Rechtsdisziplinen ».

(96) Su tale ruolo del contratto di lavoro nei Codici nessuno nutriva dubbi: « Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt diesen Arbeitsvertrag als Aschenbrödel » (A. STADTHAGEN, *Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland*, Stuttgart, Dietz, 1904, p. 9).

(97) Continua è l'insistenza su questo punto: si cfr., a mo' d'esempio, H. SINZHEIMER, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeiten eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland* (1914), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., p. 49; *Die Neuordnung des Arbeitsrechts* (1919), in *ibidem*, p. 62; *Arbeitsrechts und Arbeitsbewegung* (1927), in *ibidem*, p. 101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civilistiche indifferenti alla concreta situazione delle classi, il diritto del lavoro diviene vera espressione della realtà sociale (98). Il secondo argomento ripropone (da un punto di vista differente rispetto a quello liberale individualistico) il tema di una *purezza*: il diritto del lavoro è autonomo in quanto esprime senza filtri prevaricanti l'autonomia delle forze sociali che si manifesta attraverso l'azione delle organizzazioni e la contrattazione collettiva (99). La legge dello Stato non è essenziale all'esserci del diritto del lavoro: la legislazione statale, l'intervento assistenziale a favore dei lavoratori, sono stati un momento della sua evoluzione, ma rappresentano un settore marginale da non considerare come suo centro *vero*; un centro che sta nel sociale, nei gruppi che in modo autonomo creano diritto. L'autonoma normativa dei gruppi sociali è posta come elemento di crisi delle polarità che avevano costituito l'irrinunciabile fondamento di tutte le architetture giuridiche ottocentesche: l'individuo e lo Stato. Il diritto del lavoro è un diritto sociale che scaturisce dai gruppi e si sostituisce al diritto individuale; cammina con le sue gambe e non necessita di interventi *coattivi* dello Stato volti a mantenerlo artificiosamente in vita: la legislazione sociale è tagliata fuori dal discorso giuslavoristico (100) che si concentra soprattutto sull'autonomia del sociale (101).

Altro rispetto a tale rappresentazione offerta dagli stessi protagonisti è il diritto del lavoro che si realizzò nella vicenda politico-istituzionale della socialdemocrazia tedesca, in relazione ai limiti intrinseci alla democrazia weimeriana. La purezza di un'autonoma normazione sociale svincolata da condizionamenti esterni si rivelò fragile e lo stesso discorso giuridico tornò a far riferimento alle polarità che intendeva ignorare ai fini della costruzione del suo sistema: nel concreto dell'esperienza, e della stessa ricostruzione giuridica, il primato del sociale e dei gruppi rinvia ancora a un

(98) H. SINZHEIMER, *Die Fortbildung des Arbeitsrechts*, cit., p. 88. Ma si cfr. naturalmente su tutti questi temi, H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, G. Fischer, 1927^2 (1ª ed. 1921).

(99) È sufficiente rinviare ai saggi contenuti nella seconda parte (*Das Koalitionrecht*) di *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie,* cit., I, pp. 145 e ss.

(100) Cfr. H. SINZHEIMER, *Die Neuordnung des Arbeitsrechts,* cit., p. 63.

(101) H. SINZHEIMER, *Der Kampf um das neue Arbeitsrecht* (1924), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie,* cit., I, pp. 91 e ss.; p. 96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primato statale, ad una regolamentazione dall'alto del sociale (102); rinvia insomma a quei modelli concettuali che la rappresentazione autonoma del diritto del lavoro intendeva negare (103). Il pluralismo della democrazia collettiva era frustrato dal prevalere di scelte politico-istituzionali di stampo statualistico (104), dalle convinzioni della magistratura, dalla sua tendenza a « respingere l'idea che il diritto possa svilupparsi attraverso il conflitto sociale » (105). La concreta realizzazione politico istituzionale distrugge la rappresentazione del manifesto programmatico, elimina l'autonomia sognata: riemerge prepotente la polarità statuale che si voleva eliminare, si riproduce un sistema fondato sull'intervento dello Stato che appare inconciliabile con la natura del sistema collettivistico. Prevale la tendenza « volta ad eliminare il conflitto come fattore di produzione giuridica e a subordinare le organizzazioni collettive ai fini dello Stato » (106); non si ha più diritto del lavoro come espressione dei gruppi sociali, ma « ideologia assistenziale di stampo burocratico », « una politica sociale solo come pura assistenza e non anche come autotutela organizzata degli interessi » (107). Il manifesto riguardo al diritto sociale dei gruppi non riesce a prevalere su un sapere

(102) L'intervento dello Stato è, ad esempio, utilizzato per mostrare come le relazioni lavoristiche siano state oramai spogliate delle loro caratteristiche privatistiche (cfr. H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Arbeitsbewegung*, cit., p. 102); le assicurazioni sociali confermano il delinearsi di un settore giuridico attento all'uomo non in quanto proprietario, ma in quanto uomo (H. SINZHEIMER, *Der Wandel im Weltbild des Juristen*, 1928, in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie,* cit., I, p. 102): qui l'autonomo discorso giuslavoristico si fonda sull'intervento dello Stato che preannuncia e già "produce" così il nuovo diritto sociale.

(103) Cfr. O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro* (1932), ora in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 221 e ss.; si cfr. G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., pp. 186 e ss.; J. CLARK, *Otto Kahn-Freund: gli scritti del periodo tedesco*, in G. BALANDI - S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Roma, Edizioni lavoro, 1982, pp. 59 e ss., ma in particolare pp. 64 e 65.

(104) Cfr. W. LUTHARD, *« Democrazia collettiva » nella Repubblica di Weimar. Una concezione semicorporativa di depoliticizzazione sociale?*, in G. VARDARO (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, Angeli, 1988, pp. 57 e ss.

(105) O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro,* cit., p. 239.

(106) *Ibidem*, p. 241.

(107) *Ibidem*, p. 241.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico prevalentemente volto ad organizzare la lettura del sociale entro il tradizionale dualismo "ordinante" tra singoli e Stato: la rappresentazione dei giuslavoristi weimeriani sottrae il "vero" diritto del lavoro a tali polarità, ma non può far altro che misurarsi continuamente con esse.

Non è il caso di considerare ancora quanto forti furono le contraddizioni tra "il nome" e "la cosa", tra la nuova rappresentazione del diritto del lavoro e la concretezza del diritto del lavoro realizzato entro la democrazia weimeriana. Si è parlato di "panstatualismo" della cultura giuridica weimeriana ([108]); qui preme semplicemente sottolineare come la rappresentazione "pura" di un diritto del lavoro volto a superare le tradizionali dicotomie si infrange contro la presenza (nella mentalità degli operatori e nelle concrete realizzazioni istituzionali) dello Stato. La democrazia collettiva, l'autonomia dei gruppi sociali trova un suo ordine, una sua composizione solo grazie all'intervento dello Stato, mentre il "vero" diritto del lavoro si fonda proprio sulla negazione teorica di quell'intervento.

La riflessione giuslavoristica fondata su una traduzione immediata del sociale nel giuridico si dissolve nel momento in cui, al pari di una riflessione giuslavoristica di stampo civilistico "puro", per affermarsi rinvia al termine che nega i suoi presupposti di partenza. Entrambi i modelli teorici danno visibilità al diritto del lavoro attribuendo un rilievo puramente secondario alla legge, all'intervento dello Stato: il *vero* diritto del lavoro è solo quello del polo privilegiato (il conflitto tra individui liberi, il conflitto tra gruppi organizzati); ma tale "autonomia" per affermarsi deve rimandare — *transitoriamente* — al polo statale che le fornisce la situazione *ordinata* su cui poter fare imperare la sua disciplina. Entrambi i modelli stentano a risolvere la questione della relazione con la legge, entrambi i modelli non riescono ad essere autonomi come vorrebbero ed esigono "dall'esterno" la condizione della loro purezza.

([108]) Cfr. G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel "laboratorio Weimar"* (1982), ora in ID., *Itinerari*, Milano, Angeli, 1989, pp. 23 e ss.; nonché, sempre dello stesso Autore, *Oltre il diritto del lavoro: un Holzweg nell'opera di Franz Neumann*, (presentazione alla raccolta di scritti di F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983) ora in VARDARO, *Itinerari*, cit., pp. 63 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Diritto del lavoro e diritto privato sociale.*

All'inizio degli anni Venti le pagine di Sinzheimer sono ripetutamente richiamate da Lorenzo Mossa in una prolusione che possiamo collocare a pieno titolo tra i principali manifesti programmatici della giuslavoristica italiana (109). Mossa padroneggia la letteratura tedesca, ma la sua non è una scolastica ripetizione: fermo è il distacco critico nei confronti dell'opera degli « esponenti socialisti del movimento delle masse » che considerano — scrive — il lavoro nell'ordinamento giuridico dal punto di vista professionale; decisa è la volontà di conservare l'analisi rimanendo entro il campo giuridico, prendendo le distanze dalla « concezione prevalentemente politica di Sinzheimer » (110). Nonostante le distinzioni, l'intero discorso appare segnato a fondo dalla letteratura tedesca: ne scaturisce una proposta di autonomia non contenibile entro i progetti antecedenti, tanto critica verso le tutele del diritto comune civilistico, quanto ferma nel collocare il diritto del lavoro nel diritto privato, nel classificarlo come un diritto privato sociale. Il diritto privato si libera dagli schemi del diritto civile va oltre la rigidità

(109) L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'anno accademico 1922-23, Sassari, Stamperia della Libreria italiana e straniera, 1923. L'importanza della prolusione di Mossa nel clima culturale dei primi anni Venti è sottolineata nel ricordo di Mario CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, pp. 230 e ss., pp. 231 e 243.

(110) Cfr. L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, p. 4 e 5 (e nota 5). Di Sinzheimer è richiamata la prima edizione del manuale (*Grundzüge des Arbeitsrechts*, cit.), ma Mossa appare impressionato soprattutto da « una relazione sul futuro del diritto del lavoro, presentata ad un congresso del lavoro a Lipsia, nel 1922 » (il testo è richiamato solo in tal modo, ma sicuramente Mossa fa riferimento a H. SINZHEIMER, *Das zukünftige Arbeitsrecht in Deutschland*, Vortrag, gehalten auf dem Kongress des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 19-24/6/1922 zu Leipzig, Berlin, Verlagsgesellschaft des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1922); un testo questo che è ripetutamente richiamato (e quasi parafrasato): in tema di autonomia del diritto del lavoro dal diritto statale e in tema di diritto del lavoro come diritto della personalità. Ampi comunque sono i richiami (oltre che ai commercialisti) all'intera scienza giuridica tedesca di quegli anni: Potthoff, Nipperdey, Hueck, Radbruch. Allorché nel 1951 Mossa ritornerà a considerare il suo scritto del 1922 (cfr. *infra* alla nota 145) si riconoscerà debitore solo nei confronti di quest'ultimo Autore « Gustav Radbruch, il giurista della libertà e della giustizia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impressa dalle *immutabilità* del diritto comune civilistico come espressione di un assetto individualistico di interessi.

Il diritto del lavoro come diritto privato sociale si lega in Mossa al suo diritto dell'economia che ruota attorno al concetto di impresa; una riflessione cui l'Autore dedicherà il suo intero itinerario scientifico (111). Nell'assetto della società industriale in cui « la dipendenza del lavoro dall'altrui volontà » si lega a « imprese organizzate », l'obiettivo di « fare del diritto del lavoro una materia giuridica autonoma » si raggiunge solo coordinando il lavoro all'impresa (112). La preminenza dell'impresa non impedisce di dedicare una lettura attenta al fenomeno del diritto del lavoro; anzi, contribuisce in modo determinante a far emergere uno tra gli approcci più articolati al tema della sua autonomia scientifica.

La premessa da cui muove la prolusione è ancora, inevitabilmente, quella di Barassi; molto diverso è però lo svolgimento del discorso che è vivacizzato dalla sensibilità del commercialista che è perfettamente conscio della relatività degli astratti schemi civilistici (113) e dai contributi preziosi provenienti dalla lezione di Sinzheimer. Mossa non è particolarmente critico nei confronti di Barassi (« in fondo — scrive — la concezione del Barassi non è troppo dissimile dalla nostra » perché egli avverte « tutto il valore dell'equità » e richiama « i principi generali del diritto » che « sono indispensabile strumento di ogni creazione di norme particolari del giudice »), ma la distanza tra le due proposte è fortissima. Barassi si accosta alle lacune del Codice in tema di lavoro utilizzando i princìpi generali del diritto al fine di ridurre la nuova materia a « semplice istituto del codice »; Mossa coglie le caratteristiche della nuova

(111) Su questo tema si veda, in questo stesso numero dei *Quaderni*, il saggio di Paolo Grossi.

(112) Un aspetto questo — aggiunge — trascurato persino da chi ritiene che l'impresa formi « il centro di tutto l'ordinamento giuridico, più di quello che non formi la persona nel diritto comune ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 6 e 7.

(113) Mutuando Ascarelli, si può dire che Mossa si differenzia da Barassi perché gli manca quel « disdegno dei giuristi verso l'indagine della realtà » che « è particolarmente accentuato nella tradizione civilistica che a volte si pone, e allora non senza sussiego, come esponente di una logica giuridica nei confronti delle deviazioni che, ispirate a una diabolica economia, si ritroverebbero nei diritti speciali » (T. ASCARELLI, *Per uno studio delle realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 775 e 776).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

materia per indicare un diritto permeato di socialità. Il diritto del lavoro è — dice — « diritto privato sociale » e quell'appartenenza al diritto privato vale come sottrazione della nuova area dal diritto civile e contro la semplificante tendenza volta a segnare con « una natura pubblicistica » ogni aspetto di socialità (114).

Si può pertanto accogliere solo la premessa del discorso di Barassi (quella per cui la costruzione autonoma del diritto del lavoro è agevolata dal silenzio del Codice (115)), perché essa non vincola ma libera il discorso del giurista disposto a guardarsi attorno senza pregiudizi. È sufficiente, del resto, gettare uno sguardo alla prassi sociale che fa orbitare i contratti individuali attorno al nucleo dei *contratti di tariffa* per prendere atto che « il diritto del lavoro chiamato a regolare questa materia non può essere compreso nei sistemi attuali di diritto » (116). L'incontenibilità del nuovo diritto negli schemi del diritto codificato diviene pertanto, molto lontano dalla premessa di Barassi, il punto essenziale dell'intero discorso: « la lacuna non può colmarsi che all'infuori dello stesso codice »; la disciplina giuridica del lavoro « è una nuova materia di diritto che è sorta *in contrasto* col codice civile », una materia che è *« distinta e contrapposta al diritto civile comune »*. Se vuole affermare un diritto del lavoro, il giurista deve « liberarsi dai vincoli della tradizione per richiedere alla stessa nuova materia giuridica il suo ordinamento », deve guardare oltre gli steccati tradizionali per scorgere il nuovo diritto che si va affermando di fronte al diritto di proprietà, « un nuovo e imponente diritto della persona », un diritto che « ha una finalità comune e grandiosa: l'elevazione della personalità umana » (117).

Una volta configurata « la natura essenzialmente sociale di

---

(114) « Con questo procedimento si confonde l'elemento sociale, che nutre le norme giuridiche del lavoro col diritto della società. Il rapporto giuridico … non acquista valore pubblicistico, né perde quello privatistico, sol perché vive in esso una corrente sociale, invece che individuale. Il diritto privato — aggiunge, richiamando ancora Sinzheimer — non è e non può essere unicamente diritto individualista: può essere diritto sociale ed anzi socialista » (L. MOSSA, *Il diritto del lavoro,* cit., pp. 8 e 9).

(115) « Il diritto civile ignora, od almeno, non regola il contratto di lavoro »; « In fondo neanche il Barassi contesta che si tratti di vera lacuna e non di semplice laconismo come egli dice ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro,* cit., p. 7 e nota 20.

(116) L. MOSSA, *Il diritto del lavoro,* cit., p. 7.

(117) Princìpi questi — aggiunge in nota — richiamati « molto energicamente da Sinzheimer ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, p. 8 e nota 24 (il corsivo è mio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo diritto privato » occorre trarne le conseguenze: la socialità condurrà ad una sempre più estesa « inderogabilità », « in opposizione a regole generali o tradizionali » (118); le norme protettive che affiorano dalle leggi sul contratto di lavoro dovranno essere raccolte e coordinate « in modo da farne un tipo giuridico tutto informato ai supremi interessi della personalità umana » (119); occorrerà abbattere le contraddizioni di una dottrina incapace di sottrarsi al chiuso sistema di stampo romanistico: « La dottrina del contratto di tariffa si è dibattuta, sino a questi tempi, tra l'imperativo categorico dei sistemi privatistici a base romanistica ed un fatto sicuramente esorbitante dal sistema » (120), incapace di riconoscere giuridicamente quanto è già evidente nella realtà sociale: « il contratto di tariffa … ha soprattutto il valore di una legge » (121).

Il disegno di un diritto del lavoro come diritto privato-sociale deve realizzarsi, dunque, fuori da schemi predefiniti, senza modelli vincolanti: « Il diritto del lavoro nella sua unità non è legato a nessun corpo grande o piccolo di leggi »; il giurista non ha a sua disposizione « il codice generale del lavoro », ma una serie di frammenti normativi e « l'osservazione dei fatti e dei sentimenti sociali » (122). In questo quadro richiamarsi al *diritto libero* non è una scelta stravagante ma indispensabile (123): l'unità deriva dal tutto e la vitalità del nuovo diritto deve essere garantita abbattendo assetti ritenuti inviolabili (« al giudice deve attribuirsi la facoltà di modificare il contratto » (124)) e promuovendo nuove manifestazioni del giuridico (al giudice spetta il compito di affermare l'inderogabilità del contratto collettivo (125)). « Nel flusso delle lotte, delle oscilla-

(118) L. Mossa, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 9.

(119) *Ibidem*, p. 17.

(120) *Ibidem*, p. 14.

(121) « I suoi caratteri specifici dovranno essere la assolutezza, la generalità, la illimitatezza, l'automatismo; d'ordinario tutti propri della legge e non del contratto » (L. Mossa, *Il diritto del lavoro,* cit., p. 14).

(122) L. Mossa, *Il diritto del lavoro,* cit., p. 10.

(123) « Quando tutta una materia giuridica nuova non può regolarsi che dal giudice, nella pratica, non si possono rifiutare i metodi del diritto libero » (L. Mossa, *Il diritto del lavoro,* cit., pp. 10-11).

(124) L. Mossa, *Il diritto del lavoro,* cit., p. 12.

(125) *Ibidem,* p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni di prepotere, l'opera del giudice diviene quindi la salvezza della giustizia dei rapporti di lavoro » (126).

Nuovo e imponente diritto della persona, il diritto del lavoro è incontenibile entro le regole del diritto comune civilistico: il diritto del lavoro è segno tangibile di un diritto privato sociale che non è un'astratta e scomoda rivendicazione politica urlata nel chiuso degli ambienti giuridici — così come accadeva nella seconda metà dell'Ottocento — è bensì un diritto già visibile nella realtà viva delle relazioni sociali, un diritto che si afferma nell'impresa, nuova dimensione vitale del diritto dei privati, destinata a trascinare il classico diritto di proprietà entro « una parabola sociale » (127). È entro l'impresa che si realizza appieno il disegno del nuovo diritto del lavoro; la dimensione della socialità delinea nell'impresa il nuovo diritto privato svincolato dalle assolutezze definitorie del diritto civile. Ed è entro l'impresa che si consuma tutta la dimensione collettiva del diritto del lavoro che Mossa interpreta nei soli termini di una « partecipazione del lavoro all'impresa »: partecipazione « non significa repubblica dei consigli, ma invece significa, nello stato economico attuale, associare il lavoro alle sorti dell'impresa, in modo da avvincerlo e legarlo indissolubilmente alla sua vita e al suo destino » (128).

Il manifesto di Mossa nel 1923 è dirompente e, come vedremo, resterà inascoltato, falsato o susciterà semplicemente incomprensione e scandalo per l'esplicito richiamo al diritto libero. Guarderemo questi aspetti nel paragrafo successivo, qui è utile invece fare un breve cenno alle riproposizioni del messaggio fatte dallo stesso Autore negli anni del fascismo e nel secondo dopoguerra, per seguire l'intero percorso della proposta avanzata nella prolusione sassarese.

La dimensione della socialità del diritto del lavoro richiamata da Mossa affiora principalmente entro l'impresa, è una socialità fondata sul superamento dei limiti intrinseci al diritto civile patrimoniale,

---

(126) *Ibidem*, p. 11.

(127) *Ibidem*, p. 19 e p. 20: « L'organismo di impresa deve essere orientato nel comune interesse dell'imprenditore e dei lavoratori, interesse che coincide sostanzialmente con quello della comunità ».

(128) L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esaltata dalla *partecipazione* ma completamente priva dell'aspetto della conflittualità. È una socialità depurata dal versante conflittuale. Lo stesso richiamo ad un contratto collettivo da intendersi come *legge sociale* appare affermazione tanto importante quanto priva di reale operatività, svincolata com'è da qualsiasi richiamo agli strumenti di autotutela collettiva in grado di realizzare i nuovi assetti. La riproposizione del progetto nel 1930 non può che accentuare nel nuovo contesto istituzionale questa rappresentazione del diritto del lavoro come diritto privato sociale privo di strumenti per una sua realizzazione.

La prospettiva di fondo resta ferma: con il diritto del lavoro « un diritto della persona si innalza e diviene potente oltre i classici diritti della proprietà e del contratto »; il diritto del lavoro « come diritto dell'uomo che immola al lavoro la sua personalità, come diritto delle imprese che organizzano la massa del lavoro, è diritto privato e diritto generale ». È diritto privato « non inferiore, nella sua generalità, a quello che chiamiamo diritto comune ». È « diritto privato sociale » che « mantiene netto il carattere privatistico », diritto che « non può concepirsi neppure un istante come semplice parte del diritto privato generale ». Insomma: « il diritto del lavoro non deve soffrire di una pretesa supremazia del diritto comune » (129).

Occorre prendere atto — questo continua ad essere il messaggio di Mossa — che la configurazione di un diritto comune civilistico come modello ispiratore della generalità delle relazioni giuridiche tra privati è inutile e dannosa: « non si può parlare oggi di diritto civile come generale diritto privato, di fronte all'espansione del diritto commerciale e all'imponenza del diritto del lavoro » (130). È in particolare il diritto del lavoro ad avere una « forza di propulsione »

(129) L. Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 273 e 274 (saggio poi pubblicato in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 31 e ss.): « Simile concezione avvilisce il diritto del lavoro e lo riduce ad un povero tipo contrattuale, ultimo arrivato nel diritto delle obbligazioni. Impedisce l'espandersi del diritto della persona e soprattutto recide la potenza di irradiazione del nuovo diritto, che non avrebbe vita propria, ma riflessa. Incomparabile, al contrario, la forza di propulsione del diritto del lavoro, quando forma diritto privato generale » (p. 274).

(130) L. Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che spinge a modificare i precedenti assetti generali (131); la sua presenza si inserisce e produce « la trasformazione del diritto privato, lenta ma sicura » (132). Ben al di là della nuova e imponente normativa del fascismo, la presenza innovativa del diritto del lavoro deve essere còlta guardando ad un movimento già iscritto nella realtà sociale del periodo, presente nel *diritto non ufficialmente espresso*, nel *diritto vivente* (133). La normativa del fascismo è relativizzata da questa consapevolezza (134) che spinge a guardare allo « svolgimento del diritto corporativo » come ad un « svolgimento del pensiero giuridico sociale »: « sorto in relazione alle concezioni di uno stato a nuovo tipo, esso ha tuttavia in se stesso la principale e durevole ragione di esistenza. Non è infatti un riflesso del nuovo stato, ma piuttosto l'erompere della nuova coscienza sociale » (135).

Il manifesto del 1922 non può dunque essere legato allo Stato fascista, ma il destino del programma appare inevitabilmente segnato: imprigionato entro le costringenti maglie normative fissate dalle legge del 1926, il diritto del lavoro come espressione innovativa di un diritto dei privati capace di affrancarsi dalle generalità del diritto civile, appare privo di qualsiasi realizzabilità pratica. La "relativizzazione della legge" del 1926 è operazione ben diversa dalla

(131) « Sotto la pressione del diritto del lavoro, passa al diritto commerciale l'idea dell'impresa-istituzione, ed a tutto il diritto privato si comunica l'idea assoluta della destinazione sociale dell'impresa ». L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 276; cfr. anche pp. 279 e ss.

(132) L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 279.

(133) Il giudice deve considerare anche quel « diritto, non ufficialmente espresso, e che deve essere riconosciuto operante anche nei riguardi del diritto espresso. D'altra parte le norme espresse hanno carattere di dogmi (o cristallizzazioni), mentre il fatto giuridico è in movimento. La realtà giuridica, questa la conclusione, deve considerarsi accanto alla legge » (L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 264); « La scuola del diritto libero… mira a rendere il giudice cosciente della sua decisione, a liberarlo semplicemente dal cieco e automatico ossequio della legge, elevandolo a conoscitore dei suoi scopi. Mira a porre in contatto la legge ed il giudice con la realtà giuridica, con il diritto vivente, che si manifesta nella miriade di atti giuridici di ogni giorno, che incarnano effettivamente quella coscienza giuridica che i codici e le leggi manifestano » (*ibidem*, p. 265).

(134) « Non dimentichiamo che le regole e i princìpi odierni sono possibili solo in quanto una preparazione lenta e metodica, anche se inconscia, ha preceduto i nuovi tempi » (L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 262).

(135) L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costruzione operata entro le lacune del Codice e contro le forme del diritto delle obbligazioni; il diritto del lavoro, *depurato* per legge dei suoi strumenti, è un "diritto privato sociale" rintracciabile in interstizi sempre più difficili da intravedere. E lo stesso Mossa stenta ad isolare la sua posizione dal coro intento a esaltare le magnifiche sorti di una generica collaborazione come solo aspetto rilevante dell'erompere della *nuova coscienza sociale*.

Il diritto del lavoro come colonna portante del diritto dell'economia e come avamposto della nuova socialità del diritto privato è sempre più difficile da scorgere e lo stesso Mossa è costretto a prenderne atto. Si entusiasma per la Carta del Lavoro, ma deve constatare che le applicazioni date dalla giurisprudenza sono molto distanti dal « diritto vivente » (136). Valuta positivamente il libro del lavoro nel Codice e il riconoscimento legislativo del Carta del lavoro (finalmente « balzata all'onore di legge fondamentale, di regola generale del diritto italiano » (137)), ma deve sempre di più prendere atto che il suo diritto del lavoro (« ariete contro i baluardi legislativi del passato »; « pioniere del diritto sociale »; « diritto dai più vasti orizzonti »; diritto che « cammina alla testa del nuovo diritto privato sociale » (138)) non ottiene nella sistematica complessiva del nuovo Codice quel posto centrale che egli avrebbe auspicato all'insegna di

(136) L. Mossa, *La Carta del lavoro e la giurisprudenza*, in *Archivio di studi corporativi*, 1937, pp. 7 e ss., p. 9.

(137) L. Mossa, *Il diritto del lavoro nel Codice civile*, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, pp. 98 e ss.; p. 100.

(138) L. Mossa, *Il diritto del lavoro nel Codice civile*, cit., pp. 102; 105; 107; 110. Si veda anche L. Mossa, *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1946, pp. 105 e ss. Scritto quest'ultimo del 1941 che fu accompagnato, al momento della pubblicazione, da una postilla che è il caso di riprodurre parzialmente: « per la storia del pensiero commercialista, per non dire del pensiero libero, pubblichiamo questo contributo che dovevamo stampare quasi clandestino, il 1° febbraio del 1941, quattro giorni avanti della famosa pubblicazione *in bianco* del famoso codice unitario nella *Gazzetta Ufficiale*. Ne fu impedita la pubblicazione in questa nostra *Rivista* con il veto categorico degli esponenti ufficiali del Regime, cfr. per tutti Asquini… ». Lo scritto riprende tutti i temi cari a Mossa e in particolare quello del diritto del lavoro come « diritto sociale », come diritto di « avanguardia » perché « risente più forti di ogni altro diritto gli impulsi sociali nei rapporti privati » (*ibidem*, p. 122). Sul contrasto tra Asquini e Mossa si veda R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 242 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una "incarnazione del Codice nei fatti" (139) e della centralità dell'impresa. Il Codice infatti non è caratterizzato dal solo libro del lavoro, ma dalla centralità del libro delle obbligazioni che ancora « rigurcita » dell'individualismo della romanistica e della pandettistica (140). Anche di fronte al nuovo Codice resta dunque per « la scienza del diritto del lavoro e del diritto commerciale » il compito di « avanguardia », resta fondamentale l'affermazione di un voce autonoma in grado di non « essere schiacciata in una comune scienza civilistica » (141). Il Codice « non può incatenare la vita ai suoi articoli »; il Codice è « tanto più sociale e rivoluzionario, quanto meno è perfetto, quanto più è generale » (142): la contraddittoria unitarietà del Codice civile può essere soltanto riscattata dalla visione scientifica ampia del diritto dell'economia presente nel libro del lavoro come primo segno del diritto privato sociale (143). Già si intravedono i formidabili attacchi retorici di qualche anno dopo: Codice fascistissimo, « Codice di Babele e d'inganno », frutto della « tecnica di servi, non della tecnica di scienziati » (144).

Nel 1951, nella sua rivista, Mossa riannoda assieme alla « breve » storia del diritto del lavoro anche le vicende della sua proposta del 1922: quella prolusione — scrive — « aveva un intendimento che andava assai al di là dell'occasione e del programma », « intendeva fissare il punto decisivo del diritto del lavoro, della partecipazione dei lavoratori, dell'impresa, del rapporto di lavoro, del contratto

(139) « La parola della socializzazione, della socializzazione del diritto privato, sorge luminosa ed implacabile nella incarnazione del codice nei fatti ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il Codice sociale*, in *Scritti giuridici in onore di Ludovico Barassi* (*Jus*. Rivista di scienze giuridiche), Milano, Soc. ed. « Vita e Pensiero », 1943, pp. 144 e ss., p. 147.

(140) L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il Codice sociale*, cit., p. 174.

(141) *Ibidem*, p. 174.

(142) *Ibidem*, p. 175.

(143) Un complessivo contributo per una lettura in tale direzione del Codice è offerta in L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, Vol. I*: Il libro del lavoro e dell'impresa*, Milano, Società Ed. Libraria, 1942; le critiche al libro delle obbligazioni sono riproposte alle pp. 147 e ss.

(144) Cfr. L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1945, I, pp. 1 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettivo » (145). L'intento era « quello di maturare il lievito sociale dell'ordinamento, di contribuire a rendere sempre più sociale il diritto » (146). Quello del 1922 era un manifesto del diritto del lavoro come componente preziosa del diritto dell'economia, come avamposto di quel diritto privato sociale che Mossa aveva inseguito negli anni del fascismo.

Il regime « riuscì a formare un diritto del lavoro », ma i princìpi di socialità « furono perennemente tenuti in scacco dalle classi conservatrici italiane »; i progetti di rinnovamento sociale (« rivestiti di programmi grandi, tanto grandi da essere solamente un insieme di parole sonore ») furono dimenticati da una giurisprudenza poco coraggiosa, schiacciati dal sopraggiungere di una codificazione in cui il diritto del lavoro, al di là di alcuni riconoscimenti, risultava « oppresso dal codice generale », « oppresso dallo spirito capitalistico » (147).

Dopo la caduta del regime, il diritto del lavoro è — Mossa non conosce mezzi termini — all'insegna di ipocrisie ancora maggiori. Il Codice fascista è stato conservato, mentre è stata completamente distrutta la macchina corporativa: « Si bandì dai codici e dalle leggi tutto quello che era corporativo dichiarandolo fascista, e quindi antidemocratico ed antisociale. Il risultato fu eguale a quello di un bombardamento aereo a tappeto. Cadde tutto l'ordinamento del lavoro, caddero le sue fonti, caddero i suoi istituti dal contratto collettivo alla magistratura del lavoro, dai suoi sindacati alle corporazioni » (148). Il vuoto della transizione appare dominato dal prevalere di « una lotta inesausta ed inesauribile » nelle relazioni tra imprenditori ed operai, dominato da una scienza giuridica e da una giurisprudenza che in tema di contratto collettivo pare aver completamente smarrito consapevolezze che non erano solo il frutto di una legge imposta (149): mentre ritornano i « puri ed aridi schemi del

(145) L. Mossa, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1951, 1, pp. 104 e ss.; p. 108. La prolusione era intesa a « testimoniare le esigenze e il destino di un'epoca », voleva essere « specchio della coscienza sociale espressa liberamente dall'uomo del diritto » (*ivi*).

(146) L. Mossa, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 109.

(147) *Ibidem*, pp. 109; 110; 111.

(148) *Ibidem*, p. 112.

(149) « Il progresso del contratto o dell'accordo collettivo si era raggiunto sì

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto contrattuale », si diffonde nella classe operaia attraversata da scissioni e separazioni « una esaltazione della forza e della potenza della lotta » che « sopravanza il diritto » (150). Prevale « un senso di obnubilamento del diritto » (151).

Il mutamento del quadro non rende meno attuale il vecchio manifesto del 1922: il diritto del lavoro — ripete Mossa — è lo strumento privilegiato per permeare il diritto privato di « spirito sociale » (152); l'autonomia del diritto del lavoro va difesa contro la visione assolutistica del diritto civile unitario presente nel « codice generale », quel Codice ancora lì « intatto come se nulla fosse accaduto, dal 1942 ad oggi » (153). Il progetto del 1922 è ancora valido anche perché dalla Costituzione è possibile trarre quello che a Mossa pare un punto di orientamento, quel principio della partecipazione dei lavoratori alle gestione delle imprese che, nato come « accordo della Partitocrazia italiana », deve essere inteso come una necessaria conseguenza della rinnovata concezione giuridica di impresa (154). La « via della libera socializzazione » è principio che « non può essere dimenticato, ma intanto sta in fatto che esso è negletto ed è almeno caduto in letargo » (155). Nel presente, come trent'anni prima, la fortuna del diritto del lavoro si lega al concetto

---

attraverso una legge, ma non solamente in virtù di essa. La legge era stata preceduta e accompagnata da grandi mutazioni nella coscienza sociale, nelle convinzioni degli individui e delle classi. Giuristi seri e giuristi dilettanti si erano, alla fine, messi d'accordo sulla efficacia giuridica dell'accordo collettivo. (…) Si trattava, dunque, solamente di parole gettate al vento? » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 113).

(150) L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 113.

(151) *Ibidem*, p. 113.

(152) « Lo spirito sociale che si era vantato dal Regime ma che il Regime stesso aveva tradito » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., pp. 111 e 112).

(153) « …e si capisce che le classi padronali italiane non abbiano nessun desiderio di toccare l'arca santa della società capitalistica, che forma poi per esse il patrimonio sacro ereditato dal Regime caduto » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 112).

(154) « Il diritto operaio alla partecipazione alla gestione dell'impresa non è che la conseguenza ineluttabile dell'esistenza giuridica dell'impresa » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 116). Una lettura questa che nel momento in cui Mossa scriveva era già ampiamente illusoria. Sul tema si può cfr. G. GHEZZI, *Commento all'art. 46 Cost*., in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), *Rapporti economici*, III, Art. 45-47, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 69 e ss.

(155) L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., pp. 115 e 116.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di impresa (156). Più che nel 1922, la voce di Mossa appare però isolata (157), distante dal rappresentare nel secondo dopoguerra un

(156) « …non abbiamo sbagliato un quarto di secolo addietro, additando l'impresa come organo, cellula, centro di interesse e di potenza del diritto commerciale e dell'economia… Non crediamo di sbagliare quando affermiamo che la via della libera socializzazione è quella che sola può dare la pace nei rapporti di lavoro in Italia… » (L. Mossa, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 116).

(157) Cfr. A. Grechi, *La giurisprudenza e il diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1952, 1, pp. 23 e ss. Il saggio è in particolare volto a difendere l'opera della giurisprudenza dalle accuse lanciate da Mossa: ieri (di fronte alla Carta del lavoro) come oggi (di fronte ad un Codice civile caratterizzato da « una doppiezza del legislatore di cui il giudice non può essere considerato compartecipe », e di fronte alla Costituzione) non si può imputare ai giudici « insensibilità », accusandoli di non aver valorizzato il diritto del lavoro e il concetto di impresa svincolato da quello di imprenditore. Il parallelo tra "ieri" e "oggi" su cui insiste l'Autore mi pare utile per comprendere al contempo l'unitarietà dell'itinerario di Mossa e alcune posizioni legalistiche, accompagnate spesso da anguste consapevolezze ermeneutiche, della giurisprudenza. Come nel passato, così nel presente, il giudice — si afferma — è chiamato ad applicare la legge e non a lasciarsi andare ad interpretazioni ispirate da generici "programmi": « Questa scissione dell'imprenditore dall'impresa, questa soggettivazione dei beni che fa parte delle aspirazioni sociali più sviluppate non era una realtà giuridica, mancando gli istituti giuridici per realizzare questo distacco da secoli sconosciuto, perché i beni sono sempre stati in funzione del soggetto e non questi in funzione di quelli. Se non era ancora stato elevato l'ordine giuridico della impresa (…), perché allora imputare alla giurisprudenza di non aver fatto applicazione delle regole della unità dell'impresa? Se la tradizione che aveva atomizzato e polverizzato l'impresa andava spezzata, è certo che questo non poteva essere compito della giurisprudenza, la quale ha da attendere alla interpretazione delle leggi non alla loro creazione. (…) Sarebbe come pretendere del resto che attraverso l'azione della giurisprudenza si concretassero tutti i programmi e tutte le indicazioni della vigente Costituzione, mentre, come è noto, non tutto ciò che forma il contenuto del documento è di immediata applicazione, poiché si è solo voluto rispetto ad alcune materie ed istituti di diritto del lavoro segnare degli indirizzi da sviluppare in un futuro più o meno prossimo » (*ibidem*, pp. 25 e 26). Insomma: i "programmatici" manifesti costituzionali restano, come quelli della scienza, pur sempre dei manifesti. Giova precisare, però, che nella pagina immediatamente successiva, per contestare Mossa riguardo al ritorno della configurazione giuridica dei contratti collettivi ai "puri ed aridi schemi del diritto contrattuale", l'Autore gli oppone, richiamando una sentenza della Cassazione (12 maggio 1951, n 1184), la giurisprudenza che (ispirata da un nuovo « spirito sociale » e « coscienza sociale ») « è riuscita a dar rilevanza a interessi collettivi ed a fissarne la preminenza sugli interessi individuali nell'ambito del diritto privato ». « Quella coscienza sociale, che il Mossa ha contestato alla nostra giurisprudenza, si manifesta (…) così con tutta la sua forza vincolante nelle sentenze dei giudici, rendendo anche viva ed attuale ed operativa anche quella esigenza fondamentale per la tutela del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possibile momento aggregante di una disciplina più attenta a marcare (ancora) i confini tra diritto privato e diritto pubblico che a ripercorrere, seguendo il racconto di Mossa, le potenzialità inespresse del diritto dell'economia (158).

Con tutte le sue contraddizioni, segnate da uno splendore possibile solo nel guscio dell'organismo-impresa, il diritto del lavoro prospettato da Mossa conserva il merito di aver saputo sottrarsi al gioco delle appartenenze e delle distinzioni per rivendicare una sua piena socialità nell'aderenza ai fatti. Il diritto del lavoro di Mossa, al pari del suo diritto dell'economia "incarnato nei fatti", è un diritto sociale che vuole essere completamente integrato nel diritto privato; un *diritto privato* libero dalle ipoteche di un *diritto civile* generale volto a rivendicare una sua astratta universalità, un *diritto privato* svincolato dalla mentalità dei molti giuristi ancora intenti a coniugare "socialità del diritto" e "appartenenza al diritto pubblico".

6. *Autonomia dei princìpi.*

Ci siamo spinti molto innanzi per seguire l'itinerario di Mossa il cui progetto per il diritto del lavoro resta — come abbiamo visto — fortemente unitario. Giova ritornare, però, alla prolusione del 1922 che negli anni successivi fu ritualmente richiamata in tema di

---

lavoratore il più delle volte insoddisfatta: di una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa ». Dopotutto, insomma, qualcosa dei manifesti rimane. Su questi temi comunque si cfr. ancora *infra*, nn. 8 e ss.

(158) Si vedano, a mo' d'esempio, le critiche di Barassi al diritto del lavoro come diritto sociale prospettato da Mossa: « lascerei da parte anche l'abusatissima espressione … di "diritto sociale": troppo fluida, alquanto comiziale e (me lo consenta Mossa) per nulla tecnica giuridicamente ». È possibile, certo, associarsi alla « voce ardente » di Mossa quando critica "l'egoismo", ma non si può andare oltre: la lettura del Codice (dopo la caduta del corporativismo) e la Costituzione negano l'interpretazione di Mossa: « la verità è che il codice civile del regime democratico non può non essere … un codice liberale » (L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I, *Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 14 e 39). L'appartenenza del diritto del lavoro al "diritto sociale" non ha fortuna neppure nelle pagine dei giuristi che, ponendo al centro dell'attenzione la Costituzione, si muovono su posizioni molto distanti da quella di Barassi. Cfr., ad esempio, C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro (Lineamenti di una teoria generale)*, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autonomia e costantemente osteggiata riguardo all'esplicita richiesta del "diritto libero del lavoro".

Accettando il diritto libero « si corre il gravissimo rischio di cadere nel caos » e di « invelenire la lotta di classe »: tutto quello che si può concedere — scrive Ferruccio Pergolesi — è che in determinati settori « il legislatore lasci al giudice una qualche libertà, sia pur delimitata, di prendere norma al di fuori della legge scritta; ma anche in tal caso, in ultima analisi, si avrà applicazione della legge. Del resto, a tal proposito, abbiamo già quel polmone … che è costituito dall'articolo 1124 del codice civile » (159). Di più non si può concedere e quanto si concede non è niente di più dell'estensione del diritto comune civilistico: la stessa "frantumazione giurisdizionale" e il fenomeno delle giurisdizioni d'equità — si afferma — non devono essere enfatizzate; il loro compito infatti è necessariamente transitorio, in quanto lo Stato non può abdicare alla sua funzione di « garantire la protezione dei diritti » (160).

A raccogliere un consenso pressoché generale sino a rappresentare una sorta di comune denominatore formale nei dibattiti dei decenni successivi è, invece, la questione dell'autonomia dei princìpi del diritto del lavoro che si inserisce nel vivo delle riflessioni che accompagnano la crescente frammentazione disciplinare. Dalle pagine di Mossa si può accogliere un punto, accettato tanto da chi discute di autonomia scientifica del diritto agrario che del diritto marittimo (161): non è la mera esistenza della legge, neppure nel caso in cui essa si traduca in un corpo organico, in Codice, a disegnare l'autonomia scientifica che per esistere esige princìpi generali, comuni a tutta la materia e al tempo stesso speciali. A colorare di nuovo i princìpi e a imporre la loro relativa insularità, a smuovere le

(159) F. Pergolesi, *Il diritto del lavoro come diritto libero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, pp. 300 e ss.; pp. 301 e 302.

(160) F. Pergolesi, *Il diritto del lavoro come diritto libero*, cit., pp. 302 e ss.; p. 306.

(161) Le pagine più significative del dibattito sono quelle di A. Arcangeli, *Il diritto agrario e la sua autonomia*, in *Rivista di diritto agrario*, 1928, pp. 6 e ss.; G. Zanobini, *Il problema dell'autonomia del diritto agrario*, in *ibidem*, pp. 370 e ss.; A. Scialoja, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, pp. 1 e ss.; e, soprattutto, T. Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, 1, pp. 1 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certezze della partizioni antecedenti è soprattutto la crescente "fusione di istituti pubblici con istituti privati".

Al fine di inquadrare in quest'àmbito di rivendicazioni di autonomie disciplinari i dibattiti relativi al diritto del lavoro può essere utile richiamare alcuni scritti di Alberto Asquini. Giova precisare subito però che la posizione di quest'Autore è significativa non per la presenza di un manifesto giuslavoristico, ma al contrario per la sua assenza. Il discorso sull'autonomia del diritto del lavoro diviene in Asquini fine a se stesso, il richiamo ai princìpi autonomi tende progressivamente a divenire vuoto di contenuti. Seguendo il crinale di questa progressiva indifferenza verso i contenuti, parte della scienza giuridica affronterà l'interminabile (e spesso vacua) discussione riguardo alle relazioni tra diritto del lavoro autonomo e diritto corporativo.

In una recensione a Bonnecase, nell'*Archivio giuridico* del 1922, Asquini si sofferma sulla questione dell'autonomia del diritto marittimo. Bonnecase aveva negato l'autonomia del diritto marittimo, inconfigurabile — a suo dire — dopo la codificazione e l'affermazione di un diritto legale e nazionale: esiste un unico sistema e, all'interno della grande partizione tra diritto civile e diritto commerciale, non è più possibile scorgere alcuna distinzione tra diritto commerciale terrestre e marittimo (162). Contro questa tesi Asquini insiste nella rivendicazione di autonomia: pur costituendo "eccezioni", le norme dei "sottosistemi" rappresentano comunque « sistemi giuridici organici che contengono in sé princìpi generali capaci di chiudere le lacune apparenti del sistema ». L'autonomia che il giurista è chiamato a scorgere è autonomia di princìpi, è presenza di « un sistema organico » (163) che come tale è del tutto indipendente

(162) La questione è — come al solito — ritenuta particolarmente rilevante ai fini dell'applicazione dell'estensione analogica: ci si chiede se, pur costituendo il diritto commerciale marittimo un diritto eccezionale rispetto al diritto civile e al diritto commerciale generale, sia possibile applicare l'estensione analogica delle norme commerciali prima di risalire al diritto civile, oppure di applicare l'estensione analogica delle norme del diritto marittimo prima di risalire al diritto commerciale generale. Cfr. A. ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto marittimo* (Nota critica, a proposito di J. Bonnecase, *Le particularisme du droit commercial maritime*, 1921), in *Archivio giuridico*, 1922, pp. 206 e ss. (poi in A. ASQUINI, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1936, vol. I, pp. 83 e ss.).

(163) L'autonomia sta nel fatto « che il complesso delle norme eccezionali,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla formale presenza del Codice. Nel momento in cui Bonnecase si concentra sul solo aspetto legislativo, trascura proprio questi elementi sistematici: « è relativamente indifferente » che si sia o meno in presenza di un Codice di diritto marittimo; non è la riforma legislativa che consente infatti di misurare l'autonomia scientifica di un settore. « Quello che noi sosteniamo è questo; che, qualunque sia il raggruppamento *esteriore* dato alle norme del diritto marittimo, tali norme *nella sostanza* dovranno essere coordinate e sistemate in modo autonomo, così da rispondere a quelle particolari esigenze tecniche della navigazione (…), esigenze che non verranno meno anche se il legislatore tutelasse gli opposti interessi di classe in modo più equo o più severo di quanto oggi non faccia » (164).

Nel 1925 Asquini affronta negli stessi termini il tema dell'autonomia del diritto del lavoro: quello che occorre ricercare — dice — non è un'unitarietà solo storica di tale diritto, ma una più profonda unitarietà sistematica, cogliendo i caratteri particolari della sua eventuale autonomia nel sistema generale del diritto. La ricerca può essere feconda solo se si abbandonano equivoci condizionanti: la legislazione sociale non è configurabile come legislazione di diritto pubblico; le leggi sociali pur dettando norme d'ordine pubblico sono da considerare nell'ambito del diritto privato. Insomma: « il diritto che regola i rapporti tra privati … è sempre diritto privato » (165). Alla scienza giuridica spetta il compito di costruire « un sistema organico di diritto nuovo », partendo dalla « congerie caotica e grezza delle leggi speciali » e guardando alle particolari esigenze della realtà, senza lasciarsi condizionare dalla presenza di

costituenti il diritto commerciale forma un sistema organico corrispondente a certe direttive peculiari richieste dalle esigenze del commercio (libertà di forma, più energica tutela del credito ecc.) e il complesso delle norme eccezionali costituenti il diritto marittimo forma un sistema organico rispondente a certe direttive particolari richieste dalle esigenze del commercio marittimo (particolare aleatorietà dell'industria marinara in relazione ai maggiori rischi della navigazione; comunione d'interesse e di rischio fra i partecipi della navigazione ecc.) ». A. ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto marittimo*, cit.

(164) A. ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto marittimo,* cit., p. 209 e 211.

(165) A. ASQUINI, *Sull'autonomia del diritto del lavoro* (Prolusione al corso di diritto del lavoro tenuto nel 1925 nella Facoltà di Scienze politiche della R. Università di Roma), in *Archivio giuridico*, 1926, pp. 215 e ss. (poi in A. ASQUINI, *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pp. 99 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un Codice: « l'autonomia del diritto del lavoro … non ha bisogno di un codice autonomo per essere riconosciuta dalla scienza » (166).

Le pagine di Mossa sono ripetutamente richiamate e il messaggio per un diritto del lavoro svincolato dalle regole del diritto civile (ma pienamente inserito nel diritto dei privati) è recepito. Profondamente diversa, però, è l'impostazione generale dei due commercialisti: l'acceso discorso programmatico a favore del diritto privato sociale di Mossa diviene in Asquini freddo elenco burocratico delle ragione dell'autonomia scientifica. L'autonomia esiste perché è visibile nella legislazione sociale (la elevazione del lavoratore — si precisa — non deve essere valutata « come espressione di uno scopo generalmente umanitario », « come tutrice d'interessi essenzialmente individualistici », ma « come tutela di un interesse collettivo: la salvaguardia e il potenziamento delle forze lavoratrici nell'interesse dell'economia collettiva della nazione » (167)), nel collegamento tra il lavoro e la persona umana (presentato come proclama posto a sostegno dell'interesse dell'economia collettiva della nazione), nella diffusione dei contratti collettivi, nella presenza di giurisdizioni di equità, nella progressiva internazionalizzazione delle norme sul lavoro. Il discorso di Mossa non solo è sterilizzato da qualsiasi riferimento al diritto libero, ma anche da ogni richiamo a princìpi espansivi di socialità, da qualsiasi cenno ad un uso « come legge » della contrattazione collettiva (rispetto al « progetto Rocco » si sottolinea l'importanza del fatto che il sindacato sia non solo *riconosciuto*, ma anche *controllato* dallo Stato). Resta insomma un'autonomia di princìpi attenta a marcare confini tra concetti devitalizzati, involucro di un "sistema organico" segnato con indifferente pedanteria didattica (168); rivendicazione puramente formale dell'autonomia dei princìpi del diritto del lavoro (169).

---

(166) A. ASQUINI, *Sull'autonomia del diritto del lavoro,* cit., pp. 231 e 232.

(167) *Ibidem,* p. 228 (testo e note).

(168) « Parlare di diritto autonomo della vendita, del mandato, del trasporto sarebbe certo scorretto. Non ci sembra invece scorretto parlare di un diritto autonomo agrario, di un diritto autonomo aereo, di un diritto autonomo minerario, perché si tratta di branche del diritto di vasto dominio, rispondenti a fenomeni economici aventi note distintive ben marcate, assise su un sistema di princìpi generali propri, soggette a un procedimento formativo ed evolutivo ad esse caratteristico. … [il] diritto del lavoro … da questo punto di vista organico … ha tutti i requisiti per essere considerato come una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Resta, però, nella prolusione di Asquini l'affermazione del complessivo carattere privatistico del diritto del lavoro autonomo. È quanto basta per trasformare, nei dibattiti immediatamente successivi alla legge del 1926, Asquini in un sostenitore estremo della « natura privatistica di tutto il complesso degli istituti di diritto sindacale » (170).

Nel deludente dibattito riguardo al *Nuovo diritto del lavoro nel sistema giuridico moderno* promosso dalla rivista *Il diritto del lavoro*, si assiste a un susseguirsi di prese di posizioni tanto ferme quanto generiche, di vuoti proclami, di *novissime* distinzioni. Dopo un altisonante messaggio di Brugi volto a mostrare come « le leggi speciali » non spezzino l'unità del diritto (171); gli altri interventi

---

branca autonoma di diritto privato ». A. ASQUINI, *Sull'autonomia del diritto del lavoro*, cit., p. 226). Sulla legge del 1926 e sulla figura del maestro di Asquini, Alfredo Rocco, è qui sufficiente rinviare ai due classici lavori di A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995 (prima ed. 1965), in particolare pp. 126 e ss.; P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

(169) Un'autonomia verso cui Mossa non mostra gradimento: « Non abbiamo bisogno di formulare un programma del diritto del lavoro, perché nella ricerca scientifica, come nella realtà della vita, i programmi di formule non contano nulla e solamente la realizzazione conta. Non è che perdere tempo fermarsi a dire che il diritto del lavoro è un gruppo sistematico di regole, fonti, concetti, fatti essenziali obbedienti ad una unità che fa un blocco entro qualunque più vasto sistema. L'interessante non è questo, sibbene realizzare ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro nel Codice civile*, cit., pp. 108 e 109.

(170) Si cfr. la nota (firmata dalla Direzione), *La sistemazione del diritto sindacale nel quadro del diritto moderno*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, 1, pp. 36 e ss. p. 37. Si cfr. anche nello stesso volume (pp. 66-67) la *Recensione* alla prolusione di Asquini, firmata da Dario GUIDI.

(171) « Le leggi speciali che hanno spaventato tanti i giuristi sino a scuotere gran parte del Codice civile, non sono che il tentativo di sfuggire alla tirannide delle astratte uguaglianze per dare giusto valore a diversità di fatto che niuno potrà mai sopprimere »: la legislazione del fascismo fa « diventa[re] giuridica una questione politica », trasforma un « embrione di diritto del lavoro … soltanto in qualche punto toccato dalla legislazione dello Stato » presente in età liberale in vero « Diritto del lavoro ». E ancora: « il Diritto del lavoro non è una legge di privilegio, ma una constatazione della realtà » volta a far cadere « l'idea dell'unità tirannica ed ingiusta di un Diritto astratto ». B. BRUGI, Intervento, in *Il diritto del lavoro*, 1927, 1, pp. 543 e ss., p. 544. Una rappresentazione dell'esigenza di « correggere le astratte norme giuridiche », favorendo una consapevole « considerazione casistica » (« Il codice non ci può offrire che schemi e formule generali la cui concreta determinazione è come una legge del singolo caso. Bisogna pur avere il coraggio di dirlo. Il nostro giudice fa in molti casi necessariamente ciò che lo autorizza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono tutti impegnati a configurare la natura privatistica o pubblicistica del nuovo diritto e il coro di condanna nei confronti della tesi dell'autonomia privatistica è unanime: « non esito a qualificare il diritto del lavoro come diritto pubblico » (172); la legge sindacale (« legge composita, organica, animatrice… nucleo poderoso di una autonoma disciplina giuridica ») « instaura un *novus ordo* nell'assetto statale », pertanto è da respingere la configurazione puramente privatistica del diritto del lavoro di Asquini e di Mossa (173); « il diritto del lavoro costituisce una pietra miliare, non soltanto nel diritto contrattuale, ma anche nella stessa organizzazione dello Stato » (174).

È abbastanza singolare che sia proprio Asquini a costituire il capro espiatorio dell'estremismo privatistico resistente all'innovazione; ed Asquini, convinto sostenitore del nuovo assetto politico, non è certo disposto a diventare il campione dell'autonomia privatistica del diritto del lavoro: le considerazioni della mia prolusione romana riguardavano — si affretta a dire — un assetto antecedente alla legge del 1926; « sono stato tra i primi a riconoscere il carattere squisitamente pubblico del nuovo ordinamento sindacale » (175). Nessuna rivendicazione, dunque, della complessiva unitarietà privatistica dell'assetto *autonomo* del diritto del lavoro; quello che non si può negare è soltanto che « le leggi organiche sul lavoro sono insieme leggi di diritto pubblico e di diritto privato », così come non si può negare una crescente « funzione sociale » degli istituti di diritto privato. Se si vuole rintracciare un approccio ancora tenace-

---

apertamente a fare l'art. 1, ormai famoso, del codice civile svizzero. Il giudice diviene legislatore ») era presente in B. BRUGI, *Sindacati leciti*, Nota a Corte di Cassazione di Torino, 12 luglio 1910, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, pp. 5 e 10 (dell'estratto).

(172) S. LESSONA, Intervento, in *Il diritto del lavoro*, 1927, p. 547.

(173) G. DE SEMO, Intervento, in *ibidem*, p. 550 e 552.

(174) N. STOLFI, Intervento, in *ibidem*, p. 918.

(175) A. ASQUINI, Intervento, in *ibidem*, pp. 912. Fa immediatamente da eco Carlo Costamagna (*Posizione del diritto corporativo fra le altre scienze giuridiche*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1928, pp. 147 e ss., p. 149) che ovviamente rivendica per sé la primogenitura: « Posso riconoscere a me stesso il merito, nella prima edizione del mio libro "Diritto corporativo italiano" pubblicato a tre mesi di distanza …[dalla promulgazione della legge del 1926] di aver tracciato la distinzione… ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente privatistico anche di fronte alla legge del 1926, insinua in un inciso Asquini, si cerchi altrove e si guardi a quanto scrive Barassi (176).

Ed è proprio a Barassi che è utile volgere l'attenzione, senza attardarsi a seguire tutte le schermaglie in tema di autonomia in cui i richiami all'organicità dei princìpi si confondono con l'esaltazione dei « nuovi vastissimi orizzonti [che] si aprono al diritto del lavoro » (177) e col richiamo a obiettivi contrastanti (178). Oltre (e più) che sulle cose, non ci si intende sui nomi. Si fa forza sulle connotazioni pubblicistiche della legge del 1926 per negare, anche nella terminologia, nessi con il passato: "diritto del lavoro" è definizione obsoleta — urla Costamagna —; la stessa nozione di diritto sindacale è stata « giustiziata » (come « la vecchia figura dell'autonomo "sindacato di diritto privato" ») dalla legge del 1926 (179); « per la retta interpretazione del nuove diritto » — aggiunge — occorre liberarsi della dizione diritto del lavoro, così come bisogna rifiutare il

(176) A. Asquini, Intervento, cit., pp. 912; 915; 917.

(177) L. Abello, *I nuovi orizzonti del diritto del lavoro*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1928, pp. 239 e ss.; p. 245.

(178) S. De Cristofaro, *L'obiettivo del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, pp. 920 e ss.

(179) C. Costamagna, *Diritto professionale o diritto del lavoro?,* in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 331 e ss. Si veda anche *La postilla* di D. Guidi, *Diritto sindacale o diritto corporativo?*, in *ibidem*, pp. 334 e ss. E, soprattutto, si veda la replica di F. Pergolesi, *L'autonomia del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 443 e ss. Pergolesi riprende Asquini e sviluppa ancora il tema della relativa autonomia del diritto del lavoro contro le argomentazioni « politiche » di Costamagna e contro il suo indeterminato "diritto professionale". Costamagna reagisce attaccando « il formidabile preconcetto individualistico » posto a sostenere il diritto del lavoro di Pergolesi: « la sua tesi diminuisce la dignità e svisa la realtà della riforma compiuta dal Fascismo. Per quanto nobili e grandi siano il concetto e il nome di "Lavoro" e di "Diritto del lavoro", è assurdo pensare che una riforma che ha mutato le basi dello Stato, erigendo il sindacato a corpo istituzionale e il contratto collettivo a fine della legislazione, possa ridursi al denominatore di un ramo del diritto privato "avente per centro la prestazione del lavoro umano retribuito" »; il termine « diritto del lavoro » riproduce, inoltre, « il vieto *pregiudizio della lotta di classe* trasferito nell'ordine giuridico, assolutamente contrario alla concezione solidaristica dei rapporti sociali che implica il sistema corporativo fascista » (C. Costamagna, *Ancora in merito al "diritto del lavoro"*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 545 e ss.; pp. 547 e 548).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« pregiudizio civilistico » e la vecchia « nomenclatura "sindacalista" » (180).

È interessante isolare in questo coro sempre più confuso di voci la posizione di Barassi. Di fronte all'insinuazione di Asquini, Barassi reagisce con una brevissima nota in cui il commercialista non è neppure menzionato: « non ho mai inteso asserire che il "Diritto sindacale" sia "diritto privato" »; ho prospettato — scrive — una distinzione tra un diritto del lavoro *in senso stretto* di stampo privatistico e un diritto del lavoro *ampio* connotato dagli aspetti pubblicistici del diritto sindacale (181). Barassi insiste sulla appartenenza « indubbia » del primo settore al diritto privato e si limita a seminare dubbi sistematici sul carattere necessariamente pubblicistico del diritto sindacale.

La precisazione è comprensibile in relazione ad uno scritto antecedente (quello richiamato da Asquini) sulla « delimitazione » dei confini tra le grandi ripartizioni del diritto (182). Nell'accrescersi

(180) C. COSTAMAGNA, *Posizione del diritto corporativo fra le altre scienze giuridiche*, cit., in particolare pp. 151 e 157. Anche in questo caso si confronti la replica di F. PERGOLESI, *Sul concetto di "diritto corporativo"*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* 1928, in particolare alle pp. 529 e 530: « Se il corporativismo contraddistingue lo Stato fascista, esso deve permeare tutta la legislazione, e se così è (o tende ad essere) non può parlarsi di un diritto corporativo a sé stante… Nel termine finale tutto il diritto viene ad avere carattere corporativo(fascista). Raggiunto che sia questo termine, non viene meno … la necessità … di distinguere i suoi rami fondamentali. … Ad una disciplina sembra che si debba finalmente riconoscere il diritto alla vita: intendo dire *il diritto del lavoro* ». Per un confuso ritorno di Costamagna sul tema, questa volta all'insegna del valore costituzionale del diritto corporativo, si cfr. C. COSTAMAGNA, *Diritto corporativo o diritto costituzionale?*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 77 e ss. (più tardi, e in modo sempre più confuso, Costamagna agiterà la bandiera di un "diritto privato di ordine pubblico": cfr. C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel sistema del diritto italiano*, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, pp. 47 e ss.). Per una sintesi delle diverse posizioni cfr. G. ZANOBINI, *Interferenze tra il diritto corporativo e gli altri rami del diritto*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., I, *Relazioni*, pp. 395 e ss. Il contrasto tra Pergolesi e Costamagna, tra diritto del lavoro e diritto corporativo, va considerato anche alla luce degli scontri concorsuali "comuni" ai due autori; interessanti osservazioni in proposito in F. LANCHESTER, *« Dottrina » e politica nell'università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, in *Lavoro e diritto*, 1994, pp. 49 e ss.

(181) L. BARASSI, *A proposito del carattere pubblicistico del nuovo diritto sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 68 e 69.

(182) L. BARASSI, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, in *Studi*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle "zone di confine", "zone grigie" tra i grandi settori del diritto, appartiene alla scienza giuridica il compito di porre in evidenza le caratteristiche proprie di ciascuna nuova zona. Esistono poche certezze: « la determinazione legislativa non è mai così precisa da eliminare i dubbi dell'interprete » ed è difficile anche di fronte ai nuovi assetti abbandonare le ripartizioni consolidate (« a parte la cosiddetta legislazione sociale, si può ritenere che il diritto del lavoro non sconfini dal diritto privato, ma non è sicuro che questo sia vero anche per il diritto sindacale plasmato dalla legge 3 aprile 1926 n. 563 »). Si può, volendo — anche se in base ad argomenti che « non sono pien provanti » —, affermare che con la legge del 1926 si realizza uno spostamento verso il diritto pubblico; quello che si deve escludere in ogni caso è l'affermarsi di « un *tertium genus* autonomo » (183). Le *zone di confine* infatti non hanno regole isolabili a quel solo territorio e restano — insiste Barassi — pur sempre zone *comuni*: « le varie branche del diritto corrispondono, sì, a una reale diversità di categorie, ma … non vi è un solco profondo e ben nitido tra esse, che ne faccia altrettanti organismi autonomi. È la vecchia verità, non sufficientemente tenuta in considerazione, dell'unità sostanziale del diritto » (184).

Il discorso — qui solo allusivo — è pienamente sviluppato qualche anno dopo allorché Barassi affronta in modo diretto il tema del rapporto tra *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo* (185). La linea di fondo resta quella della difesa del diritto comune civilistico che si traduce in affermazione della presenza di un diritto del lavoro la cui configurazione è però inevitabilmente ridotta in spazi sempre più angusti. La difesa della « unità sostanziale del diritto » è per Barassi affermazione del diritto comune civilistico: « Insisto su questo punto: perché è oggi molto diffusa l'illusione che il diritto che si è andato in questi anni e si va ancora plasmando faccia divorzio completamente dal diritto comune che si ritiene (ed

dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi dalla facoltà di giurisprudenza, Milano, « Vita e pensiero », 1927, pp. 147 e ss.

(183) L. Barassi, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, cit., pp. 151 e 153.

(184) *Ibidem*, p. 157; cfr. anche p. 158.

(185) L. Barassi, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 47 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è certo in alcune parti) un monumento venerabile per gloriosa vetustà. Nessun diritto nuovo, per singolare che sia (in quanto interessi anche il diritto privato), sta a sé come un mondo tutto chiuso e sospeso nell'aria, senza tentacoli che l'accostino al diritto comune: meglio senza radici che si affondino in quest'ultimo » (186). Non si tratta di una questione irrilevante; partendo infatti da questo punto Barassi può affermare che il generico contenitore "diritto corporativo" può acquisire contenuti solo se accostato al diritto comune: il diritto corporativo non ha autonomo rilievo, deve essere valutato alla stregua di una « fonte » tra le altre fonti; il diritto corporativo « si limita a somministrare i mezzi dai quali risulta la tutela e la disciplina del lavoro: ma il contenuto di essi, cioè questa disciplina in quanto incide sul rapporto giuridico di lavoro (di lavoro effettivo: dunque rapporto giuridico individuale) è cosa molto diversa » (187).

La « natura del mezzo » non incide, dunque, « sul contenuto che col mezzo viene plasmato ». Anche se il diritto corporativo è la principale fonte del diritto del lavoro, i due aspetti restano separati: « Sono così differenti come differente è il concetto dello Stato e dell'interesse collettivo da quello dell'individuo e dell'interesse individuale; quello della coazione proveniente dalla potestà d'impero da quello dell'autonomia individuale. Potremmo dire: come il diritto pubblico da quello privato » (188). I termini della questione, nonostante la configurazione ampia data al « mezzo » diritto corporativo, non sono mutati rispetto a quanto Barassi scriveva agli inizi del

(186) *Ibidem*, p. 56. È evidente l'assonanza con le argomentazioni utilizzate trent'anni prima da Barassi per respingere *l'intervento coattivo* dello Stato e negare l'incidenza della legge sociale sulla *parte immutabile* del diritto delle obbligazioni: di fronte alla « complessità dei rapporti sociali » anche i « rapporti giuridici tra capitale e lavoro » sono « divenuti assai complessi »; ma « siamo ben alieni dal dire, come oggi è vezzo, che ogni rapporto sia rotto con il passato; che la teoria romanistica sia oggimai, in questa parte, nulla più di un complesso di nozioni da collocarsi nella rancida archeologia del diritto, da abbandonarsi alle curiose indagini dello storico avido di rimestare il passato » (così nella Introduzione a *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 3).

(187) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 66.

(188) L'interesse collettivo è — come si vede — nettamente collocato nella sfera del diritto pubblico; il diritto privato riguarda esclusivamente l'interesse individuale. L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Novecento: « lo Stato e quindi il corporativismo non annulla l'individuo, ma anzi lo presuppone; e così accanto all'interesse collettivo della produzione nazionale vi è quello puramente individuale dell'imprenditore che, per i fini della propria azienda, assume un lavoratore, e un lavoratore che per scopo di sostentamento si colloca in un'azienda. Accanto alla produzione nazionale, risultato di più energie e più fattori associati, vi è l'azienda privata, dove domina l'iniziativa individuale… Ora qui domina, appunto, il diritto privato; qui troviamo il diritto del lavoro in senso proprio » (189).

La delimitazione è netta, così come netta è l'opposizione ad una visione "pubblicistica": « nessuno vorrà fare dell'impresa un organismo del diritto pubblico »; « nessuno vorrà fare del contratto una figura del diritto pubblico » (190). Contro la « frenesia innovatrice », è essenziale pertanto che « la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico continui a permeare di sé in modo fondamentale il nostro sistema giuridico » (191). Quella distinzione — insiste Barassi — non è obsoleta: serve per ribadire che « il diritto del lavoro » ha una « natura prevalentemente privatistica » e che è configurabile come diritto (autonomo) munito di princìpi propri. L'autonomia è da escludere invece per un diritto corporativo "infiltrato" in tutti i diversi settori del diritto « così da non avere una sua autonomia fisionomica che lo separi nettamente da quelle branche » (192).

L'autonomia dei princìpi del diritto del lavoro (193) non può che

(189) *Ibidem*, p. 67. Può essere utile cfr. G. Olivetti, *La dottrina giuridica e il diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 177 e ss., in cui (sia pure all'interno dell'affermazione del diritto corporativo come « nuova branca di scienza giuridica, alla quale non può contestarsi carattere di autonomia ») si ribadiscono gli stessi princìpi (in particolare alle pp. 181 e ss.).

(190) L. Barassi, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 67.

(191) *Ibidem*, p. 69.

(192) *Ibidem,* p. 74. Per una negazione dell'autonomia scientifica del diritto corporativo si veda anche G. Salemi, *Concetto, partizione e natura del diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 186 e ss., in particolare pp. 192 e ss. Pur all'interno di una struttura che si dice disinteressata al problema (« di limitata importanza pratica ») della natura e dell'autonomia del diritto corporativo, la questione è ampiamente affrontata anche da G. Chiarelli, *Il diritto corporativo e le sue fonti*, Perugia-Venezia, « La Nuova Italia », 1930, in particolare pp. 19 e ss. (citazione da p. VII).

(193) « Per un'autonomia vera e propria non basta naturalmente l'indice meramente esteriore della raccolta in un "Codice del lavoro" … occorre invece che una data

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rinviare anche ai princìpi del diritto corporativo, ma lo spostamento "in alto" del diritto corporativo (presentato come sinonimo di diritto fascista, generica fonte di intervento sociale dello Stato) aiuta a costruire la relazione tra diritto del lavoro (« prevalentemente privatistico ») e diritto corporativo con le stesse modalità utilizzate agli inizi del secolo per isolare gli apporti pubblicistici dal diritto comune civilistico, quasi a far rivivere (nella solitaria costruzione scientifica) l'illusione di una purezza *civilistica* ancora non contaminata dall'*intervento coattivo* dello Stato.

L'autonomia del diritto del lavoro rivendica una complessiva unitarietà che Barassi sente di poter sottoscrivere richiamando il suo diritto comune civilistico di stampo individualistico, un diritto che appare sempre più povero di contenuti (194). È solo la separazione però a mostrare l'intero volto della disciplina: il diritto del lavoro civilistico si restringe sempre più e offre l'illusoria certezza di una configurazione dell'autonomia contrattuale come caratteristica essenziale di una disciplina che resta comunque *immutata,* al di là della

---

materia abbia caratteri propri peculiari che esigano norme costituenti un sistema a sé, ravvivato da un'anima sua sotto forme di direttive generali che le sono proprie… » (L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 73).

(194) Da questo punto di vista Barassi continuerà a difendere, contro le visioni « acontrattuali », il diritto del lavoro radicato nel diritto comune: « …con buona pace di questi zelanti novatori il diritto comune, cioè i princìpi generali che ci vengono dal diritto civile, è più vivo e robusto che mai. … Io non credo che il regime fascista rappresenti il totale capovolgimento di tutta la vetusta tradizione che ci è venuta dal diritto romano. Questi istituti che, come il rapporto di lavoro, hanno subito oggi una profonda rielaborazione non possono … vivere tra cielo e terra, staccati dal sottosuolo del diritto comune; da questo, come manifestazione dell'attività dei singoli, ricevono pur sempre nutrimento » (L. BARASSI, *« Il rapporto di lavoro » e la sua contrattualità*, in *Il diritto del lavoro*, 1939, pp. 69 e ss.; pp. 71 e 76). Solo dopo aver affermato che « non si è spezzato interamente il filo della tradizione », si potrà partecipare, « senza nessuna esagerazione retorica », al coro volto ad esaltare il carattere fondamentale e rivoluzionario della legge Rocco, il ruolo forte dello Stato che ha superato l'illiceità in passato tollerata del diritto di sciopero (che una parte della dottrina aveva "addirittura" considerato « quasi come un diritto della collettività differente da quello dei singoli »): « Oggi non è più così. Lo Stato è sceso nella piazza nella fucina negli uffici nei campi a imporre il dovere del lavoro, in nome di interessi nazionali che esigono la collaborazione di tutti » (L. BARASSI, *Il decennale dell'ordinamento sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1937, pp. 61 e ss., pp. 61 e 62).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislazione sociale e delle assicurazioni sociali (195), al di là dell'assetto del diritto corporativo. Da qualunque parte si guardi quel diritto del lavoro, si ha l'impressione di una sua evanescenza: presentato "in senso ampio" semplicemente non esiste e, "in senso stretto", è così mutilato di sue parti essenziali da essere irriconoscibile.

La nettezza della linea di confine tra pubblico e privato tracciata da Barassi è molto di più di una fiera opposizione alle rivendicazioni espansive del diritto corporativo e alla visione "panpubblicistica" del diritto; la purezza del diritto civile di Barassi continua a presentare infatti tutti i limiti culturali del suo progetto di un diritto del lavoro come mera espressione del diritto comune civilistico. La nettezza dei confini è opposizione ad un incontro del diritto del lavoro (come diritto del contratto individuale di lavoro) con una dimensione sempre più ampia e composita di socialità non più componibile entro le strette maglie concettuali di un'eccezionale "coazione" pubblicistica non assimilabile all'essenza del diritto civile (una distinzione mai del tutto abbandonata negli schemi barassiani).

Se le distinzioni di Barassi appaiono sempre più meri esercizi di stile, non risultano molto più solide le classificazioni di chi, sposando assieme i diversi termini, prospetta una *natura giuridica del nuovo diritto del lavoro* in cui "la spontanea disciplina del diritto privato del lavoro" svanisce in prima battuta per essere poi recuperata dopo il salutare bagno pubblicistico. « Qualunque sia … la soluzione concreta, proposta dallo Stato fascista del problema del lavoro, è chiara questa direttiva: di mettere il diritto privato del lavoro sotto la tutela del diritto pubblico del lavoro; o, in altri termini di fare intervenire lo Stato a vigilare in qualche modo, diretto o indiretto,

(195) Si cfr. anche L. BARASSI, *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 159 e ss., in cui si insiste nel rimarcare l'appartenenza esclusiva del sistema delle assicurazioni sociali al diritto pubblico, escludendo qualsiasi "contaminazione" con il sistema del diritto civile, qualsiasi riforma dell'assetto del diritto comune, qualsiasi possibilità della teoria del rischio professionale di incidere negli assetti contrattuali tra privati come insegnavano "superate" costruzioni privatistiche (si cfr. in *ibidem*, in particolare alle pp. 162; 165; 169; 173 e 175).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul rapporto privato di lavoro » (196). Il *nuovo diritto italiano del lavoro* ricongiunge aspetti disgiunti, è finalmente « *combinazione tra diritto pubblico e privato*, nella visione della unità del diritto, attraverso l'unità della vita sociale ». Su tutto domina però incontrastato l'interesse dello Stato (« modesta, ma chiara e sintetica verità: non l'interesse dello Stato soggiace all'interesse individuale; ma l'interesse delle categorie, delle classi deve soggiacere all'interesse collettivo, impersonato nello Stato ») che consente la *fusione* dei diversi termini: « il diritto pubblico sindacale corporativo tende a divenire una spontanea disciplina del diritto privato del lavoro, devesi senz'altro convenire, che la illuminata provvidenza legislativa fascista inizia una nuova storia nel diritto italiano » (197).

Chi tenta di definire *il concetto del diritto del lavor*o, isolandolo sia dalle simmetrie del diritto comune civilistico che dall'abbraccio del diritto corporativo, afferma la sua « essenza », « la novità dei princìpi », le sue caratteristiche autonome, nella presenza "congiunta", "inscindibile", "indissolubile" di elementi patrimoniali e di elementi personali, cui si ricollega « l'essenza stessa del diritto del lavoro » (198). Pur isolando tale specificità, resta difficile sottrarsi al gioco delle appartenenze pubblicistiche o privatistiche e alla defini-

(196) B. DONATI, *Natura giuridica del nuovo diritto del lavoro*, in *Dizionario di legislazione sociale*, 1928 (a p. 4 dell'estratto). Da questo punto di vista la questione è mero prolungamento del tema dell'intervento dello Stato sulla società civile: « la determinazione del carattere pubblicistico o privatistico del diritto del lavoro » è rilevante « perché, sotto questa luce, viene in giuoco il capitale problema del grado maggiore o minore, di intervento dello Stato rispetto all'iniziativa del privato o delle libere categorie professionali nella disciplina del rapporto di lavoro » (p. 3).

(197) B. DONATI, *Natura giuridica del nuovo diritto del lavoro*, cit., pp. 19 e 20.

(198) Cfr. G. D'EUFEMIA, *Sul concetto del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1935, pp. 307 e ss., in particolare pp. 315 e ss. Il saggio presenta critiche sia nei confronti di Sinzheimer che di Mossa, ma è comunque a questi due autori che si rinvia ripetutamente per marcare « l'essenza stessa del diritto del lavoro », il lavoro collegato alla « dignità umana », al "diritto della persona" (p. 310). Per una presa di distanza rispetto a Mossa (la critica va al tendenziale assorbimento del diritto del lavoro nel diritto dell'economia) si veda G. D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro e diritto economico*, in *Il diritto del lavoro*, 1935, 1, pp. 211 e ss. Riguardo all'indissolubilità di *realità* e *personalità* si cfr. anche G. D'EUFEMIA, *Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro*, in U. Borsi e F. Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, I, Padova, Cedam, 1938, pp. 85 e ss., in particolare pp. 104 e ss. (le pagine dedicate a "il contratto di lavoro come categoria autonoma di contratto").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dei confini con il diritto corporativo (199). La ricerca della unitarietà del concetto e dei suoi princìpi propri, per quanto sofisticata, resta dominata da scissioni insanabili.

Chi si affanna a provare le ragioni *logiche* dell'autonomia del diritto del lavoro riesce soprattutto a dimostrare le incongruenze presenti nella "visione privatistica" e in quella "pubblicistica", ma non riesce a sanare la frattura tra le diverse visioni. Può aiutarci a comprendere la questione uno scritto che si presenta debolissimo nella parte propositiva, ma che è efficace nell'illustrare come, alla fine degli anni Trenta, l'immagine del diritto del lavoro fosse quella di un diritto smembrato e incapace di ottenere una sua unitarietà: « da parti opposte, da cultori di diritto privato e da cultori di diritto pubblico, si muovono… attacchi al concetto di diritto del lavoro » (200).

La negazione di autonomia del diritto del lavoro è dovuta — si afferma — alla congiunta miopia dei privatisti e dei pubblicisti: i privatisti, guidati da Barassi, si limitano a vedere il diritto del lavoro solo lì dove esista un contratto di lavoro — come se « all'infuori del contratto non esist[a] diritto », come se « giuridico sia semplicemente il contrattuale » (201) —; i pubblicistici, muovendo da una concezione amministrativistica e paternalistica, restringono il diritto del lavoro alla *tutela giuridica del lavoro* (202) o si soffermano semplicemente « attorno all'isola emersa dal mare delle nuove norme, il diritto corporativo » (203). Gli uni e gli altri prospettano un diritto del lavoro scisso e impoverito da zone interferenti impossibili da unire in un solo concetto; gli uni e gli altri incapaci di comprendere che « il diritto del lavoro nella sua unità è irriducibile agli schemi delle tradizionali branche del diritto privato (…) e parimenti … agli schemi delle discipline del diritto pubblico » (204). Ultimata

(199) G. D'Eufemia, *Sul concetto del diritto del lavoro*, pp. 331 e ss. riguardo alla disputa sull'appartenenza al diritto pubblico e privato; pp. 334 e ss. riguardo alle differenze tra diritto del lavoro e diritto corporativo.

(200) R. Marrosu, *Sul concetto di diritto del lavoro italiano. La dottrina*, in *Il diritto del lavoro*, 1938, (pp. 30 e ss. e 190 e ss.) p. 30.

(201) *Ibidem*, pp. 33 e 35.

(202) *Ibidem*, pp. 35 e ss.

(203) *Ibidem*, p. 190.

(204) *Ibidem*, p. 198; e p. 199: « La barriera posta non tra due branche del diritto, ma tra due diritti, il pubblico e il privato, i cui residui restano ad esercitare una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la *pars destruens,* la ricerca di « principi proprii » per mostrare l'autonomia di un unitario diritto appare ancora tutta da compiere. Di fronte a « un diritto del lavoro [che] perde terreno » , ad una scienza ufficiale che oramai lo dà per « morto », la domanda riguardo a cosa sia il diritto del lavoro (inteso in senso unitario, in senso lato) resta inappagata. Si offre un semplice rinvio a « norme classificate intuitivamente quali norme giuridiche del lavoro »; « norme che gravitano attorno ad un nucleo centrale: il lavoro » (205). È solo questa tautologia che consente di prospettare l'unitarietà della disciplina.

Nel susseguirsi di demarcazioni volte ad affermare configurazioni (più o meno nette) di princìpi generali propri (206), di traballanti linee di confine tra pubblico e privato per difendere uno spazio di autonomia contrattuale dai contorni sempre più indistinti (o, al contrario, per mostrare che « l'elemento contrattuale del diritto del rapporto individuale di lavoro si è volatilizzato » (207)), particolarmente equilibrata appare la voce di Paolo Greco che, in una tra le monografia più rilevanti del periodo, sceglie di non occuparsi del tema, mostrando scetticismo nei confronti di « un preteso diritto autonomo » dall'estensione controversa, con un carattere pubblicistico e privatistico difficile da definire, con dei connotati tipici

---

perniciosa influenza nell'ostacolare la concezione unitaria del diritto del lavoro, si era già eretta per opporsi alla visione unitaria di singoli istituti, ad esempio, del rapporto di impiego ».

(205) R. MARROSU, *Sul concetto del diritto del lavoro italiano. La ricerca logica*, in *Il diritto del lavoro*, 1937, pp. 261 e ss.; pp. 261; 267; 272.

(206) Per una scialba rassegna delle diverse opinioni, accompagnata dalla ricerca di una « demarcazione esatta », di un « criterio distintivo netto » tra diritto del lavoro e diritto corporativo si cfr. L. VIESTI, *Diritto del lavoro e diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, pp. 288 e ss. Si cfr. anche G. MAZZONI, *A proposito della distinzione tra diritto corporativo e diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, pp. 409 e ss. Le dispute sul punto continuano anche negli anni successivi, si cfr., per tutti, O. FANTINI, *Legislazione corporativa del lavoro*, Milano, Vallardi, 1938, pp. 12 e ss.

(207) « Lo speciale rapporto giuridico di lavoro è il primo ad allontanarsi dalle direttive fondamentali del diritto comune civile… e man mano viene acquistando energia propulsiva di principio trasformatore di tutto l'ordinamento giuridico dei rapporti economici. … Leva di questa forza espansiva è la sostituzione del principio contrattualistico di diritto privato col principio normativo di diritto pubblico » (C. ARENA, *I principi corporativi di trasformazione del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1935, pp. 286 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(svalutazione dell'autonomia contrattuale degli individui, ingerenza e controllo dello Stato) oramai « connessi ad ogni forma di attività economica » (208). Meglio, allora, rinunciare alle distinzioni e alle nette separazioni per tentare, senza proclami, di « delineare una disciplina integrale del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta da tutte le norme, di qualunque colore esse siano » (209).

Il dibattito sull'autonomia dei principi si era sclerotizzato: la formalistica presa d'atto (dal sapore realistico) della presenza di un diritto non più caratterizzato dalle pesanti certezze del diritto comune civilistico era quanto di meglio si riusciva ad opporre alla sterile difesa di distinzioni avvertite come ultimo baluardo di "purezze" perdute. A quanti non erano disposti a lasciarsi andare alla *frenesia innovatrice* rimaneva ben poco; la principale assenza, nel momento in cui si tentava di svincolare l'autonomia del diritto del lavoro dall'assetto *costituzionale* posto in essere dal regime, era proprio quella di un progetto e di un assieme di principi *autonomi* attorno a cui aggregare i molteplici aspetti della disciplina.

---

(208) P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, Utet, 1939, pp. 93 e 94. Anche Greco però non si era sottratto alle dispute sull'autonomia e sull'individuazione dei confini disciplinari, si cfr. P. Greco, *Diritto sindacale e corporativo*, Relazione al primo Congresso giuridico italiano, Tivoli, Mantero, 1933 (in particolare pp. 4 e ss. dell'estratto). Un veemente attacco contro la relazione di Greco è in A. Volpicelli, *Diritto sindacale e corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1934, pp. 12 e ss. che gli rimprovera di riproporre il « solito angusto e stilizzato cliché » di un diritto corporativo come « semplice piano giuridico insinuantesi nella struttura dello Stato liberale, in guisa da non scalzarlo o riformarlo radicalmente, ma proprio da integrarlo » (pp. 15 e 17). Da questo punto di vista particolarmente attaccata è l'affermazione di Greco secondo cui « l'ordinamento corporativo ha soprattutto integrato la struttura giuridica della società *sovrapponendo* al piano dei rapporti individuali, riconosciuti e conservati nei loro fondamentali tipi economico-giuridici e nelle rispettive configurazioni di diritti soggettivi, il piano dei rapporti collettivi » (nella citata relazione di Greco alle pp. 15 e 16; per le critiche di Volpicelli, si veda nell'articolo citato, in particolare alle pp. 16 e ss.; 29 e ss.).

(209) P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 93 e 94 (con in nota un richiamo a Sinzheimer riguardo alla inscindibilità degli aspetti pubblicistici e privatistici del rapporto di lavoro e della sua disciplina). Per una critica, a difesa dell'autonomia, si cfr. L. Riva Sanseverino, *Rassegna di diritto del lavoro*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, p. 308; si cfr. per una proposizione negli stessi anni delle argomentazioni sull'autonomia, F. Pergolesi, *Nozione, sistema e fonti del diritto del lavoro*, in U. Borsi e F. Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 41 e ss.; L. De Litala, *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1938, 1, pp. 421 e ss., pp. 427 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Diritto del lavoro e corporativismo. Interessi collettivi e interesse nazionale, pluralismo giuridico e diritto statuale.*

Il Bilancio del primo anno di attività della rivista *Il diritto del lavoro* sottolinea con enfasi la presenza di « un diritto nuovo » (« branca giuridica autonoma del sistema giuridico vigente ») caratterizzato da « norme nuove e capaci di vivere nel sistema del diritto vigente, come regime autonomo e facente fine a sé stesso ». Non si parla del diritto del lavoro, ma del diritto corporativo da classificare « non più *tra* le altre branche » ma « *al di sopra* di esse » (210).

L'affermazione può essere volta in più direzioni. La concezione corporativa può essere intesa come originale risposta alla crisi dello Stato moderno, come nuovo e complessivo sistema di organizzazione delle fonti del diritto (211); ma anche nel senso "debole" visto sopra negli argomenti di chi ripete che, essendo posto *al di sopra*, il diritto corporativo si irradia dappertutto e non può dunque rivendicare una sua autonomia, né impone la dissoluzione degli altri settori giuridici esistenti e, in particolare, del diritto del lavoro. È inutile però attardarsi ancora nelle dispute terminologiche riguardo alla nomenclatura ufficiale della disciplina e alla definizione dei confini tra diversi spazi di autonomia scientifica: al di là delle barriere, occorre semplicemente constatare che (anche nei più tenaci difensori dell'insularità dei diversi settori) il dibattito sul corporativismo si intrecciò e assorbì la questione dell'autonomia del diritto del lavoro che rimase malamente in piedi in una versione "ristretta" e mutilata. Giova abbandonare, dunque, le posizioni dei fautori delle distinzioni per considerare brevemente quale rappresentazione del diritto del lavoro (*in senso ampio*) si può cogliere nella prospettiva di quanti presero sul serio il corporativismo e proposero una *nuova dogmatica*.

Alcune pagine molto note di Giuseppe Maggiore pongono in termini essenziali la questione del corporativismo come « supera-

---

(210) Cfr., con la firma della Direzione, *Bilancio,* in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 3 e ss.; pp. 3 e 4. Cfr. anche D. GUIDI, *L'oggi e il domani del diritto corporativo*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1928, pp. 619 e ss., p. 627.

(211) Cfr. G. BOTTAI, *La concezione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 7 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento della dogmatica tradizionale » (212). Le diverse « teorie circa l'esistenza di un diritto corporativo come organismo giuridico autonomo » sono — sostiene — destinate a non approdare ad alcun risultato; quei dibattiti sono significativi soltanto perché dimostrano « la resistenza del diritto corporativo a essere costretto negli schemi della dogmatica tradizionale » (213). Ed è proprio questo l'aspetto che Maggiore invita a prendere sul serio, attaccando direttamente la teoria delle fonti quale punto cruciale della dogmatica tradizionale: il « nuovo diritto sindacale fascista » è « incompatibile » con la « rigidezza » della tradizionale teoria delle fonti del diritto; esige « una revisione del concetto usuale di legge, intesa restrittivamente come legge parlamentare », impone che si superi il proclama « tutto nella legge e per la legge », che si abbandoni « l'identificazione di tutto il diritto oggettivo con la legge » (214). L'abbandono della centralità dei singoli individui per quella dei sindacati non si traduce in dispute formali sulla configurazione di assetti autonomi, ma pone in discussione i caposaldi teorici della dogmatica tradizionale: le nuove fonti del diritto sono lì a mostrare l'impossibilità di identificare ancora legge e diritto (« il monopolio legislativo del parlamento oggi non è più senza eccezioni ») e la presenza di un nuovo quadro complesso di cui tener conto senza pregiudizi (215).

Le ricostruzioni giuridiche orientate in questa direzione non mancarono; anche se, nella maggior parte dei casi, non si andò più in là di semplici suggestioni pluralistiche sempre pronte ad arretrare di fronte alla costruzione (non solo retorica) dello Stato fascista come superiore unità e sintesi. Qualche anno prima era stato lo stesso Maggiore a presentare una ricostruzione pluralistica — opposta alla concezione del *monopolio dello Stato sul diritto* (e volta a *dissociare lo Stato dal diritto*) — per coniugare, attingendo a piene mani dalla teoria di Santi Romano, « la pluralità degli ordinamenti giuridici e lo Stato corporativo » (216). La pluralità degli ordinamenti

(212) G. Maggiore, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 543 e ss.

(213) *Ibidem*, pp. 544-545.

(214) *Ibidem*, pp. 545 e 546.

(215) *Ibidem*, pp. 548-549.

(216) È il titolo del quarto paragrafo del saggio di G. Maggiore, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 186 e ss.; cfr. in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e l'unità dello Stato sono rappresentati in termini di tendenziale autonomia: « l'ordinamento giuridico corporativo e intercorporativo … è *al di qua* dello Stato »; « lo Stato come sovranità e potenza, è l'assoluto *di là* del diritto …, è sopra ed *oltre* il diritto »; la pluralità degli ordinamenti giuridici è « riassunta, non risoluta, nell'unità e nella potenza della Nazione » (217). La forza della consapevolezza di una visione più articolata delle fonti del diritto, non riesce comunque ad andare molto *al di là* delle formule suggestive.

Ancora più netti sono i richiami alle tesi delle pluralità degli ordinamenti in Sergio Panunzio che piega le formule romaniane al servizio del suo Stato sindacale: nella crisi dello Stato moderno allo « Stato degli individui » succede « lo Stato dei Sindacati e il diritto inter e super sindacale » (218). *Stato sindacale*, insiste Panunzio di fronte alla legge del 1926, è formula che non annulla lo Stato e non annulla il Sindacato (219): è riconoscimento che « l'istituzione … è il centro di gravità del mondo giuridico, il quale è costituito in effetti da una pluralità di enti giuridici » (220) che costituiscono « *dati giuridici di primo grado* » che saranno poi « sottordinati allo Stato e

---

particolare pp. 189; 190 e 191: « …cade la teoria che lo Stato sia l'unico ordinamento giuridico, il solo produttore del diritto »; « Noi crediamo che la costruzione dommatica della novissima fase dello Stato (…) non possa farsi, se non dissociando lo Stato dal diritto, se non scomponendo questa equazione che stava alla base dello Stato democratico-liberale. Non si può costruire idealmente lo Stato corporativo, se non frantumando l'idolo dello Stato giuridico » (il richiamo esplicito non va a Santi Romano, ma a Léon Duguit).

(217) G. MAGGIORE, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico,* cit., p. 193.

(218) S. PANUNZIO, *Lo Stato sindacale* (Prolusione al corso di Filosofia del diritto all'università di Ferrara, 16 novembre 1922), in *Rivista di diritto internazionale di filosofia del diritto*, 1923, pp. 1 e ss.; p. 19 (e ora in S. PANUNZIO*, Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, Bonacci, 1987, pp. 139 e ss.).

(219) S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati* (*Il neo sindacalismo di Stato*), in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, pp. 273 e ss. (anche in S. PANUNZIO*, Il fondamento giuridico del fascismo*, cit., pp. 160 e ss.). La formula di « un regime di parità tra lo Stato e il sindacato » è attaccata come *vulnus* nei confronti della supremazia statale da C. COSTAMAGNA*, Stato corporativo (a proposito del neo sindacalismo di Stato),* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, pp. 414 e ss. Si veda anche la *Postilla* di PANUNZIO a quest'intervento (alle pp. 423 e ss.): « La verità è che … non vulnero, ma ingrandisco ed arricchisco gli elementi ideali dello Stato » (p. 424).

(220) S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricreati dal crisma dello Stato » (221). *L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici,* in un primo momento in bilico nelle pagine di Panunzio tra rappresentazione pluralistica e statualistica (222), dovranno convivere in un impianto sempre più condizionato dalla preminenza dello Stato fascista presentato come momento di necessaria unità, di « crisi della teoria della pluralità », di *risoluzione* della questione della pluralità (223). La formula « molteplice giuridico, unità statale » (224) resta sospesa tra una pluralità sempre più vuota e un'unità statale sempre più piena; allo stesso modo il diritto sindacale e corporativo di Panunzio distrugge il « vecchio » diritto del lavoro (in cui il lavoro è « oggetto di protezione e tutela giuridica, in cui il lavoro è merce, oggetto, non soggetto, materia, non dignità spirituale e valore politico fondamentale dello Stato »), ma non riesce mai a fornire una ricostruzione (né un progetto) in grado di svincolare le intuizioni pluralistiche da una continua sudditanza verso la « volontà superiore, autoritaria e sovrana » dello Stato (225).

---

(221) *Ibidem*, p. 280.

(222) « Io non soffoco il Sindacalismo; non abolisco l'autonomia giuridica interna dei Sindacati; ma, invece di ammettere il pulviscolo sindacale ammetto un fitto intenso reticolo organico di Sindacati, cioè lo Stato dei Sindacati, l'istituzione o l'organizzazione sistematica inter o super sindacale; ammetto l'autonomia del diritto sindacale, lo Statuto di ogni sindacato, ma sottopongo questo Statuto al *giudizio*, quindi all'*imperio* dello Stato » (S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., p. 280).

(223) Si cfr. ampiamente sul punto nel saggio "autobiografico" in cui Panunzio riassume e riordina le sue idee in tema di pluralismo e di unità statale, nel suo percorso « da Sorel a Mussolini »: S. PANUNZIO, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, Soc. tip. Modenese, 1931, p. 19 e p. 27: « Lo Stato dirige, forma, unifica, comanda, non distrugge, non inghiotte la società: concetto questo su cui ho sempre insistito, che *risolve* la questione della *pluralità* ». Sulla questione si cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "l'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, cit., pp. 26 e ss.; F. PERFETTI, *Un teorico dello Stato sindacale-corporativo* (Introduzione a S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, cit.), in particolare pp. 119 e ss.; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 216 e ss.

(224) S. PANUNZIO, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 46 e ss.

(225) Osservazioni a difesa del diritto del lavoro in G. D'EUFEMIA, *Il concetto del diritto del lavoro*, cit., pp. 310 (da cui è tratta la citazione di Panunzio riportata nel testo). Per i dibattiti degli anni successivi si cfr. S. PANUNZIO, *La corporazione come concetto giuridico*, in *Archivio di studi corporativi*, 1939, pp. 262 e ss.; in particolare 281 e ss.; per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche nelle ricostruzioni più tecniche del fenomeno corporativo le contraddizioni rimangono e talvolta si accrescono: il diffuso omaggio alle tesi istituzionalistiche e pluralistiche di Santi Romano (« costituiscono la nuova via maestra per lo studio della teoria generale del diritto ») approda in genere a un assetto in cui ogni riconoscimento di una pluralità di ordinamenti è incrinato o vanificato dall'esigenza di ribadire « la subordinazione di un ordinamento all'altro », la posizione di « assoluta sudditanza » del sindacato di fronte allo Stato (226). Rifuggendo dagli astratti proclami teorici, sono due studi molto tecnici a presentare la migliore utilizzazione della tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici: uno di Tullio Ascarelli che guarda al contratto collettivo (rimanendo ai margini della disputa tra "contrattualisti" e "normativisti") (227); l'altro di Renzo Ravà che, in modo misurato ma fermo, utilizza il pluralismo giuridico per considerare le associazioni sindacali riconosciute (228).

---

una posizione nettamente statualistica si cfr. S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939 (seconda ed. ampliata), soprattutto alle pp. 286 e ss. e p. 300: « Se c'è un tipo di Stato essenzialmente monista è appunto quello fascista. E se c'è un fatto atto a dimostrare irrefutabilmente e perentoriamente che questo Stato *non* è pluralista, è la sua funzione corporativa inter e supersindacale ».

(226) S. LESSONA, *Rapporto tra Stato ed associazioni di lavoro nello Stato fascista*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 566 e ss.; citazioni da pp. 574; 575 e 579.

(227) T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in *Archivio giuridico*, 1929, pp. 177 e ss. (poi in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952), ma si veda in particolare alle pp. 193 e ss. in cui affronta il dilemma del rapporto tra « diritto autonomo » e "subordinazione" all'ordinamento giuridico statuale. Sulle dispute tra "contrattualisti" e "normativisti" riguardo alla natura giuridica del contratto collettivo di lavoro è qui sufficiente rinviare alla pacata sintesi di uno dei protagonisti M. CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo,* cit., pp. 249 e ss.

(228) Cfr. R. RAVÀ, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e le associazioni sindacali riconosciute*, Firenze, Casa ed. poligrafica universitaria, 1933, la parte relativa alle associazioni riconosciute è preceduta da osservazioni riguardo alle diverse utilizzazioni della teoria della pluralità degli ordinamenti (Ravà insiste in particolare sulla "non incompatibilità" « tra la pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di sovranità statale », difendendo le tesi di Romano dal « troppo zelo » di alcuni « troppo zelanti assertori » teorici delle tesi pluralistiche, pp. 9 e ss.), da puntuali osservazioni critiche riguardo a Panunzio e da un'attenta disamina dello studio di Ascarelli (alle pp. 27 e ss.). In uno studio antecedente dedicato da Renzo RAVÀ allo stesso tema (*La posizione delle associazioni sindacali riconosciute di fronte al diritto privato*, Firenze, Casa ed. poligrafica universitaria, 1931; con prefazione di Gino Arias) erano assenti richiami alle tesi di Romano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La presenza di letture pluralistiche delle fonti del diritto corporativo affiora, dunque, in pagine di autori collocati su posizioni teoriche spesso molto distanti: si tratta quasi sempre di singoli spunti "eretici", di « intuizioni sparse » poste entro sistemi molto diversi (diversi come la formazione e le sensibilità scientifiche degli autori in questione) e irriducibili ad unitarietà, anche dal solo punto di vista metodologico ([229]). A rendere in qualche modo omogenee le posizioni dei "pluralisti" è solo il rigore di quanti condannano ogni prospettiva sottratta all'unicità della volontà dello Stato come unico produttore del diritto: ogni costruzione pluralistica — si argomenta — è destinata ad essere vanificata nel diritto interno dal « dominio assoluto » del diritto statuale; « ogni manifestazione normativa d'enti diversi dallo Stato non è e non può essere altro che manifestazione normativa *per conto dello Stato* » ([230]). Non si tratta solo di

([229]) Le molte ambiguità presenti nei richiami al pluralismo romaniano nel periodo fascista non rendono comunque condivisibile la netta affermazione per cui l'influenza di Santi Romano sul diritto del lavoro « è stata in notevole misura esplicata nel periodo successivo alla fase corporativa »: « l'interesse per la teoria di Romano riemerge in epoca successiva alla caduta del fascismo ». Così G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 177 e 178. Il giudizio più appropriato sul tema resta, comunque, quello espresso dallo stesso Giugni che aveva parlato di « intuizioni sparse » (« intuizioni sparse e null'altro; ma intuizioni, comunque, particolarmente felici ») presenti nell'ampia diffusione della teoria del pluralismo giuridico negli anni del fascismo (il riferimento esplicito va alle tesi di Cesarini Sforza e di Ascarelli): « la fase di massima diffusione della teoria [del pluralismo giuridico] si [è] avuta in un periodo storico, che non presentava certamente condizioni ideali per una diffusione di concezioni antistatalistiche. La realtà è che anche il regime più severamente totalitario, non potrà mai eliminare la formazione di aggregati spontanei: potrà disconoscerli o vietarli, ma tale reazione non ne comporterà necessariamente l'estinzione e la scomparsa come dato reale » (G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffré, 1977, ristampa ed. 1961, pp. 15 e 55). L'equilibrato giudizio storico di Giugni fu duramente attaccato come "equivoco" in una recensione polemica comparsa nella *Rivista giuridica del lavoro* (1961, p. 146, a firma M. V.) in cui gli si rimprovera di « civettare con le teorie del trapassato corporativismo », di aver guardato « senza eccessiva ripugnanza alle esperienze corporative… allo scopo di avvalorare tesi pluralistiche ».

([230]) D. GUIDI, *Il contratto collettivo di lavoro nell'ordinamento corporativo*, *in Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., I, pp. 110 e ss., p. 174; ma si veda per intero la lunga nota intitolata *La teoria della "pluralità degli ordinamenti giuridici" e l'ordinamento corporativo* alle pp. 168 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miopie indotte dalle tradizionali abitudini ricostruttive, ma anche di *rigore logico* (che non manca mai di essere invocato): chi ricerca "gli errori" dei fautori del pluralismo ha infatti la via spianata dai molti contrasti presenti in quegli studi e non ha alcuna difficoltà a isolare le incoerenze presenti nelle prospettive pluralistiche o, più semplicemente, a paventare i pericoli per la tenuta logica dell'unitaria categoria "Stato corporativo-fascista". Alle pedanti dimostrazioni di quanti insistono sulla « giustezza della teoria statualistica del diritto » e sull'impossibile conciliazione di corporativismo e pluralismo (una conciliazione — non si manca di aggiungere — negata dallo stesso Santi Romano) (231), il solito Costamagna, custode di un'ortodossia che egli stesso stenta a rintracciare, aggiunge le invettive contro una « pluralità degli ordinamenti giuridici » che ripropone una pericolosa « teoria antistatalistica » del diritto (232).

I molti proclami di revisione della dogmatica tradizionale unificano semplicemente nella generica prospettiva, che nessuno rifiuta apertamente, di creare una *nuova sistematica*, corrispondente alla *vita sociale* e alla *realtà del diritto;* sui contenuti però è difficile intendersi e ciascuno continua a tessere le proprie argomentazioni

(231) « …la migliore riprova della giustezza della concezione statualistica del diritto, specie nei confronti dell'ordinamento corporativo … sta anzitutto … nel fatto che lo stesso Romano … è venuto … a negare ogni valore pratico di applicazione alla sua teoria pluralistica appunto per non cadere in stridente contraddizione con i postulati teorici dello Stato Fascista e con la stessa realtà ». Così G. MAZZONI, *L'ordinamento corporativo. Contributo alla fondazione di una teoria generale e alla formulazione di una dommatica del diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1934, pp. 55 e ss., con ripetute critiche al "contraddittorio" approccio pluralistico di Giuseppe Maggiore, Sergio Panunzio, Tullio Ascarelli, Giuseppe D'Eufemia, Renzo Ravà e altri. La conclusione di Mazzoni riassume la posizione definita dominante: « non si può parlare di una pluralità di fonti giuridiche come manifestazione di più ordinamenti giuridici …, ma si deve invece parlare di una pluralità di fonti giuridiche nel senso di una pluralità di manifestazioni giuridiche da parte dell'unica volontà rilevante per il diritto, quella dello Stato » (p. 69). Si cfr. ancora in tal senso, G. MAZZONI, *Introduzione allo studio del diritto corporativo*, cit., pp. 73 e ss. La smentita ufficiale, proveniente dallo stesso Romano, riguardo alla non applicabilità della sua teoria all'ordinamento corporativo è soprattutto quella formulata nel suo breve intervento nel *Secondo convegno di studi corporativi* (si veda sopra alla nota 81).

(232) C. COSTAMAGNA, *Corporativismo e unità dell'ordinamento giuridico*, in *Atti del primo Congresso Giuridico nazionale*, cit. (pp. 21 e ss. dell'estratto).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il filo che più gli è congeniale (233). Le differenze tra i diversi approcci non possono essere però sopravvalutate: ci si divide su singoli punti, ma le accese dispute finiscono nella maggior parte dei casi col marcare con minore o maggiore intensità la sottolineatura dell'interesse nazionale, del potenziamento nazionale dello Stato, la necessità di una considerazione congiunta della costituzione politica dello Stato e degli schemi giuridici tradizionali (234). Lo stesso "pericoloso" affiorare di pluralismo nelle letture del corporativismo non riesce ad essere una omogenea corrente di pensiero (né è una coerente espressione di quella nuova dogmatica giuridica auspicata da Maggiore) e non riesce a prospettare modelli ricostruttivi utili per superare la visione "scissa" del settore giuslavoristico nelle rappresentazioni dei "privatisti" e dei "pubblicisti". E, inevitabilmente, il dibattito sulle diverse "autonomie" ritorna a porsi come centrale.

Widar Cesarini Sforza — sostenitore di una visione ampia del diritto corporativo, tale da comprendere anche lo spazio del diritto

(233) Meno problemi rispetto al pluralismo giuridico sono suscitati dalle tesi istituzionalistiche che, senza tante sottigliezze teoriche, la "nuova dogmatica" può far proprie o aggirare. Cfr., per tutti, Pietro De Francisci, *Per una nuova dogmatica giuridica*, in *Il diritto del lavoro*, 1932, 1, (pp. 492 e ss.): « …diventa per noi una questione oziosa quella se lo Stato sia un presupposto del diritto come norma, o se invece il diritto sia un presupposto dello Stato. Per la nostra dottrina Stato e diritto non sono identici, ma nemmeno sono separabili; l'ordinamento giuridico non è che la forma onde lo Stato manifesta la sua volontà, espressione e legge della totalità dei rapporti onde esso risulta e vive » (p. 498).

(234) Le critiche "formalistiche" di Chiarelli riguardo a uno scritto di Mazzoni possono senza difficoltà essere applicate a gran parte della produzione volta (come abbiamo visto da punti di vista divergenti) ad affermare una "nuova dogmatica": « Forse si può dubitare che ci si trovi davvero di fronte a una trasformazione della dommatica giuridica, della cui necessità in conseguenza del fenomeno corporativo, l'A. si dimostra convinto. In realtà ciò che, nella costruzione del Mazzoni, altera gli schemi teorici della dommatica è la considerazione delle norme e degli istituti corporativi in funzione dei fini di benessere e di potenziamento nazionale dello Stato. Ma la considerazione dei fini dello Stato esula dal campo della pura dommatica, e porta non a una trasformazione di questa, ma a uno spostamento del punto di vista rispetto al fenomeno giuridico » (G. Chiarelli, Recensione a Mazzoni, *L'ordinamento corporativo…*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, 1, pp. 257-258). In altre parole: tutti i diversi elementi discorsivi tradizionali restano nella maggior parte dei casi inalterati e sono semplicemente "sovradeterminati" « dagli elementi propri della ideologia politica del fascismo » (così P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 99).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del lavoro "in senso stretto" (235) — propone pagine meditate sulla nozione di *interesse collettivo* al fine di porre in rilievo gli elementi essenziali di un diritto corporativo non isolabile in una sfera di autonomia senza contatti con il diritto del lavoro: « oltre agli interessi privati e i pubblici vi sono gli interessi collettivi, idea connessa al riconoscimento dell'esistenza di "corpi sociali", o collettività organizzate creatrici di ordinamenti giuridici e non semplici manifestazioni di autonomie contrattuali » (236). Questo aspetto descrittivo dei mutamenti in corso deve essere collegato con gli obiettivi fondamentali di razionalizzazione dell'organizzazione del lavoro imposta dal corporativismo: « ancora più importante è la trasvalutazione degli interessi collettivi in interessi nazionali o pubblici », « la trasformazione degli interessi collettivi », il passaggio « dalla molteplicità degli interessi (collettivi) dei produttori all'unitarietà dell'interesse (nazionale) della produzione » (237). Stretta entro tali coordinate, l'affermazione di interessi collettivi emerge nella sola versione di un richiamo costringente a categorie professionali sempre ben immesse nell'ordine gerarchico e nelle finalità (di razionalizzazione e di collaborazione) della produzione nazionale e dell'interesse pubblico. La raggiunta visibilità giuridica di una molteplicità di interessi scompare nel momento in cui dovrebbe rivendicare una sua autonomia: il diritto collettivo (individuato in un momento prestatale e in una dimensione che sta tra pubblico e privato) diviene corporativo nel momento in cui *si trasforma*, *si trasvaluta* in interesse pubblico « nell'orbita dello Stato » (238).

La tensione verso il superamento delle "armoniche" assolutezze delle partizioni tradizionali detta le pagine più felici di Cesarini Sforza; ma, appurato *che il diritto collettivo non è diritto privato,* la nuova dimensione del diritto stenta a conservare una sua sfera di

(235) Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Corso di diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1932², pp. 8 e 9 (in contrasto con « la concezione tradizionale (privatistica) del Diritto del lavoro » per cui si rinvia naturalmente a Barassi).

(236) Così nella *Premessa* a W. CESARINI SFORZA, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. IV.

(237) *Ibidem*, p. IV.

(238) Cfr. P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: "illusioni" e "certezze" della giurisprudenza,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976/77, tomo II, pp. 1031 e ss.; p. 1074.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autonomia. Il diritto collettivo è individuato nel *diritto dei privati* (ed è espressione di una giuridicità che non è creata solo dallo Stato, di una realtà giuridica irriducibile alla sola « pur vastissima zona del diritto statuale » (239)), ma esso trascende il diritto privato indicato come pura zona di un diritto individualistico. Il diritto collettivo sta oltre il diritto privato ed è, pertanto, irriducibile alla dimensione di gruppi privati che si autodeterminano: è manifestazione frammentaria di una mobile nozione di interesse generale (240), è espressione di un interesse (collettivo) che si estrinseca soprattutto come « interesse della categoria professionale » (241). Il diritto collettivo di Cesarini Sforza è, insomma, « piano intermedio » che va oltre l'interesse privato ma non è pubblico (242), diritto che *turba* le partizioni consolidate (« … tra il diritto privato e il diritto pubblico s'insinua il diritto della collettività, e turba la loro armonia e coesistenza » (243)) per imporre una diversa configurazione dei diritti e degli obblighi: « nulla conta, allorché trattasi di interessi collettivi, che i rapporti siano regolati secondo le forme del diritto privato; non ostante l'uso di quelle forme, i rapporti si configurano come collettivi, cioè come fonte di diritti e di obblighi diversi da quelli di diritto privato, e naturalmente anche da quelli di diritto pubblico » (244).

La rappresentazione di questo *piano intermedio* di giuridicità non rappresenta però la soluzione ma la posizione del problema: è il momento descrittivo che prelude a « il più importante, se non il più difficile » dei problemi, quello relativo a « il trapasso dal diritto collettivo al diritto corporativo » (la questione è « se il diritto della collettività, svincolandosi concettualmente dagli schemi contrattualistici e privatistici, sia destinato a dissolversi entro gli schemi

(239) W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica,* cit., pp. 13 e 20.

(240) Cfr. W. Cesarini Sforza, *Studi sul concetto di interesse generale*(1935), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica,* cit., pp. 125 e ss.

(241) W. Cesarini Sforza, *Studi sul concetto di interesse generale,* cit., pp. 132 e ss.; e W. Cesarini Sforza, *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., p. 190.

(242) W. Cesarini Sforza, *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., pp. 189, 190.

(243) *Ibidem*, p. 197.

(244) *Ibidem*, p. 199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblicistici » (245)). Una questione che Cesarini Sforza pone in termini di "riconoscimento" del diritto collettivo da parte dell'ordinamento dello Stato, ma che risolve puntualmente in termini di "dissolvimento". Il diritto corporativo come momento di necessaria unità (unitaria programmazione razionale di una società industriale che "traduce" in interesse nazionale la molteplicità di interessi collettivi) si pone cioè come interesse generale, interesse pubblico che assorbe il *piano intermedio*. In altri termini: il diritto collettivo complica e infrange le tradizionali « incrostazioni giuridiche », afferma un nuovo diritto « che è più che privato, anche se è meno che pubblico », un diritto che non può essere "dissolto nel diritto privato" (246). Il corporativismo *riconosce* tale realtà nuova, ma nello stesso tempo la *trasforma* (247), facendo svanire ogni possibilità di una considerazione autonoma del diritto collettivo: il diritto collettivo infatti mostra la progressiva riduzione del diritto privato e "appare come pubblico", anche se — si aggiunge in un non insignificante gioco di parole — è diritto pubblico « nel senso non di "statale", ma di "non privato". Il diritto della collettività non può realmente confondersi con quello dello Stato però tende a confondervisi o, meglio, a esserne assorbito » (248).

---

(245) *Ibidem*, p. 207. Sulla questione si cfr. anche W. CESARINI SFORZA, *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 209 e ss. e, in particolare, pp. 219 e ss.

(246) « Tra il diritto privato, a cui si dedicano le codificazioni del secolo XIX, e il diritto pubblico o statale, quello collettivo si inserisce a poco a poco, non ostante le resistenze dei giuristi e dei legislatori che *cercano di dissolverlo nel diritto privato* ». W. CESARINI SFORZA, *Il libro del lavoro e il nuovo Codice civile*, in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 272 e 273 (corsivo mio).

(247) « Dal punto di vista giuridico (…) il corporativismo significa riconoscimento del diritto collettivo, e sua assunzione nell'ambito dell'ordinamento dello Stato, in quanto la tutela degli interessi collettivi (anzitutto quelli delle categorie professionali ed economiche) diviene un interesse statale, sia in quanto certi interessi collettivi vengono fatti propri dallo Stato e così trasformati in interessi pubblici ». W. CESARINI SFORZA, *Il libro del lavoro e il nuovo Codice civile*, cit., p. 273.

(248) W. CESARINI SFORZA, *Il libro del lavoro e il nuovo Codice civile*, cit., p. 274-275. Parafrasando Pietro Rescigno, si può dire che Cesarini Sforza (per quanto la critichi) non riesce a scrollarsi di dosso la convinzione per cui l'interesse "particolare" che caratterizza il diritto privato sia solo un interesse "individuale". L'espressione di Rescigno è la seguente: « "Particolare" non vuol dire sempre e solamente individuale. Una visione in tal modo ristretta dei rapporti privati e del diritto poteva apparire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è il caso di insistere ulteriormente nel saggiare la coerenza dell'impianto di Cesarini Sforza: le basi tradizionali della distinzione tra "pubblico" e "privato" si complicano (travolgendo inevitabilmente la trincea del minuscolo diritto del lavoro civilistico, del diritto del lavoro "in senso stretto" difeso da Barassi), ma il *piano intermedio*, la *terza dimensione*, non riesce mai ad affrancarsi da una visione pubblicistica sempre incombente. Tra le "forti" rappresentazioni pubblicistiche e civilistiche, si scorge soltanto un reticolo di deboli progetti discordanti, rafforzati solo dal richiamo a un "corporativismo ideale" variamente inteso e (sempre) ancora tutto da realizzare. Nel momento in cui le corporazioni saranno travolte, il diritto del lavoro *corporativamente qualificato* non potrà vantare alcuna certezza e non saprà sottrarre dal suo pesantissimo bagaglio pubblicistico l'esile progettualità di una *terza via* incuneata tra i poli assoluti del diritto.

Nessuna chiarezza giunge dal libro *Del lavoro* del Codice civile la cui lettura torna a proporre contrastanti speranze. Nel Codice civile — si afferma — il diritto privato non è « assorbito totalmente dal diritto pubblico. La distinzione permane … ma non è più netta come nel passato » (249) ed è, naturalmente, soprattutto il libro del lavoro a manifestare « imperiosa » la presenza di nuovi princìpi (250). Si ripete che il « nuovo codice ha alla sua base la Carta del lavoro e al suo vertice il libro del lavoro » organizzato attorno al criterio economico dell'impresa (251); si tenta di rileggere l'intero dibattito

---

coerente con le ideologie liberali del secolo scorso, ma deve considerarsi superata per la crescente importanza dei gruppi sociali e della loro attività. Gli strumenti giuridici di cui si avvalgono i gruppi sono strettamente tipici dell'autonomia privata… La natura collettiva dell'interesse, del potere di autonomia che viene esercitato, del rapporto che si costituisce, è dunque compatibile con la qualificazione di interessi, poteri, rapporti privati » (P. RESCIGNO, *Introduzione* a *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II (1967-1987), Padova, Cedam, 1988, pp. XXI e XXII).

(249) « … i rapporti di diritto privato hanno ora, pur rimanendo tali, un evidente profilo pubblicistico, in quanto la loro disciplina, basata sui postulati corporativi, s'ispira all'interesse pubblico ». G. BOTTAI, *L'idea corporativa nella riforma dei Codici*, in *Il diritto del lavoro*, 1943, pp. 65 e ss., p. 67.

(250) G. BOTTAI, *L'idea corporativa nella riforma dei Codici*, cit., pp. 73 e ss.

(251) È, però, (solo) il "libro del lavoro", organizzato attorno al criterio economico dell'impresa, a dare al Codice, dopo l'abrogazione del Codice di commercio, « l'impronta più originale come codice sociale ». A. ASQUINI, *L'architettura del libro del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sull'autonomia del diritto corporativo indicando come esso « non assorbirà, pur essendo una branca del diritto pubblico, il diritto privato, ma ne trasformerà … il significato originario, nettamente individualistico » (252). Su come tale *trasformazione* coinvolga il diritto del lavoro non è facile intendersi *dopo* il Codice, come non era facile intendersi *prima* (253). Tutte le posizioni possono tornare in

---

lavoro, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, p. 1 (poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, Cedam, 1961, pp. 95 e ss.). In riferimento all'abrogazione del Codice di commercio si veda ancora A. ASQUINI, *Dal Codice di commercio al libro del lavoro del Codice civile del 1942*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, pp. 1 e ss. Sulla vicenda è qui sufficiente rinviare a R. TETI, *Codice civile e regime fascista,* cit., in particolare pp. 153 e ss.; e ID., *Imprese, imprenditori e diritto*, in *Storia d'Italia*, *Annali 15: L'industra* (a cura di F. Amatori, D. Bigazzi, R. Giannetti, L. Segreto), Torino, Einaudi, 1999, (pp. 1213 e ss.), soprattutto pp. 1266 e ss.

(252) R. BALZARINI, *Diritto corporativo e Codice civile*, in *Il diritto del lavoro*, 1942, pp. 3 e ss., p. 13. Si noti (a p. 12) la critica di Balzarini alla classificazione di Cesarini Sforza relativa alla presenza di interessi collettivi come piano intermedio tra gli interessi pubblici e privati: « gli interessi collettivi non sono altro che interessi individuali e, quindi, privati, con un maggior grado di socialità senza essere con ciò assunti ad interessi propri dello Stato e quindi, pubblici, e come tali sono considerati dal diritto. Questa caratteristica degli interessi collettivi richiama più da vicino l'interesse e, di conseguenza, l'azione dello Stato ».

(253) Un solo esempio: Alberto ASQUINI (*Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, 1941, in *Scritti giuridici*, cit., vol. III, pp. 81 e ss.) partendo dalla centralità del "libro del lavoro" contenente « sotto il profilo speciale del lavoro, lo statuto generale dell'impresa », presenta la raggiunta unificazione tra diritto commerciale e diritto civile come strumento di rinnovamento di un'autonomia (in espansione) della scienza del diritto commerciale: « Il rapporto che lega all'imprenditore i suoi collaboratori è la parte più viva del nuovo ordinamento corporativo dell'impresa e il diritto del lavoro non può più restare ignorato dalla scienza del diritto commerciale » (p. 90). Su tali posizioni — come sappiamo — da anni si muoveva Lorenzo Mossa (che ora però non manifesta gli stessi entusiasmi di Asquini riguardo al Codice). Sul tema del "libro del lavoro" e dell'impresa discordante è la voce di Francesco Santoro Passarelli (e la questione è forse utile alla comprensione di quanto si dirà in seguito, *infra* n. 9) che, a differenza di Asquini, insiste sulla "disarmonia" esistente nel Codice tra « il libro del lavoro impostato sul criterio economico dell'impresa » e gli altri suoi libri fondati « sul criterio formale della natura dei vari rapporti giuridici ». La precisazione serve per « sgomberare preventivamente il campo » dalla tesi secondo cui « l'impresa non rientrerebbe nel quadro sistematico del diritto civile, ma sarebbe cardine di un sistema unitario o autonomo, quello appunto del nuovo diritto commerciale, prospettato come il diritto delle imprese commerciali » (includente anche il diritto del lavoro). Nonostante le "sollecitazioni" (« tecniche, sociali, politiche ») volte a far diventare l'impresa « sempre più un centro autonomo di attività economica, l'impresa non solo è, ma, ciò che più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

campo perché quel libro del lavoro può essere visto nello stesso tempo come "consacrazione" di un assetto già esistente e come mera "promessa". È da sedici anni — scrive Celestino Arena, parlando a nome della « vecchia guardia della Rivista » (*Il diritto del lavoro*) — che siamo impegnati nella formazione di un diritto del lavoro « corporativamente qualificato »; quello che ricercavamo — aggiunge — « non era il diritto del rapporto contrattuale di lavoro, dell'individualismo economico e giuridico; era il diritto del lavoro produttivo riproposto al centro dell'economia; era già quindi, più che il diritto del lavoro, diritto dell'economia corporativa »; era il lavoro « *organizzato nell'impresa* », era la « ricostruzione dell'unità di impresa e lavoro ». Tutto ciò — conclude — « oggi … è vittoriosamente consacrato dal nuovo Libro del Lavoro »; ma, con meno entusiasmo, pochi periodi dopo aggiunge che il Codice in realtà « accenna soltanto alla trasformazione in corso ». Quel Codice rappresenta insomma « un buon passo … ma non più che una promessa » (254).

La lettura di quella "promessa" si intreccia con i dibattiti sulla *crisi del corporativismo*, fornendo qualche argomento per rilanciare *l'idea corporativa*: il nuovo Codice civile propone « una nozione dell'individuo non più esclusivamente privatistica » che non può essere rinchiusa « nei tradizionali limiti del diritto privato » (255). Il libro del lavoro può nella crisi del corporativismo (che mostra orami semplicemente il volto dello « Stato burocratico ») essere strumento di rinnovamento dell'idea corporativa: « il rinnovato diritto corporativo deve essere precisamente il diritto del *civis* produttore, del cittadino che opera non per fini soggettivi e personali (tali cioè che possono essere definiti solo da lui), ma come elemento costitutivo di una categoria, e parte integrante, attraverso questa, della Città

---

conta, *deve restare* un oggetto di diritti, avere un titolare, finché l'economia si fondi sull'iniziativa privata e l'impresa resti quello che oggi caratteristicamente è, uno strumento di profitto ». F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile* (1942), in *Saggi di diritto civile*, cit., vol. II, pp. 945 e ss.; citazioni da pp. 946; 948 e 979.

(254) C. Arena, *Il nuovo diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1942, pp. 21 e ss.

(255) « L'individuo puramente "privato" è rimasto come una foglia secca tra le pagine del Codice del 1865 ». W. Cesarini Sforza, *Diritto corporativo vecchio e nuovo* (1942), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 279 e ss., p. 287.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporativa » (256). Speranze per la nuova *città corporativa* ancora tutta da costruire, allarme per la degenerazione burocratica del vecchio corporativismo, fatto di « corporazioni senza corporativismo ». Non era un nuovo manifesto, ma « un sasso nel pantano », nient'altro (257).

Il 31 maggio del 1943 Giuliano Mazzoni, ponendo a confronto in una conferenza romana *"crisi" del diritto corporativo e validità del corporativismo*, presenta un lungo elenco da cui emerge « il divario esistente tra la teoria e la realtà ». C'è confusione riguardo a entrambi gli aspetti; e anche il perdurante richiamo all'*idea corporativa* non offre molto più del nome (258).

Qualche mese prima, agli inizi di marzo, era esplosa a Torino una protesta operaia destinata ad estendersi in una imponente serie di scioperi. Il 9 luglio gli angloamericani sono in Sicilia (259).

8. *Crisi del corporativismo e autonomia scientifica senza progetto.*

« Il bilancio di previsione del diritto del lavoro, al cambiamento del Regime è … un bilancio a zero » (260). Il *vuoto* è, in realtà, ancora

(256) W. CESARINI SFORZA, *Diritto corporativo vecchio e nuovo*, cit., p. 287.

(257) « Fu, codesto scritto, un sasso nel pantano ». Così Giuseppe Bottai, ripercorrendo il clima di quegli anni, parla dello scritto di Cesarini Sforza. G. BOTTAI, *Verso il corporativismo democratico o verso una democrazia corporativa?*, in *Il diritto del lavoro*, 1952, pp. 121 e ss., p. 132 in nota. Anche l'espressione "corporazioni senza corporativismo" è presa da Bottai (*ivi*). Riguardo alle posizioni di Bottai si cfr. S. CASSESE, *Un programmatore degli anni Trenta: Giuseppe Bottai* (1970), in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., pp. 175 e ss., p. 206.

(258) G. MAZZONI, *La « crisi » del diritto corporativo e la validità del corporativismo* [conferenza facente parte del ciclo di lezioni *La civiltà italiana e la civiltà germanica*, organizzate dall'Istituto Nazionale di Cultura Fascista, tenuta a Roma il 31 maggio 1943], in *Il diritto del lavoro*, 1943, pp. 117 e ss., p. 127. « Una prassi autoritario-burocratica — afferma Mazzoni, profondamente influenzato dallo scritto di Cesarini Sforza — ha man mano svuotato del suo contenuto *corporativo* il sistema giuridico, onde esso non è più corporativo se non di nome » (p. 134); naturalmente la critica vale a mostrare « tutta la validità attuale, tutta l'ineluttabilità dell'idea corporativa che sola … può salvare la civiltà occidentale dalla crisi nella quale si dibatte » (p. 117).

(259) Gli organi corporativi furono soppressi con r.d.l. 9 agosto 1943 n. 721; le organizzazioni sindacali di diritto pubblico con d. leg. lgt. 23 novembre 1944, n. 369 (che faceva seguito a un'ordinanza del governo militare alleato).

(260) L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

permeato dalla progettualità antecedente in crisi: crisi della società e crisi dello Stato, una crisi che nelle rappresentazioni dei giuristi sarà progressivamente dilatata e esasperata, sino ad essere presentata come complessiva *crisi del diritto* che, travalicando le concrete vicende politiche e istituzionali, si proietta nel cielo delle teorie sino a divenire nella cupa retorica di Carnelutti "morte del diritto" (261).

La parola d'ordine è per tutti *transizione*, ma nel diritto del lavoro lo smarrimento è più forte, coinvolge la stessa identità di una dottrina che negli anni del fascismo aveva rivendicato una sua autonomia solo attraverso un gioco di distinzioni che esasperavano l'immagine di una disciplina inesistente nella sua complessiva unitarietà e visibile solo in singoli tasselli. Ora che il diritto del lavoro può tornare ad essere *diritto del lavoro in senso ampio*, ora che la "crisi del corporativismo" deve essere letta, con la caduta dell'ordinamento corporativo, come perdita di una parte essenziale alla visibilità del tutto, ora che la fine del fascismo pare travolgere uno sforzo ricostruttivo che andava oltre "i meriti" di quel regime (262),

(261) Il momento culminante delle innumerevoli riflessioni di questi anni sul tema della *crisi del diritto* è il corso di Conferenze organizzate a cura della Facoltà di Giurisprudenza dall'Università di Padova dall'aprile al maggio del 1951. Si vedano in particolare gli interventi di Giuseppe Capograssi (*L'ambiguità del diritto contemporaneo*, pp. 13 e ss.); quello di Adolfo Ravà (*Crisi del diritto e crisi mondiale,* pp. 49 e ss.); quello di Arturo Carlo Jemolo (*La crisi dello Stato moderno,* pp. 93 e ss) e quello di Francesco Carnelutti (*La morte del diritto,* pp. 177 e ss.) in *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953.

(262) Valga come testimonianza del senso di vuoto diffuso in quel momento, il richiamo alla "fine di un mondo" proposto all'indomani del Congresso di Taormina (si veda *infra* n. 10) da Antonio Navarra che (suggestionato dalla lettura degli atti degli incontri di Padova sulla *Crisi del diritto*) rievoca la caduta dell'ordinamento corporativo: già prima « delle due guerre ultime » — scrive — « giuristi cattolici e socialisti avvertirono la necessità di rilevare il gruppo sociale come tale, o il cittadino nella sua qualità di componente di un gruppo sociale. Quindi non due ordini soli di rapporti giuridici: cittadino-Stato, e privato con o contro privato… Il canone sacro dell'autonomia della volontà individuale, che aveva a suo strumento di splendente realizzazione il contratto privato, e l'apparato giurisdizionale che ne costituiva la sicura difesa subirono i primi assalti, con un sincronismo impressionante, da parte di scrittori di paesi e di preparazione culturale diversa, …. [che] contrapposero o, più esattamente, aggiunsero ad un diritto dello Stato e del privato un diritto dei gruppi; e fu chiamato diritto libero, diritto sociale, diritto del lavoro, diritto corporativo. Ahi, quanto pochi edotti si dimostrarono quegli uomini d'arme stranieri che facendo merito, a torto, ad un regime politico di un ideale che non gli apparteneva, distrussero in casa nostra, con un tratto di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i frammenti di diritto del lavoro prospettati negli anni antecedenti si riproducono per inerzia affiancati da un termine, « transitorio », che consente di rinviare a dopo la questione di fondo dell'unitarietà della disciplina.

Nel diritto del lavoro il "diritto transitorio" (263) si trascinerà, com'è noto, molto oltre il periodo "precostituzionale" (in tema di contrattazione collettiva, di diritto di sciopero, di *indirizzi* di politica sindacale (264)) rendendo difficile individuare nella dottrina un netto punto di frattura tra un *prima* e un *dopo*. I giuristi sono in attesa che il legislatore fornisca « il materiale da plasmare » (265), ma devono comunque "parlare" riguardo ad un « provvisorio » che giorno dopo giorno consolida un « abito mentale » difficile da mutare (266). E così, nella ricostruzione del provvisorio, si forgiarono le caratteristiche della disciplina.

Nella dottrina giuridica la *crisi del corporativismo* si insinuò nei dibattiti in maniera ben più ampia di quanto non emerga dalla posizione di coloro che rivendicarono ancora, alcuni con un sem-

---

penna autoritaria, la più concreta e sollecita realizzazione legislativa delle aspirazioni dei tempi nuovi » (A. NAVARRA, *La speranze (sinora) deluse*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1955, pp. 139 e ss.).

(263) Cfr. V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, Milano, Giuffrè, 1960.

(264) Si veda G. MAZZONI, *Considerazioni sui possibili indirizzi di diritto sindacale in Italia*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, 1, pp. 177 e ss. (poi in ID., *Scritto minori*, II, *Diritto sindacale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 17 e ss.). Lo scritto è parte della più nota monografia *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Leonardo, 1947).

(265) Estendo a un periodo più ampio un giudizio di Giuseppe PERA (*Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960, pp. 16 e 17): « l'atteggiamento mentale dei giuristi di questo settore [fu] quello di colui che è in attesa del suo materiale di lavoro e non già quello di chi sa che la costruzione sta ormai lì davanti sul suo tavolo, ed abbisogna dell'intervento di chi ne individui le fondamenta e ne scopra le linee maestre e gli elementi di raccordo ».

(266) Si cfr. quanto scrive ancora G. PERA (*Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit., p. 17): « …nessuno si è volto a considerare il provvisorio considerandolo come permanente, restando l'impressione che il provvisorio fosse sempre e soltanto tale. Anche perché i sistemi non sono poi così facilmente intercambiabili; ogni sistema ha la sua profonda logica, genera nell'interprete un particolare abito mentale, un modo di porsi innanzi ai problemi che è caratteristico e irripetibile, implica un'adesione di principio ed un apparecchiatura tecnica che non si possono poi facilmente mutare. Ecco perché i giuristi hanno bisogno che una scelta istituzionale si compia… ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plice scambio di termini, la *validità del corporativismo,* proponendo una conciliazione necessaria tra corporativismo e democrazia, invocando princìpi *stabili* al di là di ogni contingenza politica (« rifarsi ai princìpi »: « separare lo *stabile* e cioè i presupposti necessari, fisionomici che si collegano all'essenza concettuale… dal *contingente* e cioè dalle forme, per loro natura mutevoli, in cui i princìpi abbiano trovato pratica » (267)), una necessaria continuità nell'intervento dello Stato sulla società civile per negare *la guerra* tra i gruppi (posizione che potremmo dire "alla Carnelutti"), una riproposizione stanca del modello della *partecipazione* all'organismo dell'impresa ("alla Mossa").

Disperso soprattutto nei rivoli delle elaborazioni in corso nel mondo cattolico (268), presente in alcuni tratti dell'azione sindacale (« post-corporativa ») (269) e, soprattutto poi, nelle letture che saranno offerte riguardo all'articolo 39 della Costituzione, il corporativismo non offre più alla dottrina quel blocco unitario di riferimento che consentiva comunque di ordinare (e dividere) il diritto

(267) A. Sermonti, *Corporativismo e democrazia*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 36 e ss. (corsivo mio). E il « sistema corporativo » resta il modello per « la risoluzione giuridica di ogni controversia a carattere collettivo … nel campo del lavoro e della produzione, come un *sistema di sostitutivi del conflitto sociale* »; un sistema questo « particolarmente consono ad un ordinamento democratico » (*ibidem*, p. 41, corsivo nel testo). Si veda anche A. Sermonti, *Per la ricostruzione di un ordinamento sindacale di diritto*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 177 e ss. Riguardo alle operazioni di mera sostituzione del termine "democratico" a quello "totalitario", cui ho alluso nel testo, è sufficiente porre a confronto alcuni scritti di Saverio De Simone: la Prefazione (*Il nostro Corporativismo*) a *Verso il corporativismo democratico*, cit., pp. 7 e ss.; ma in particolare pp. 13 e ss. (contro una « identificazione — innaturale e illogica — del Totalitarismo col Corporativismo »), con gli scritti comparsi nella rivista *Il diritto del lavoro* nel 1936 (*Sul contratto collettivo di lavoro di diritto comune*, pp. 231 e ss.; *Il principio corporativo*, pp. 329 e ss.) e nel 1937 (*Che cosa è il corporativismo*, pp. 77 e ss.). Si veda, in quest'ultimo scritto, alla p. 88: « se libertà non è che contemperamento di valori, questo contemperamento non può essere che in una gerarchia di valori, e questa gerarchia non può essere che nello Stato, o meglio in uno Stato totalitario… Sullo sfondo di questo precisato concetto di libertà si pone l'idea nuova dello Stato corporativo… ».

(268) Cfr. P. Craveri, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 19 e ss.; S. Fontana, *I cattolici e l'unità sindacale (1943-1947)*, Bologna, il Mulino, 1978, pp. 35 e ss.

(269) Cfr. G. Giugni, *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi di lavoro* (1956), in Id., *Lavoro legge contratti*, cit., pp. 27 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del lavoro in senso ampio. Fuori dalla complicazione corporativistica, abbandonato il progetto del diritto del lavoro *corporativamente qualificato*, si ritorna inevitabilmente alle dispute "pure" riguardo all'appartenenza del settore giuslavoristico al diritto privato o al diritto pubblico. I richiami al corporativismo colorano le diverse prospettive giuslavoristiche (soprattutto quelle "pubblicistiche"), ma raramente le determinano (270).

Il tema delle « eredità del corporativismo », in altre parole, è essenziale e continuerà a giocare un ruolo rilevante nel complessivo impianto teorico dei giuristi: « nelle condizioni di rottura, e forse in grande misura proprio in esse più che in quelle di continuità storica, è frequente l'illusione di aver distrutto un sistema, benché in realtà ne restino molte vestigia » (271). Se vogliamo comprendere i progetti della disciplina (e quei progetti si nutrono anche di illusioni), il tema delle "eredità del corporativismo" non può essere, però, dilatato sino a prospettare una storia lunghissima del diritto del lavoro *corporativamente qualificato* e una storia brevissima del *vero* diritto del lavoro. Le indubbie continuità si inserirono in un contesto nuovo, presto caratterizzato da « una cultura di rovesciamento » (272) e non furono più in grado di incidere a fondo nel discorso giuridico che intendeva accreditarsi come giuslavoristico. La composita eredità del corporativismo, insomma, è rintracciabile in più direzioni, ma dopo la *crisi del corporativismo* generalmente si dispose ai margini dei progetti tracciati per la disciplina. La presenza di elementi di continuità (una continuità, del resto, ben vistosa perché iscritta in quasi tutti i *curricula* dei docenti chiamati a ricoprire *la Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza* (273)) non fu

(270) La ricerca di "purezze" caratterizzerà a lungo le divisioni (spesso più polemiche che effettive) presenti nella disciplina. Le venature corporativistiche che attraversano l'impianto "pubblicistico" del diritto del lavoro, saranno spesso dilatate dai "privatisti"; ma avverrà anche il contrario perché i "pubblicisti" insinueranno il sospetto di una purezza civilistica solo apparente perché attraversata da continuità metodologiche con i modelli corporativistici.

(271) G. GIUGNI, nelle *Conclusioni* al volume L. BELLARDI (a cura di), *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparative*, Milano, Angeli, 1985, p. 216.

(272) *Ibidem*, p. 215.

(273) G. ARDAU, *La Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, 1, pp. 243 e ss. Ancora nel 1956 (cfr. F. LANCHESTER, *« Dottrina » e politica*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utilizzata per affermare le caratteristiche "essenziali" della disciplina; anzi, fu il variegato rifiuto del corporativismo "reale" a rappresentare una sorta di (inizialmente molto tenue) riferimento unificante attorno a cui aggregare la costruzione dell'identità giuslavoristica (274).

La *crisi* del corporativismo nella dottrina più autorevole produsse disorientamento da cui scaturì per lo più silenzio. È soprattutto disorientamento quello che traspare dalle sentite pagine del giovane Ubaldo Prosperetti che, proponendo un rifiuto di una visione della scienza giuridica « come costituita esclusivamente dalla esegesi e dalla sistemazione dei dati vigenti », chiede di non considerare "la perdita dell'oggetto" di osservazione come "fine della scienza". La dottrina — afferma — non può accompagnare col

---

nell'università italiana, cit., p. 73) tra gli otto ordinari di diritto del lavoro e legislazione sociale cinque avevano vinto il concorso sotto la dizione diritto corporativo (Balzarini, Mazzoni, Navarra, Ravà e Riva Sanseverino). Altri vincitori di concorso in diritto corporativo insegnavano discipline pubblicistiche: Giuseppe Chiarelli e Giuseppe D'Eufemia Istituzioni di diritto pubblico; Ferruccio Pergolesi Diritto costituzionale.

(274) La presenza di "lasciti" corporativistici utilizzati come tasselli di nuove costruzioni non può essere, insomma, proiettata sulle caratteristiche dell'intera disciplina. Il peso *effettivo* dell'eredità corporativistica è stato posto giustamente in rilievo in molti scritti che — spesso al fine di marcare le caratteristiche di rottura del diritto del lavoro del presente — ne hanno talvolta dilatato la durata e la forza espansiva. Si richiama il corporativismo per sottolineare il permanere di una visione "formalistica" in contrasto con una visione "concreta" del rapporto di lavoro (lì dove l'intero peso dell'impostazione formalistica è attribuito alla "formalizzazione" realizzata dal fascismo); per imputare al (solo) corporativismo la prevalenza delle legge sull'autonomia, il coinvolgimento legalistico del sindacato, l'attivazione dell'autonomia contrattuale solo grazie all'impiego di strumenti statuali, la centralizzazione del sistema contrattuale, la prevalenza del momento autoritario e cosi via. Si cfr., a mo' d'esempio, negli interventi (quasi tutti volti in quel momento a meditare sul tema del « neo corporativismo ») raccolti in L. Bellardi (a cura di), *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale,* cit.*)*. La presenza di questi aspetti di continuità tra *corporativismo e (lungo) post-corporativismo* porta alla conclusione che « la sanzione formale » del lungo processo di liquidazione dell'eredità corporativa « si è avuta soltanto con lo Statuto dei lavoratori del 1970, che segna effettivamente un mutamento radicale tale da comportare il superamento definitivo della eredità corporativa » (così Edoardo Ghera, nel suo intervento in *ibidem*, p. 155). Tale approccio vale soprattutto come messa in discussione di quelle letture volte a porre un contatto molto forte tra un "pre-corporativismo" (sostanzialmente immune da nessi con il fascismo) ed un "post-corporativismo" (improvvisamente depurato dal corporativismo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

silenzio il diritto sindacale, isolando l'osservazione del rapporto di lavoro; non può rinunciare ad una prospettiva *ampia* del diritto del lavoro: non esiste infatti solo un diritto positivo in frantumi, ma esistono « nozioni teoriche » che possono essere « svincolate dagli istituti positivi da cui hanno tratto origine e dalla relativa contingenza storica ». Si potrà non ricominciare a *scrivere daccapo* solo se, andando « oltre le scorie transeunti », si riuscirà a proporre una riflessione non frammentata, capace di fornire « una prima sistemazione della materia da comprendere sotto l'ampia qualifica di "diritto del lavoro" »: « Bisogna che sia intesa la necessità di non limitare, come invece sembra accadere, l'insegnamento di tale disciplina al semplice studio del contratto individuale di lavoro, ma di inquadrarlo opportunamente in una più ampia concezione della materia » (275).

Il richiamo a un recupero (esplicito) di princìpi dal diritto corporativo appare troppo franco per essere preso seriamente e la dottrina preferisce continuare a tacere sul tutto, privilegiando l'analisi delle singole parti rimaste ancora in piedi dopo la demolizione dell'ordinamento corporativo. La prospettiva di una visione "ampia" del diritto del lavoro è destinata a cadere nel vuoto; riaffiorano con forza le parti del diritto del lavoro "scisso" negli anni del fascismo ed esse sono rappresentate come un tutto autosufficiente. È il trionfo delle divisioni, dei settori che rivendicano una loro insularità e ripropongono, nelle loro distinte assolutezze, un'unità impossibile della disciplina. Il richiamo ad una complessiva unitarietà delle singole parti appare inessenziale nel diritto del lavoro "della transizione" ed è spostato sullo sfondo, lontano, così distante che è difficile da intravedere.

È sufficiente per rendersene conto leggere la prima pagina della prima edizione delle *Nozioni di diritto del lavoro* di Francesco Santoro Passarelli, il civilista che negli anni immediatamente successivi avrebbe maggiormente inciso nel segnare alcune tra le caratteristiche di lungo periodo della disciplina (276): « La soppressione

(275) U. PROSPERETTI, *Compiti degli studi del diritto del lavoro*, cit., pp. 57, 58 e 59. Sulle posizioni di quest'autore si veda il saggio di E. GHERA, *Ubaldo Prosperetti (1914-1975)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, pp. 301 e ss.

(276) Su Santoro Passarelli e il diritto del lavoro si vedano (oltre alle belle pagine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'organizzazione che veniva detta corporativa … ha avuto diverse conseguenze. Da una parte è venuto meno il cosiddetto ordinamento o ordine corporativo…, dall'altra, con la scomparsa del diritto corporativo, è venuta ad ampliarsi la sfera del diritto del lavoro » (277). « Prima » esisteva il diritto corporativo; « ora » quella disciplina « può venire ricompresa nel diritto del lavoro, inteso in senso ampio » (278). Nella fase di transizione, però, non si può affrontare tale rappresentazione ampia del diritto del lavoro: « riteniamo che il discorso debba essere limitato al diritto del lavoro nel suo significato proprio e tradizionale… Il diritto del lavoro in senso proprio è costituito dalle norme che regolano *direttamente* il *rapporto di lavoro…* va subito rilevato che le norme costituenti il diritto del lavoro non formano un sistema autonomo, dominato da princìpi propri ed esclusivi, ma appartengono al diritto civile patrimoniale. Non mancano, anzi sono particolarmente frequenti, norme di diritto pubblico o di ordine pubblico a tutela dell'interesse generale …; ma fondamentalmente le norme del diritto del lavoro sono norme di diritto civile, a tutela immediata di un interesse individuale » (279).

Il ritorno del diritto del lavoro in senso ampio non reca con sé nessuna certezza, salvo quelle ottenibili dal richiamo al diritto del lavoro "in senso stretto", il diritto del lavoro della tradizione civilistica. La rottura con il passato sta tutta nel ribadire con forza quell'appartenenza, al di là di qualsiasi cenno alla specialità del nuovo settore. Il diritto del lavoro — questo è il messaggio trasmesso a chiare lettere nella prima edizione — non ha una sua autonomia perché appartiene al diritto civile (al *diritto civile patrimoniale*) e considera *fondamentalmente* la tutela dell'interesse individuale. In

introduttive di Pietro Rescigno ai volumi di raccolta degli scritti): G. Suppiej, *Tradizione civilistica e costituzione nel magistero giuslavoristico di Francesco Santoro Passarelli*, in *Il diritto del lavoro*, 1990, pp. 3 e ss.; R. Scognamiglio, *Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in *Rivista italiano di diritto del lavoro*, 1996, pp. 5 e ss.; e i saggi (raccolti sotto il titolo *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997) di U. Romagnoli (pp. 1 e ss.); G. Giugni (pp. 15 e ss.); M. Dell'Olio (pp. 18 e ss.); M. Persiani (pp. 30 e ss.).

(277) F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1945, p. 1.

(278) *Ibidem*, pp. 1 e 2.

(279) *Ibidem*, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo momento — forse per evitare un assorbimento del diritto del lavoro entro il concetto "commercialistico" di impresa (280) — non si accenna a nessun principio di complessiva unità della disciplina: l'unica parte certa su cui si può parlare (in attesa che « venga acquistando individualità un diritto sindacale, che prenderebbe allora esattamente il posto del cessato diritto corporativo » (281)) vale per il tutto e rappresenta « il diritto del lavoro in senso proprio ».

Questa negazione dell'autonomia suscita perplessità e critiche, generando un'istintiva rivendicazione di uno spazio giuslavoristico munito di propri princìpi: il diritto del lavoro, caratterizzato da una legislazione ingentissima che « verte, direttamente o indirettamente intorno ad un centro comune, la prestazione del lavoro retribuito… al cui centro a sua volta sta la persona », ha — si torna a ripetere — una sua autonomia storica e scientifica. La rivendicazione non ha però molto da aggiungere al semplice rifiuto della visione civilistica che pone al centro dell'attenzione la tutela di un interesse individuale. E, del resto, una volta scartata la via di un possibile riferimento a quanto confluiva nelle ricostruzioni corporativistiche, a favore dell'autonomia si possono richiamare il vecchio intervento di Asquini del 1925 e i non meno datati interventi di Pergolosi (in particolare quelli scaturiti dal contrasto con Costamagna). L'invocata autonomia dei princìpi non ha insomma alcun progetto ricostruttivo da opporre alla prospettiva puramente civilistica e finisce col proporre una sterile schermaglia attorno alle sfumature con cui colorare il diritto del lavoro "in senso stretto" (282). Né si giunge a risultati più appaganti tentando di congiungere la riflessione sul

(280) Si veda sopra nota n. 253.

(281) F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., prima edizione, p. 2.

(282) Cfr. L. VIESTI, *L'autonomia scientifica del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, pp. 8 e ss. Le critiche a Santoro Passarelli sono a p. 10 (riguardo alla negazione di autonomia) e p. 11 (riguardo alla appartenenza del diritto del lavoro al diritto civile patrimoniale). Utilizzando Riva Sanseverino si afferma che « il diritto civile… può …considerarsi il sottosuolo del diritto del lavoro, e più precisamente può informare dei suoi princìpi alcuni istituti di diritto del lavoro, ma da questa influenza reciproca, all'affermazione che le norme di diritto del lavoro sono norme di diritto civile, a tutela immediata di un interesse individuale, ci corre moltissimo ». Gli autori invocati a difesa dell'autonomia (oltre al primo Mossa ed Asquini) sono soprattutto Ferruccio Pergolesi e Luisa Riva Sanseverino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto del lavoro "autonomo" con i più consistenti dibattiti sulla persistenza di un'autonomia del diritto commerciale dopo l'unificazione e « la sparizione » del Codice di commercio (283).

Scartata la prospettiva del riferimento ad un'autonomia tanto generica da impedire un effettivo scontro sui contenuti, la considerazione dell'intero territorio del diritto del lavoro torna inevitabilmente a evocare le distinzioni "assolute" che appaiono ora molto più nette di quanto non fossero negli anni del corporativismo. Il tema è ben illustrato in una nota di Francesco Colitto che confronta la prima edizione delle *Nozioni* di Francesco Santoro Passarelli con il *Corso di diritto del lavoro* di Antonio Navarra: « I due lavori sono stati pubblicati quasi contemporaneamente in questa ripresa dell'attività scientifica, che fortunatamente si è avuta dopo gli eventi bellici. Le macerie non hanno soffocato il sacro fuoco. Sembra, però, che siano nati insieme per difendere due tesi opposte » (284).

L'opposizione è, inevitabilmente, quella del diritto privato schierato contro il diritto pubblico: Santoro Passarelli « vede da privatista e conclude nello stesso modo »; « fa del diritto del lavoro un capitolo del codice civile, ché tutto si esaurisce nel rapporto individuale di lavoro, per modo che compito del giurista resta quello di esaminare uno dei tanti contratti speciali » (285); Antonio Navarra è, invece, per una visione "nettamente pubblicistica" volta a legare « l'autonomia scientifica della disciplina » con « lo studio del fenomeno collettivo, limitatamente alla categoria professionale » (286). La

(283) Cfr. D. Gaeta, *Spunti sull'autonomia dei diritti speciali*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 141 e ss.; sul tema dell'autonomia del diritto commerciale è qui sufficiente rinviare (oltre agli scritti già citati di Asquini e di Mossa) a G. Valeri, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, 1, pp. 21 e ss.

(284) F. Colitto, *Il diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 15. Il lavoro di Navarra era stato pubblicato a Napoli, Lib. Ed. Universitaria, 1945 [io ho consultato A. Navarra, *Corso di diritto del lavoro*, vol. 1. *Parte generale; il lavoro autonomo*, Napoli, Libreria Editrice Universitaria - Pironti, s.d.].

(285) « La cui particolarità è determinata dal suo oggetto (lavoro) e (sebbene il Santoro Passarelli non lo dica apertamente) dalla particolarità di una delle sue fonti normative, la norma collettiva » (F. Colitto, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 15 e 16).

(286) F. Colitto, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 15 e 16. E, soprattutto si veda in A. Navarra, *Corso di diritto del lavoro*, cit., p. 87. Le pagine di Navarra, in realtà, sono più sfumate nel rivendicare la classificazione pubblicistica del diritto del lavoro: si insiste

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presenza « fra gli interessi generali e quelli individuali, degli interessi collettivi… professionali o di categoria » (287) fa propendere Colitto per una necessaria veste pubblicistica del diritto del lavoro (« il diritto del lavoro è da considerarsi, se non mi inganno, diritto pubblico » (288)), ma soprattutto mostra quanto sia insoddisfacente

---

sull'autonomia del diritto del lavoro (pp. 5 e 6); ma soprattutto si lega il concetto di Diritto del lavoro alla ricostruzione degli « Interessi e rapporti collettivi di lavoro » (è il titolo del capitolo II, pp. 50 e ss.); interessi che sono presentati come piano « intermedio » tra « gli interessi generalissimi dello Stato » e « l'interesse del singolo agente della produzione » (p. 62): « vi è un collettivo … diverso da una somma di interessi singoli uguali …, ma diverso anche da quel "comune" che è costituito da interessi considerati in astratto, ed in ragione esclusivamente di un altro e preminente interesse, cioè quello dello Stato » (p. 66). Insomma: « un interesse collettivo … non è mai soltanto un interesse o pubblico o privato; ma di norma è la risultante di entrambi » (p. 85). Il Diritto del lavoro si pone come lo studio di quel *piano intermedio* che riguardo "il collettivo"; e non può svolgersi « alla stregua o di una dommatica privatistica o di una dommatica pubblicistica » (p. 88). La vocazione pubblicistica dello scritto emerge comunque chiaramente nelle pagine successive (in particolare pp. 110 e ss.); mentre ben ferma rimane la « fondata dubbiezza ed istintiva riluttanza » a « riversare tutta questa materia nel campo del diritto privato » (p. 83).

(287) Evocati oltre che con i richiami a Navarra, anche con riferimenti a Jaeger e a Chiarelli (F. COLITTO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 16).

(288) *Ibidem*, p. 17. Una visione "pubblicistica" intrisa di richiami corporativistici che il liberale Colitto non mancherà di evidenziare durante la sua partecipazione ai lavori dell'Assemblea Costituente. Si cfr., ad esempio, il suo intervento del 3 maggio del 1947 (in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, II, Roma, Camera dei Deputati-Segretariato generale, 1970, p. 1382): « In una società bene organizzata la tutela dei diritto compresa quella dei lavoratori deve essere assunta dal corpo sociale, il quale deve perfezionare la propria legislazione e le proprie istituzioni in modo che venga progressivamente abolita ogni difesa privata. Un articolo della Costituzione che decretasse libertà incondizionata di sciopero, paralizzerebbe perciò il progresso legislativo verso la tutela collettiva dei diritto. Non si dimentichi, poi, che l'esercizio dei diritti individuali o di classe debbono sempre rimanere subordinati alle esigenze del bene comune ». E, ancora, riguardo ai sindacati (p. 1383): devono rimanere « espressione spontanea della socialità inerente alla natura umana, rocca in cui il lavoro sia al riparo dalle ingiuste aggressioni e sia considerato sempre come una palestra di ascensione operaia, senza mai diventare vivaio di agitazioni perenni, covo di speculatori o di organizzatori di scioperi, fucina di attentati alla pacifica convivenza e alla prosperità economica della Nazione ». Non è qui possibile avventurarsi in una valutazione dei diversi contributi sul punto durante i lavori dell'Assemblea costituente (le posizioni più retrive emergono, come si vede, soprattutto in riferimento al diritto di sciopero. Si cfr. comunque sulla questione P. CIARLO, *Lo sciopero tra fatto e diritto nella fase della costituente: Italia e Francia*, in U. De Siervo, a cura di, *Scelte della*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la visione del diritto del lavoro civilistico: « non si può non riconoscere al diritto del lavoro un contenuto molto più lato di quello che ad esso sembra voglia assegnare il Santoro Passarelli, e non può contestarsi la sua autonomia scientifica, se non può contestarsi l'autonomia scientifica di un certo settore di fatti di rapporti e norme » (289).

Il "ritorno" della riflessione scientifica schiaccia tutte le posizioni nella nettezza dell'alternativa pubblico/privato (290). Il *fenomeno collettivo* liberato dalla veste formale in cui lo aveva ingabbiato l'ordinamento corporativo resta senza spiegazione; e mentre i privatisti tacciono, chi si sforza di indicare un diritto del lavoro dagli orizzonti più vasti è ancora troppo orfano degli schemi corporativistici per riuscire ad affrancarsene davvero. L'insoddisfazione verso la trattazione puramente civilistica, quando non si lascia assorbire nel rimpianto del corporativismo reale, non sa offrire molto di più del semplice richiamo a un diritto del lavoro dai contenuti più vasti; un richiamo che è un mero rinvio a un futuro che si è incapaci di progettare in maniera diversa dal recente passato.

Nel clima di attesa a dominare nella riflessione della dottrina resta, dunque, la crisi del corporativismo; essa guida il dibattito

---

Costituente e cultura giuridica, II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 341 e ss., in particolare pp. 386 e ss.); mi pare però che la questione dei rapporti tra "vocazione" di alcuni liberali ad un intervento "forte" sulla società civile e impostazione corporativistica non possa essere risolta nei termini perentori posti da Craveri: « qui il modello non è nemmeno quello dello "Stato corporativo", ma pare immediatamente quello dello "Stato di polizia" — di cui per altro il corporativismo è epigono dottrinale »; e ancora (con richiamo alla posizione di Colitto sul diritto di sciopero) « Anche in questo caso giustizialismo corporativo e liberismo stringono un ambiguo connubio » (P. Craveri, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, cit., pp. 96 e 97).

(289) F. Colitto, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 16.

(290) È sufficiente scorrere le recensioni del periodo tutte intente a sottolineare con pennarello di diverso colore le parti pubblicistiche e le parti privatistiche: Giorgio Ardau (Recensione alla IV edizione di L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro…*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, p. 306), ad esempio, si sforza di immettere ogni contributo entro tali schieramenti, da una parte « trattazioni impostate ad una netta visione pubblicistica » (Navarra, Mazzoni-Grechi) », dall'altra trattazioni di « carattere privatistico » (Pergolesi, Santoro Passarelli, Barassi…); Giuliano Mazzoni, presentando il corso di Ardau (la Recensione è in *ibidem*, p. 307), pone in discussione la esclusività dell'appartenenza del diritto del lavoro al diritto privato sostenuta dall'Autore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico non solo per le indubbie continuità nella mentalità degli interpreti, ma soprattutto perché appiattisce le distinzioni, nega la possibilità di "spazi intermedi" e costringe a far quadrato attorno ad un diritto del lavoro che — abbandonato il sogno di un superamento delle categorie assolute del moderno — si ritrova diviso in settori che nessuno osa "fondere". Una volta che il diritto sindacale è stato sottratto *dal cuore del diritto pubblico*, non si sa come comporre le fratture: il diritto del lavoro "in senso ampio" ritorna, ma non ha alcun progetto e nessuno sa intravedere in questo momento elementi unitari attraverso cui leggere le sue parti.

In questo clima Ludovico Barassi può riproporre, con malcelata soddisfazione, il suo messaggio, rinnovato più dalla caduta dell'ordinamento corporativo che dal richiamo ai principi costituzionali: « la zona centrale e fisionomica del "diritto del lavoro" rimane pur sempre la disciplina giuridica del "rapporto di lavoro" che raffiguro esclusivamente nel rapporto individuale tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore a lui subordinato » ([291]). Esiste ovviamente — aggiunge — un diritto del lavoro più ampio (il diritto del lavoro "nella sua integrità") e di esso occorre tenere conto; ma una complessiva trattazione unitaria di quel diritto del lavoro è impossibile: « il coordinamento sistematico delle norme relative al rapporto (individuale) di lavoro, alla tutela previdenziale e all'ordinamento sindacale non può assolutamente ridurre a unità organica la trattazione » ([292]). La sola trattazione possibile è quella che si divide in « tre distinte analisi ricostruttive costituenti tutte insieme "il diritto del lavoro" in senso molto ampio » (rapporto individuale di lavoro; tutela previdenziale e ordinamento sindacale); le diverse parti volte a comporre il tutto possono essere solo *accostate* ma non *fuse* assieme ([293]).

Quello che resta chiaro — e Barassi può presentare la *sua* antica

---

([291]) L. BARASSI, *Il diritto del lavoro, I, Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 5.

([292]) *Ibidem*, p. 10.

([293]) « Sono assolutamente convinto che in un senso puramente astratto il "diritto del lavoro" comprende anche gli ordinamenti previdenziale e sindacale. Ma io non mi propongo di fare, in queste pagine, l'analisi completa dell'ordinamento giuridico relativo al "diritto del lavoro". Il mio compito è più modesto, perché limitato fondamentalmente al rapporto individuale di lavoro » (L. BARASSI, *Il diritto del lavoro, I,* cit., p. 11).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ovvietà come una vittoria — è che « la piattaforma basilare » del diritto del lavoro è sempre costituita dal « rapporto (individuale) di lavoro » (294). Riguardo al diritto sindacale è meglio tacere: la considerazione della transitorietà della situazione deve spingere (così come ha fatto Santoro Passarelli) ad escludere dalla trattazione i soggetti collettivi (« non sappiamo quale sarà di quelle collettività sindacali la disciplina ») (295). E resta, in tutta la sua rilevanza, quella distinzione tra pubblico e privato — che, lo sappiamo, è per Barassi garanzia della centralità dei princìpi del diritto comune civilistico — che ora può essere nuovamente ribadita con forza: contro le impostazioni « estremistiche » di chi aveva preso sul serio il corporativismo (296) e contro chi, peccando di ingenuità, aveva creduto che le "fumosità" del diritto sociale potessero veramente scuotere le solide radici del diritto civile (297).

C'è in ogni pagina compiacimento per "il ritorno" di un diritto del lavoro saldamente immesso nel diritto comune civilistico *di sempre*. Forse esistono più anime del diritto del lavoro, forse le purezze assolute difese nel passato non sono più tali e occorre riconoscere che alcuni settori hanno una "natura mista", ma quello che più conta però è evitare "fusioni": ciascun settore ha le sue regole e il civilista sa bene quale sia la parte *preminente*; le diverse parti possono essere solo accostate ma non unite: « … ripetiamo ancora una volta che ognuna di esse mantiene la propria fisionomia » (298).

Nulla di nuovo, lievi modificazioni attorno ad alcune certezze ripetute da cinquant'anni. Mentre si respira ancora la crisi del corporativismo civilisti e pubblicisti si confrontano forti solo delle vecchie convinzioni, non hanno programmi unitari da offrire al diritto del lavoro, come le nuove riviste giuslavoristiche dell'Italia

(294) L. Barassi, *Il diritto del lavoro, I,* cit., p. 10.

(295) Continue riserve sono rivolte verso la trattazione di Mazzoni che aveva optato ("tra pubblico e privato") per un'analisi congiunta. Cfr. L. Barassi, *Il diritto del lavoro, I,* cit., in particolare p. 26 nota.

(296) « Talune estremistiche concezioni corporative del diritto finivano in genere, più o meno logicamente, con lo sboccare in una sussunzione del diritto privato nel diritto pubblico » (richiama Volpicelli). *Ibidem*, p. 16 nota.

(297) Si vedano le critiche a Lorenzo Mossa riportate sopra (nella nota 158).

(298) L. Barassi, *Il diritto del lavoro, I,* cit., p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

repubblicana che escono nel prima numero senza una vera parola di presentazione, senza alcun progetto (299).

9. *Costituzione e autonomia collettiva.*

L'entrata in vigore della Costituzione complica il quadro dottrinale soprattutto perché impone la fine del silenzio sui temi dell'ordinamento sindacale, inaugurando una letteratura sui problemi dell'attuazione del dettato costituzionale destinata a riprodursi sempre più stancamente sino alla fine degli anni Cinquanta (300). Le certezze presenti nella Costituzione solo parzialmente aiutano la dottrina ad affrontare il tema dell'unitarietà del diritto del lavoro attraverso la formulazione di princìpi condivisi: la Costituzione "da sola" non basta a sostenere il telaio concettuale di cui necessitava la disciplina, le distinzioni tra i diversi settori non comunicanti permangono, così come prosegue il conflitto tra interpretazioni disomogenee (pubblicistiche e privatistiche) delle eredità del passato. La prospettiva di una *terza via* costituzionale si rivela debolissima (o solo — ripetendo la fortunata formula di Enzo Cheli — "presbite"). La Costituzione è utilizzata per illuminare il tutto, ma quasi sempre la rappresentazione di quel tutto è nel diritto del lavoro semplice conferma delle ripartizioni antecedenti o, tutt'al più, spazio dogmaticamente "neutro" per incasellare a forza un ordinamento sindacale che si ribella al diritto pubblico e al diritto privato. Diversamente illuminate dalla luce della Costituzione le settoriali certezze antecedenti spesso si rafforzano, ma inevitabilmente mutano: se è impossibile "fondere" le diverse anime del diritto del lavoro, sono possibili sofisticate miscele tra tradizione civilistica e princìpi costituzionali, tra Codice civile "corporativizzato" e Codice civile "costituzionalizzato". L'equilibrio tra i diversi elementi è, nel primo periodo postcostituzionale, spesso precario, così accade che

(299) Il primo numero, 1949, della *Rivista di diritto del lavoro* (diretta da Ludovico Barassi; Paolo Greco, Giuliano Mazzoni, Ferruccio Pergolesi, Francesco Santoro Passarelli e Guido Zanobini; direttore responsabile Vincenzo Carullo) si apre con un articolo di Barassi.

(300) Cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica,* cit.; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quando un po' ingenuamente si scopre il « divario » tra le norme del Codice civile del fascismo e quelle della Costituzione repubblicana si parli di "crisi del diritto del lavoro".

Con la Costituzione, dunque, il quadro tracciato dalla dottrina si complica e si arricchisce. La posizione più rilevante è quella assunta da Francesco Santoro Passarelli le cui edizioni delle *Nozioni di diritto del lavoro* registrano puntuali il cambiamento: abbandonate le certezze civilistiche della prima edizione, l'Autore avvia una riflessione sull'*intima unità* della disciplina cui resterà fedele sino agli ultimi suoi interventi giuslavoristici. La pagina del 1945 riscritta nella quarta edizione del 1948 è resa con pochi tocchi molto diversa: « La ragione per cui il diritto del lavoro si distingue dalle altre discipline giuridiche e si ribella alla stessa partizione, tutt'altro che netta, del diritto nei due rami del diritto pubblico e privato, la ragione che costituisce *il principio di unificazione* delle tre parti, apparentemente eterogenee, del diritto del lavoro… sta nell'*implicazione della persona del lavoratore* nel lavoro prestato ad altri ». È a tale diritto del lavoro caratterizzato da « intima unità », e permeato dai princìpi costituzionali, che si fa ora riferimento (301).

Il diritto del lavoro ha una sua complessiva unitarietà che è più dell'accostamento dei singoli pezzi muniti di fisionomia autonoma: esiste « un unico asse che è il principio della loro unificazione » attorno a cui ruotano i diversi settori, esiste un'unità da rintracciare

(301) « La soppressione dell'organizzazione corporativa e la scomparsa del diritto corporativo hanno avuto per conseguenza un ampliamento della sfera del diritto del lavoro, che oramai comprende tutta la disciplina riguardante il lavoro e della quale … si è posta in luce l'intima unità ». F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1948 (quarta edizione), pp. 9 e p. 11. In una recensione a questa quarta edizione (in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 33 e ss.) Paolo Greco rileva che i rapporti ricompresi da Santoro Passarelli nell'àmbito del diritto del lavoro (diritto sindacale e previdenza) non vengono comunque trattati « il sistema (…) si limita al *rapporto di lavoro* »: « il titolo dell'opera è più ampio del suo effettivo contenuto ». (Solo a partire dall'edizione successiva ci saranno riferimenti al diritto sindacale). Rilievi simili erano stati mossi nei confronti della seconda edizione delle *Nozioni* (1946) in una breve recensione di Walter Bigiavi (in *Rivista di diritto processuale*, 1947, p. 79): « Da un punto di vista didattico … trovo che una più ampia considerazione degli aspetti pubblicistici del tema avrebbe notevolmente accresciuta l'utilità del corso, ché altrimenti buona parte della materia, un tempo ricompresa nel diritto sindacale e corporativo, resta lettera morta per gli studenti ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(« oltre i problemi pratici … e teorici », « oltre i confini dell'interpretazione ») « penetrando lo spirito, l'essenza della nuova disciplina » (302). Tutto ruota attorno al riferimento alla personalità del lavoratore e ad un contratto che « per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene »: « qui sta … la spiegazione di tutto il diritto del lavoro » (303), sta qui « l'essenza » unitaria del diritto del lavoro (304). Il sindacato dei lavoratori è collegato alla stessa "essenza" (l'implicazione nel lavoro della persona del lavoratore) e così anche gli strumenti utilizzati dal sindacato per correggere le disparità cui quella condizione dà luogo: il contratto collettivo (strumento pacifico di soluzione di conflitti di interesse) e lo sciopero (strumento di lotta) (305). *Strutture* diverse confluiscono entro uno stesso *principio*

(302) « Il bandolo della arruffata matassa della ragione di questa disciplina, della sua peculiarità, per cui si distingue da ogni altra disciplina giuridica, e si ribella alla stessa partizione, più che altro scolastica, del diritto in diritto pubblico e privato…, il bandolo della sua unità, per cui si scopre che il diritto dei sindacati e degli atti di disciplina collettiva, quello dei rapporti individuali di lavoro e quello della previdenza sociale, pure apparentemente così eterogenei tra loro, rotano idealmente attorno ad un unico asse che è il principio della loro unificazione, quel bandolo non si trova che risalendo oltre i problemi pratici e anche teorici limitati e contingenti, oltre i confini dell'interpretazione delle norme che costituiscono il diritto del lavoro, penetrando lo spirito, l'essenza della nuova disciplina. Questa è la via da battere, se si vogliono gettare le basi di una elaborazione scientifica del diritto del lavoro » (F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 1070).

(303) F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 1071.

(304) Il termine « essenza del diritto del lavoro » è particolarmente caro a SANTORO PASSARELLI; si cfr., a mo' d'esempio: « Il diritto del lavoro non s'intende nella sua vera essenza, in quello che potremmo dire il suo spirito, se non lo si consideri come il diritto dei soggetti e delle istituzioni del lavoro. Questa è la sua storia e questa, anche oggi, la sua realtà. In questo senso deve ammettersi la sua specialità e la sua organicità » (*Specialità del diritto del lavoro,* cit., p. 348); « C'era un diritto chiamato corporativo, di netta impostazione pubblicistica … (…) dopo la cessazione dell'ordinamento che fu detto corporativo (…) tutto cambiava nell'essenza della disciplina. Il diritto del lavoro non era più informato al principio di autorità, ma di libertà » (*Pluralismo e partecipazione, In memoria di Ubaldo Prosperetti*, 1983, in F. SANTORO PASSARELLI*, Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, Jovene, 1988, pp. 249-250); « nella sua genuina essenza il diritto del lavoro è diritto civile » (*Compleanno di un libro*, 1984, in *Ordinamento e diritto civile,* cit., p. 8).

(305) F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., quarta edizione, pp. 12 e 13. E ovviamente è molto rilevante il fatto che l'intera materia sia costituzionalizzata:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unitario, convergono verso uno *stesso fine*: « l'implicazione della persona del lavoratore nel lavoro… è veramente "il punto al qual si traggon d'ogni parte i pesi", il principio unitario del diritto del lavoro, amalgama di norme di diritto privato e pubblico, di strutture profondamente diverse, eppure cospiranti ad un solo fine, la salvezza della libertà, anzi della stessa personalità del lavoratore… » (306).

La questione essenziale è quella di ricomporre la frattura interna al diritto del lavoro, di riuscire a "parlare" della realtà sindacale senza separarla ancora dal resto dell'analisi; da questo punto di vista il lungo dibattito sull'attuazione dell'articolo 39 della Costituzione può essere anche considerato come ricerca di una composizione, di una sintesi tra i diversi volti del diritto del lavoro. Proverò qui a illustrare quest'aspetto accennando alla progressiva formulazione nell'opera di Francesco Santoro Passarelli della nozione di autonomia privata collettiva.

La Costituzione c'è: la lettura che unisce la disciplina, fondendo assieme i diversi aspetti, deve necessariamente confrontarsi con il dato giuridico senza andare « al di là della Costituzione » (307), senza separare artificiosamente « problemi di diritto privato e problemi di diritto pubblico », senza confondere « problemi di politica legislativa astratta e problemi di applicazione della norma costituzionale ». Santoro Passarelli è particolarmente deciso su questo punto, nel momento in cui presenta la sua relazione al Convegno Nazionale di studi sindacali organizzato dalla Camera di Commercio di Roma e durante la sua polemica con Carnelutti. La complessiva unitarietà del diritto del lavoro va contemplata — dice — entro « la scatola » costituzionale (308). Ed è proprio dal tentativo di leggere l'universo

---

« La Costituzione garantisce, contemplandoli, il sindacato, il contratto collettivo …e lo sciopero » (*ivi*). Sul nesso unitario che lega sindacato, contratto collettivo e sciopero si veda F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., pp. 1071 e ss.; riguardo al settore previdenziale si veda *Rischio e bisogno nella previdenza sociale* (1948), in *Saggi di diritto civile*, II, cit., pp. 1151 e ss.; ma in particolare pp. 1171.

(306) F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 1076.

(307) Le affermazioni sono tratte dalle parole che precedono l'intervento (*Composizione dei conflitti collettivi di interesse*) nel Convegno Nazionale di Studi Sindacali (28-29 e 30 ottobre 1949), *Atti Ufficiali*, Roma, Tip. Pinto, 1949, pp. 97 e ss. (p. 97).

(308) Entrambe le affermazioni si inseriscono nel contesto della replica di Santoro Passarelli alle osservazioni di Carnelutti: « Carnelutti ha parlato di una visione angusta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto del lavoro entro quella "scatola costituzionale" che nasce il primo abbozzo della nozione di autonomia collettiva. Non si tratta solo di affermazioni polemiche rivolte contro un Carnelutti che non cessa di guardare ai nuovi fenomeni con lenti vecchissime; c'è infatti un fitto intreccio nelle pagine di Santoro Passarelli tra analisi di diritto positivo e rinvio al progetto costituzionale, tra confini invalicabili dell'assetto privatistico e rinvio ad un'unitarietà del diritto del lavoro che sta *oltre* lo stesso diritto privato, in quel disegno "buono o cattivo che sia" tracciato nella Costituzione. La fortunata nozione di autonomia collettiva risente soprattutto di quest'intreccio: è in parte ricerca di un'unitarietà del diritto del lavoro che guarda alla realtà della libertà sindacale (forte del riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero), avvalendosi per "descriverla" del consolidato strumentario civilistico, ed è in parte "progetto" di un diritto del lavoro unitario che può essere mostrato soltanto attraverso la via tracciata nell'intero articolo 39 della Costituzione. È proprio quell'articolo che pare offrire infatti gli elementi per ricomporre la frattura ancora insanabile tra la ricostruzione privatistica e quella pubblicistica. La principale nozione privatistica che consente di *fondere* assieme il diritto del lavoro non emerge insomma all'improvviso, come un tutto unitario ben delineato sin dall'inizio (309).

---

e microscopica dei fenomeni, di cui avremmo peccato tanto Mazzoni che io, ed ha affermato che il sindacalismo di cui avevamo tratteggiato alcuni aspetti, era sindacalismo in scatola. Ora io penso che abbia avuto ragione di parlare di sindacalismo in scatola, perché il sindacalismo di cui ci siamo occupati è precisamente contenuto in quella scatola, buona o cattiva, capace o angusta, che è la Costituzione ». *Convegno Nazionale di Studi Sindacali* (28-29 e 30 ottobre 1949), *Atti Ufficiali*, cit., p. 168. L'intervento di MAZZONI (*L'autonomia sindacale e il problema delle garanzie della libertà sindacale*) è in *ibidem*, pp. 17 e ss.; mentre quello di CARNELUTTI e alle pp. 106 e ss. Sempre nello stesso anno si veda anche F. SANTORO PASSARELLI, *Verso la legge sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 274 e ss.; ed ancora lo schema su "Sindacato e contrattazione collettiva" predisposto, come contributo alla redazione del progetto legislativo, da un gruppo di studiosi riuniti dalla rivista « Il diritto del lavoro »: *Schema per la disciplina dei sindacati e dei contratti collettivi* (accompagnato da una *Relazione* di cui sono estensori, F. SANTORO PASSARELLI e L. A. MIGLIORANZI), in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 3 e ss.

(309) Da questo punto di vista mi pare insoddisfacente la ricostruzione di Tarello che presenta quella nozione di autonomia collettiva come il centro di una lineare offensiva privatistica, sin da subito caratterizzata « in modo chiarissimo » da una « particolare pregiudiziale ideologica », sin da subito volta a raggiungere « particolari

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'autonomia collettiva è espressione dell'esistenza di un interesse collettivo (particolare ma non individuale) di cui sono portatori i sindacati (310). L'interesse collettivo è « preminente », ha « priorità » sugli interessi individuali già nell'ambito del diritto privato (311): « l'interesse collettivo … è per sé un interesse privato, e gli strumenti per la sua realizzazione sono quelli del diritto privato » (312). Se si parte da questa piccola certezza offerta dalla ricostruzione sistematica del diritto civile, nel momento in cui si pone la questione di come comporre pacificamente le controversie collettive si profilano più soluzioni: una « soluzione eteronoma » (l'intervento della legge), una « soluzione autonoma » che scaturisce dal diritto dei privati e dalla presenza dell'autonomia collettiva e una « soluzione intermedia » quella indicata nell'articolo 39 della Costituzione (313). La disciplina dettata dalla Costituzione (« il regolamento collettivo in forma contrattuale ») si incunea tra le altre due (quella "privatistica" e "pubblicistica"), si « inserisce tra il contratto collettivo, espres-

---

effetti pratici » lucidamente intravisti (G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., p. 31). Mi pare che Tarello sottovaluti l'intreccio cui si fa riferimento nel testo e, di conseguenza, spesso appiattisca entro una configurazione (ideologicamente) unitaria una prospettiva "privatistica" che (già nell'opera dello stesso Santoro Passarelli) è molto più articolata. Una puntuale osservazione sulla questione è in G. GIUGNI (*Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., p. 204): « … l'elaborazione della nozione centrale di autonomia privata collettiva ha avuto luogo non tanto in ragione del sistema sindacale reale, quanto piuttosto di quello ipotizzato dall'art. 39 Cost. ».

(310) Le pagine dell'intervento (*Composizione dei conflitti collettivi di interesse*) vengono fissate poi nello scritto *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero* (1949), in *Saggi di diritto civile*, I, cit., pp. 177 e ss. Ma non è questo il momento in cui la teoria è compiutamente delineata; il suo pieno svolgimento si avrà infatti solo con la relazione tenuta all'Accademia Nazionale di Lincei nel marzo del 1954 (cfr. infra n. 10).

(311) A provarlo sono — nella nota ricostruzione di Santoro Passarelli — due norme: « Le due norme sono quella relativa al mandato conferito non solo nell'interesse del mandante, ma anche di terzi, e quella relativa al mandato conferito da più persone per un affare di interesse comune. L'interesse collettivo servito sottrae in questi casi il mandato all'influenza della mutevole volontà o delle vicende personali del mandante o di uno dei mandanti (articoli 1723 co. 2; 1726 cod. civ.) ». F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero,* cit., p. 179 e 180.

(312) F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero,* p. 181.

(313) *Ibidem*, p. 184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione di autonomia privata secondo il diritto comune, e la legge » (314), trasformando la stessa natura dell'atto di autonomia dei privati: nella soluzione della Costituzione « l'atto di autonomia privata sembra assumere così valore normativo, di legge in senso materiale » (315).

Sta proprio in tale "potere normativo" la particolarità della soluzione intermedia offerta dalla Costituzione che offre lo strumento per varcare i limiti ultimi raggiungibili dall'interpretazione sistematica dei contratti collettivi di diritto comune; quella soluzione permette di superare le « angustie del diritto contrattuale comune, con efficacia ristretta agli iscritti ai sindacati contraenti » (316). La soluzione costituzionale offre il « contratto collettivo con valore normativo »: la rappresentanza unitaria e proporzionale al numero degli iscritti dei sindacati registrati può « dettar legge » (317) e i collegi « cui è demandata la pubblica funzione della formazione dei contratti collettivi con valore normativo per l'intera categoria » conseguono gli effetti che erano attribuiti ai contratti collettivi « nell'ordinamento preesistente » (318).

L'espansione massima attribuita all'autonomia collettiva ne delinea, più che le potenzialità, i limiti; limiti intrinseci a contratti collettivi regolati « interamente » dal diritto comune ed efficaci solo per gli iscritti (319). Di fronte a quella visione che resta *angusta* c'è la soluzione costituzionale che, superando il diritto privato, consente di raggiungere la « norma collettiva », la « contrattazione collettiva di diritto pubblico a servizio dell'intera categoria » (320). Esiste quindi una precisa gerarchia: *interesse individuale*, *interesse collettivo* (autonomia collettiva); *interesse di categoria* (norma collettiva-legge di categoria); quest'ultimo ha carattere esclusivo: esiste una

(314) *Ibidem*, p. 184.

(315) *Ibidem*, p. 183.

(316) F. SANTORO PASSARELLI, *Presente e avvenire del contratto collettivo in Italia* (1949), in *Saggi di diritto civile*, I, cit., p. 208.

(317) *Ibidem*, p. 208.

(318) *Ibidem*, p. 210.

(319) *Ibidem*, p. 210.

(320) F. SANTORO PASSARELLI, *Contratto collettivo e norma collettiva* (1949), in *Saggi di diritto civile*, I, cit. p. 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« preminenza dell'interesse della categoria » sui gruppi particolari (321).

La costruzione privatistica (che sarà corroborata — come vedremo — negli scritti degli anni successivi) appare inizialmente funzionale alla lettura dell'articolo 39 che unifica il diritto del lavoro. Dalla lettura dell'articolo 39 della Costituzione non emerge solo una proposta di attuazione, ma un terzo modello che travalica, assieme alla distinzione tra pubblico e privato, la contrapposizione tra analisi *de jure condendo* e analisi *de jure condito*. È il carattere "normativo" del contratto collettivo a colmare il vuoto lasciato dall'assetto corporativo (il diritto sindacale — come si affermava nella prima edizione delle *Nozioni* — prende così *esattamente il posto del cessato diritto corporativo*) e a realizzare quella complessiva unitarietà dei fini del diritto del lavoro che la sola via privatistica, per quanto resa forte dalla formulazione della nozione di autonomia collettiva, non pareva in grado di garantire per la sua essenza comunque particolaristica.

L'attuazione dell'articolo 39 ha, dunque, una valenza generale. L'attuazione del disegno costituzionale è superamento dei limiti del diritto privato, possibilità concreta di dare complessiva unitarietà al diritto del lavoro. Di fronte ai molti interventi che nel *Primo Congresso internazionale di diritto del lavoro* di Trieste, nel maggio del 1951, insistevano per l'autonomia della disciplina, fondandola su l'esistenza di princìpi generali propri, rafforzati dalla presenza di "comuni" principi di difesa della persona del lavoratore presenti nel diritto internazionale (322), Santoro Passarelli nega decisamente la rilevanza di quella questione dell'autonomia della disciplina. Quel problema « è superato », così come "superato" appare il problema della configurazione del diritto del lavoro come "diritto sociale": « Noi possiamo dire che, con la nostra disciplina, il diritto viene ad

(321) *Ibidem*, p. 216.

(322) In tal senso negli *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, Trieste, 24-27 maggio 1951, Trieste, Ed. univ. di Trieste, 1952, si cfr. in particolare gli interventi di G. Mazzoni, *Contiene il diritto del lavoro principi generali propri?*, (alle pp. 501 e ss. e ora in Id., *Scritti minori*, cit., I, pp. 121 e ss.); S. Lega, *Per una nozione di "diritto comune del lavoro"* (pp. 476 e ss.); W. Cesarini Sforza, *Sul concetto di diritto comune del lavoro* (pp. 419 e ss.); L. Viesti, *Autonomia scientifica del diritto del lavoro e diritto internazionale del lavoro* (pp. 380 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assumere una terza dimensione. Mentre tradizionalmente il diritto ha considerato l'individuo di fronte all'altro individuo, oppure gli individui nella comunità politica generale, ora prende a considerare gli individui nelle comunità particolari alle quali appartengono, soprattutto in ragione della loro attività professionale » (323).

A garantire quella *terza dimensione* non basta, però, il diritto privato; la piena realizzazione della "vocazione" della disciplina si ottiene unendo pubblico e privato, superando i limiti ultimi della visione contrattuale per accedere a quella disciplina *contrattuale e normativa* per l'intera categoria offerta dalla Costituzione. Santoro Passarelli non ha dubbi nel respingere la netta alternativa posta da Tullio Ascarelli nel suo intervento congressuale (« o libertà individuale e regime contrattuale, o intervento paternalistico dello Stato »): esiste — afferma — una via ulteriore: « a me preme rilevare che fra la soluzione contrattualistica e la soluzione statualistica si profila la nostra soluzione costituzionale, che mi sembra organica e destinata ad avere per sé l'avvenire, superate che siano le difficoltà applicative. Disciplina contrattuale e non legale, ad opera però delle categorie organicamente considerate nella loro unità » (324).

La questione di fondo, insomma, è quella che Cesarini Sforza presentava come il problema della "trasposizione" degli interessi di gruppo nell'interesse generale, quella della composizione "organica" del pulviscolo di interessi particolari entro un indirizzo comune: quella trasposizione si realizza soltanto in virtù dell'effetto "normativo" di un contratto collettivo che continua ad essere pensato in diretta prosecuzione dell'ordinamento corporativo. La « soluzione costituzionale » opera la saldatura tra i diversi momenti, fa emergere l'unitarietà piena del diritto del lavoro non affidabile completamente ad una via privatistica che, per quanto ravvivata dalla nozione di autonomia collettiva, si rivela comunque angusta.

---

(323) F. SANTORO PASSARELLI, *Discorso conclusivo*, in *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, cit., pp. 547 e ss. ora, con il titolo *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Saggi di diritto civile*, II, cit. p. 1077 e ss., p. 1078.

(324) F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia,* cit., p. 1079. L'importante intervento di Tullio ASCARELLI, *Formazione di un diritto comune europeo* (negli *Atti*, cit., alle pp. 40 e ss.) è in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, alle pp. 135 e ss. (con il titolo *Su un diritto comune del lavoro*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La proposta è in Santoro Passarelli fortemente unitaria: la lettura privatistica che innova la tradizione del diritto comune civilistico è fortemente influenzata dal sistema "da attuare"; solo quell'attuazione realizza la possibilità vera di offrire un diritto del lavoro unitario, un diritto del lavoro ricomposto dopo la caduta dell'ordinamento corporativo. È solo qualche anno dopo, nel 1954, che la lettura privatistica diverrà più ampia, più ambiziosa, ponendosi essa stessa come complessivo momento di unione dell'intero assetto giuslavoristico. Nella permanente transitorietà del diritto del lavoro, l'autonomia privata collettiva da incompiuto strumento di supporto ad un compiuto disegno costituzionale, diverrà tassello essenziale per la "teoria del contratto collettivo di diritto comune" (325).

10. *Taormina 1954.*

« Devo dire che certe connessioni, certe verità profonde … non mi erano mai riuscite così chiare come mi sono apparse oggi ». Così Santoro Passarelli nel suo intervento del marzo 1954 ai Lincei in un incontro dedicato al tema dei rapporti tra Stato e sindacati (326). È il momento in cui la teoria dell'autonomia collettiva è prospettata — è lo stesso Autore a sottolinearlo — in una « nuova formulazione »; si abbandona la spiegazione "normativa" dall'articolo 39 Cost. proponendo una lettura unitaria del contratto collettivo di diritto comune e di quello con efficacia *ultra partes* richiamato dalla Costituzione (327). La prospettiva privatistica è ora più ambiziosa, più

(325) Cfr. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit.; G. Giugni, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., pp. 202 e ss.

(326) F. Santoro Passarelli, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in Accademia nazionale di Lincei, Quaderno, n. 37: Rapporti tra Stato e sindacati (Relazioni e discussioni, 12 marzo 1954), Roma, Acc. Naz. dei Lincei, 1956, p. 20 (anche in *Saggi di diritto civile*, I, p. 139. Continuerò a citare da questo testo).

(327) A segnalare come vero momento di svolta nella elaborazione del concetto di autonomia collettiva l'intervento del 1954 ai Lincei è lo stesso Santoro Passarelli: « Il mio stesso concetto di autonomia collettiva, in questi anni di riflessione, si è venuto modificando, ha trovato una nuova formulazione nella mia relazione ai Lincei sui rapporti fra Sindacati e Stato… » (F. Santoro Passarelli, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia* (1956), in *Saggi di diritto civile*, I, pp. 234 e 235).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lucida e, con maggior forza che in passato, tende a rompere i nessi di sudditanza ("psicologica") verso le ricostruzioni riconducibili al corporativismo (328) e a differenziarsi completamente dalle soluzioni pubblicistiche. Il divario teorico tra la posizione "pubblicistica" e quella "privatistica" cresce: le due prospettive stanno sistemando i loro conti con il passato e rivendicano, appellandosi a diverse letture della Costituzione, una complessiva proiezione unitaria del modello offerto alla disciplina. La considerazione effettiva della realtà sociale del periodo non è molto diversa, e rimane infatti sempre sullo sfondo, le prospettive però si allontanano nel delineare il loro programma, il loro astratto manifesto per la disciplina. Una mediazione appare impossibile, la fusione tra i diversi volti del diritto del lavoro è così ottenuta semplicemente rivendicando con maggior forza l'appartenenza al "pubblico" e al "privato". Il mese dopo l'incontro presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, nell'aprile del 1954, a Taormina, lo scontro tra le due prospettive sarà nettissimo.

La rappresentazione privatistica rivendica, dunque, una sua maggiore espansione. Le pagine di Santoro Passarelli del 1954 sono una ferma critica che, in fondo, l'Autore rivolge a se stesso: la questione non è quella di non aver visto giusto nel recente passato, ma di non aver osato abbastanza, di essersi fermato troppo presto nel segnare i confini invalicabili da parte del diritto privato. La « nuova formulazione » del 1954 della nozione di autonomia collettiva sta nel proporre quel passo ulteriore (nella lettura dell'art. 39 Cost.) ritenuto impossibile prima. Il meccanismo costituzionale volto a dare efficacia ai contratti collettivi a « *tutti* gli appartenenti alla categoria professionale » era apparso sino a quel momento impossibile da spiegare permanendo entro gli schemi del diritto privato (« sembra che non bastino più gli strumenti del diritto privato e che debba ricercarsi nel potere pubblico la fonte di questa efficacia *ultra partes*, rispetto alla quale i contratti collettivi si porrebbero in realtà come *leggi*, sia pure come *leggi professionali* di

(328) La lettura "privatistica" più lucida in tale direzione si avrà però solo anni dopo nella prolusione bolognese del 1963 di Federico MANCINI [ora con il titolo *Il problema dell'articolo 39 (libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"),* in ID., *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 133 e ss., si veda in particolare la nota 28, pp. 159 e 160, per un richiamo alla tesi di Santoro Passarelli].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

provenienza sindacale »). Tale incapacità del diritto privato di "spiegare" l'articolo 39 Cost. — sostenuta sino a quel momento dallo stesso Santoro Passarelli — è ora superata accordando ulteriore espansione al concetto di autonomia collettiva (« noi crediamo che sia possibile mantenere nell'ambito dell'autonomia negoziale e non sia necessario trasportare nel campo della potestà pubblica normativa la spiegazione dell'efficacia *ultra partes.* Questa spiegazione privatistica è possibile… » ([329])), negando ogni compromesso con una soluzione pubblicistica che « altera e falsa l'assetto autonomistico del libero sindacato » ([330]), ogni assonanza tra la spiegazione dell'articolo 39 e la soluzione offerta dall'ordinamento corporativo in cui, in cambio della « efficacia normativa » del contratto collettivo, lo Stato autoritario aveva attenuto l'assorbimento del sindacato ([331]).

Certo, l'efficacia del contratto collettivo prevista dall'articolo 39 della Costituzione non può essere ridotta alla sola efficacia *inter partes* del contratto (« come mostra di ritenere il collega Esposito nella sua relazione a questo Convegno, accogliendo, egli pubblicista, una concezione ultraprivatistica del contratto collettivo » ([332])); ma se l'efficacia generale è un bene che non può esser gettato alle ortiche, si può ora abbandonare la convinzione che caratterizzava le pagine antecedenti: bisogna rifiutare completamente la spiegazione "normativa" (« incompatibile con la libertà dell'organizzazione sindacale ») e considerare l'intero fenomeno della contrattazione collettiva come espressione dell'autonomia collettiva intesa quale « *au-*

([329]) F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra sindacati e lo Stato,* cit., p. 143.

([330]) *Ibidem*, p. 143.

([331]) *Ibidem*, pp. 144 e 145.

([332]) *Ibidem* p. 147. Si veda l'intervento di C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana* (poi in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954) nel già citato Quaderno 37 dell'Accademia nazionale dei Lincei, in particolare alle pp. 35 e 36. Riguardo alla posizione di Esposito si cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Rapporti economici-sociali e sindacali*, in *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Convegno Nazionale, Università di Macerata, 5-6 aprile 1991, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 185 e ss., pp. 194 e ss. Per un più ampio inquadramento delle influenze del lavoro di Esposito nella giuslavoristica è utile confrontare però l'antologia (curata da F. Mancini e U. Romagnoli), *Il diritto sindacale*, Bologna, il Mulino, 1971, pp. 15 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tonomia negoziale » (333). Insomma, anche il contratto collettivo (con efficacia generale) è contratto vero e proprio (« non ha più soltanto il corpo, ma l'anima del contratto » (334)), e ha una natura privatistica, essendo « organizzazione di diritto privato dell'autonomia del gruppo », espressione dei « gruppi sociali intermedi… comunità particolari in cui si articola la società generale e in cui si svolge la personalità dei singoli », aventi interessi che « non sono da confondere con gli interessi pubblici » (335).

A fine aprile del 1954, organizzato dall'Università di Messina, si svolge a Taormina il primo *Congresso nazionale di diritto del lavoro*, al tavolo dei relatori siedono Francesco Santoro Passarelli assieme a un altro illustre civilista, Salvatore Pugliatti, e un pubblicista, Costantino Mortati (336). Lo scontro tra la visione privatistica di un

---

(333) « L'autonomia collettiva va intesa *in senso tecnico*, sia che la si intenda quale *autonomia normativa*…, sia che la si intenda quale *autonomia negoziale,* come ora inclino a credere, dopo avere in passato ritenuto che si trattasse bensì di una vera e propria autonomia, ma di autonomia normativa » (F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra sindacati e lo Stato,* cit., p. 148).

(334) F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, cit., p. 234.

(335) F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, cit., p. 238. « La difficoltà che ha fermato i cultori di diritto del lavoro, di ricondurre all'autonomia l'efficacia generale del contratto collettivo, previsto dall'art. 39, in realtà non sussiste. In realtà non v'è alcuna necessità di continuare a supporre che esso costituisca un atto normativo delegato o riservato dallo Stato ai sindacati registrati. L'organizzazione delineata nell'art. 39 non è un'organizzazione pubblicistica di attività normativa, ma un'organizzazione di diritto privato dell'autonomia del gruppo, perché, pur rimanendo libera di fronte allo Stato, prevalga sull'autonomia individuale, organizzazione simile in sostanza a quella stabilita per la famiglia, nonostante la diversità degli istituti, corrispondente alla profonda diversità dei due gruppi ». E qualche anno dopo si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva* (1959), in *Saggi di diritto civile*, I, cit., pp. 253 e ss., in particolare pp. 264. La lettura più suggestiva caratterizzata da tale prospettiva è quella proposta da P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato* (1956), in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987 (ristampa dell'ed. Bologna, 1966), pp. 139 e ss.

(336) Gli Atti del Convegno, tenutosi dal 22 al 25 aprile, non furono pubblicati. La relazione di PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, può essere letta nella *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, 1, pp. 135 e ss.; quella di MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 1, pp. 149 e ss.; la relazione di Santoro Passarelli (*Il diritto del lavoro nel sistema del diritto*) non è stata pubblicata. Per un complessivo resoconto del Convegno si veda: L. A. MIGLIORANZI, *In margine al Congresso di Taormina (22-25*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Santoro Passarelli, consapevole di aver raggiunto la massima chiarezza nell'esplicazione della sua teoria dell'autonomia collettiva come momento di sintesi (privatistica) del diritto del lavoro, e la prospettiva (pubblicistica) di Costantino Mortati, il cui intervento è tra i momenti più significativi della sua riflessione sull'indirizzo politico e della sua tensione verso una piena attuazione del programma costituzionale, è inevitabile. Le distanze tra le diverse prospettive appaiono incolmabili, separate da quell'abisso (in gran parte immaginario) scavato negli anni antecedenti dalle opposte rivendicazioni di assolutezze. È il momento più alto di confronto tra due letture della Costituzione e due progetti giuridici; ed è anche il punto di arrivo di due linee che ancora fortemente risentono di solide radici ben piantate nel passato. Oltre quel punto si apriranno nuove frontiere per il diritto del lavoro.

Lo scontro tra lettura "privatistica" e lettura "pubblicistica", caratterizzò l'intero incontro, mentre sullo sfondo incombeva, accentuata dalla diversità dei linguaggi, il tema della crisi che, inevitabilmente, si sovrapponeva a quello di una *necessaria evoluzione* di un diritto del lavoro sospinto in direzioni diverse (337). Costantino Mortati non può condividere la *spiegazione privatistica* di Santoro Passarelli, non può accettare la visione di un rapporto di lavoro avente comunque la sua essenza nello schema del rapporto di scambio (338), né può condividere la complessiva configurazione privatistica dell'autonomia collettiva e quella piena appartenenza del sindacato al diritto privato che si presenta ai suoi occhi come

---

aprile 1954). Il diritto del lavoro nel sistema del diritto. Il lavoro nella Costituzione. Lavoro e proprietà nell'impresa, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 1, pp. 213 e ss.; un ampio resoconto è in una lunga nota (*Il Congresso nazionale di diritto del lavoro*) in *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, 1, pp. 177 e ss. Riguardo al Convegno di Taormina si veda anche, A. C. JEMOLO, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 433 e ss.; G. MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?* (note ad un Congresso)(1954), ora ID., *Scritti minori*, cit., vol. I, pp. 129 e ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 5 e ss. (l'intera premessa muove da riflessioni relative al Congresso di Taormina). Una recente rievocazione di quella esperienza congressuale è stata offerta da Gino GIUGNI nel suo intervento già citato su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*.

(337) Cfr. G. MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro*?, cit.

(338) Durante il Convegno di Taormina insiste ampiamente sul punto anche PUGLIATTI nella sua relazione (*Proprietà e lavoro nell'impresa,* cit., pp. 145 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconoscimento di un pluralismo incapace di giungere a una sintesi con l'indirizzo politico, di un pluralismo che è solo vago riconoscimento di interessi privi di quel necessario collegamento con l'unitario progetto di trasformazione sociale tracciato nella Costituzione. Il problema di Mortati è quello di congiungere la pluralità di interessi sociali riconosciuti dalla Costituzione con lo "spirito" di trasformazione tracciato nella stessa Costituzione, è quello di coordinare e di indirizzare gli interessi particolari in conformità all'interesse generale desumibile dall'*essenza* del disegno costituzionale.

La prospettiva pubblicistica si oppone inevitabilmente ad un'espansione delle frontiere del diritto privato e, pur guardando con attenzione all'autonomia delle formazioni sociali, tende comunque a inquadrarle entro lo Stato, prospettando la loro autonomia solo in funzione di tale appartenenza; tale divario tra "autonomia privatistica" e "autonomia pubblicistica" naturalmente suscita nella discussione congressuale dispute sulla natura del sindacato e del contratto collettivo fortemente influenzate dalle riletture dell'esperienza corporativa e provoca, pertanto, l'ennesima disputa tra « non negatori e negatori del sistema corporativo » (339). Sarebbe comunque scorretto considerare la posizione pubblicistica come riconducibile entro la vuota etichetta di una visione corporativistica che trova ancora in Mortati un portabandiera (340). A determinare lo

(339) Riguardo alle discussioni tra « pubblicisti e privatisti » « sulla natura del sindacato e del contratto collettivo » (« simile alla controversia sul sesso degli angeli »), annota MIGLIORANZI che « il dibattito ha finito nelle ultime ore a slittare, come era prevedibile, in un contrasto tra sostenitori e negatori del sistema corporativo, o più precisamente tra non negatori e negatori del sistema corporativo » (*In margine al Congresso di Taormina*, cit., p. 214).

(340) Non è inquadrabile in tal senso l'intervento del 1954; ma è difficilmente qualificabile come corporativistico anche il complessivo disegno portato avanti da Mortati in sede di Assemblea Costituente. Si cfr. F. BRUNO, *I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di) *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 59 e ss., pp. 105 e ss. (riguardo al problema della composizione della seconda Camera); ma si vedano in particolare le puntuali osservazioni di U. DE SIERVO, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 301 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scontro ("aspro" e "fermo") tra Mortati e Santoro Passarelli (341) non è una chiara consapevolezza della distanza tra una visione pluralistica libera da ogni residuo orpello corporativistico e una prospettiva statualistica ancora fortemente contaminata dalle categorie logiche dell'età corporativa (342); ma è soprattutto la complessiva « ansia » di attuazione del progetto costituzionale che caratterizza l'intervento di Mortati, la sua esigenza di fornire una lettura unitaria e coerente a quel disegno costituzionale che, pur essendo diverso da quello che egli avrebbe voluto, aveva comunque in sé gli strumenti « per educare i singoli a fuoriuscire dai loro interessi particolari e a consentire il radicamento di interessi via via più ampi, a beneficio delle scelte e degli indirizzi di competenza dello Stato » (343).

È da tale lettura volta a trasformare in *necessaria attuazione* « l'essenza più profonda della Costituzione » (344), è dal tentativo di dar forza alla « spirito consacrato nell'art. 1 che … esprime l'accoglimento di una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo » (345), che scaturisce la lettura *pubblicistica* del diritto del lavoro come strumento volto a « realizzare un ordine sociale imperniato sul lavoro » (346), a dare espansione in funzione di

(341) Scrive GIUGNI (Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro,* cit., p. 15): « assistemmo ad una tenzone come raramente avvengono nei cenacoli accademici che ebbe aspetti anche abbastanza aspri: ho viva memoria del contrasto verbale tra Santoro Passarelli e Costantino Mortati ». E JEMOLO (*All'indomani del congresso di diritto del lavoro,* cit., p. 433): « Contrasto fra la visione di Mortati e quella di Santoro, sostenute entrambe con cortesia e fermezza, e con accenti così caldi e tanti elementi di persuasione, da lasciare incerti e perplessi gli ascoltatori ».

(342) Si muove spesso in tale direzione la puntuale analisi di P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 566 e ss., soprattutto p. 586.

(343) G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 231 e ss., p. 236.

(344) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 153.

(345) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 152. Si veda poi anche C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), *Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 1 e ss.; a pp. 41 e ss. riguardo all'azione sindacale.

(346) Piego in direzione del diritto del lavoro un'espressione utilizzata da Mortati in riferimento all'art. 4 della Cost. da apprezzare entro il complessivo spirito del sistema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limitazione della autonomia privata ai princìpi costituzionali (347), ad esigere un nesso forte tra gli interessi delle collettività e l'interesse generale dello Stato (348). Il « carattere pubblicistico » delle « associazioni professionali » si deve cogliere andando al di là della distinzione tra interessi collettivi ed interesse generale (quella distinzione, a dire di Mortati, è inappagante « perché … lascia sempre insoddisfatta l'esigenza di determinare quali fra gli svariati interessi di collettività siano direttamente rilevanti per lo Stato » (349)) e guardando alla correlazione tra *poteri* e *fini* tracciata nella Costituzione. Il carattere pubblicistico delle associazioni professionali scaturisce dalla « polemica contro il presente » e « l'impegno per la sua graduale trasformazione » (350) iscritto nella Costituzione: « il loro carattere pubblicistico risulta dalla correlazione dei poteri stessi con i fini: che sono fini di elevamento dei lavoratori appartenenti alla categoria rappresentata dal sindacato, ma contemporaneamente fini direttamente statali, se è vero che tale elevamento è un preciso obbligo attribuito alla Repubblica » (351). Il diritto di associazione, il diritto di sciopero, sono mezzi volti al raggiungimento di fini generali e comuni; sono mezzi strumentali al raggiungimento di un progetto di trasformazione che non guarda a una società conflittuale ma a una società organica forte delle "virtù" insite in un'etica della solidarietà che deve guidare, attraverso lo spirito della Costituzione, l'azione dello Stato (352).

All'indomani del Congresso di Taormina, Arturo Carlo Jemolo — il quale riferisce che « la bellissima relazione » di Mortati « giunse a

costituzionale (C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 162). Uno scritto essenziale negli stessi anni è quello di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1951, 1, pp. 161 e ss. Per un inquadramento dei dibattiti degli anni Cinquanta sul punto si cfr. F. MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato* (1973), in *Costituzione e movimento operaio*, cit., pp. 27 e ss.

(347) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 177. Sul punto è naturalmente indispensabile rinviare a U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

(348) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., 193.

(349) *Ibidem*, p. 193.

(350) Mortati riprende la nota espressione di Piero Calamandrei (C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 196).

(351) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 196.

(352) Cfr. G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana,* cit., pp. 238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commuovere talora il congresso » (353) — propone alcune osservazioni "fredde", da attento « ascoltatore ». Si dice ammirato di fronte « ai mirabili sforzi dei cultori del diritto del lavoro per creare entro l'ambito del diritto positivo un sistema organico »; ma invita a riflettere riguardo al ruolo del giurista (riguardo « al modesto rango del giurista: che, per quanto tenti di evadere dal suo compito d'interprete del diritto, e di farsi costruttore di un ordinamento sociale e politico migliore, solo di poco riesce ad evadere, e ad aiutare i sostenitori di una tendenza sociale o politica; ma di solito resta ancorato al suo compito di classificatore, di costruttore di figure, di schemi, di dottrine le quali inquadrano una realtà, una serie di fatti, che sono l'economia e la lotta politica a creare » (354)), scettico nei confronti dei manifesti giuridici di trasformazione sociale: « I grandi problemi del lavoro non è il giurista a poterli risolvere ». La lineare lettura delle *promesse* della Costituzione fornita da Mortati e i complessivi progetti di un *sistema organico* per il diritto del lavoro sottovalutano la realtà dei contrasti economici irrisolti dalla Costituzione (355): il riconoscimento di diritti per i lavoratori, accompagnato dal permanere degli « istituti della vecchia economia » voluto dai costituenti, fa sì che quel contrasto non possa essere risolto attraverso astratti progetti giuridici (356). Non ci sono grandi spazi di realizzabilità per i manifesti dei giuristi; ma — questo Jemolo è disposto a riconoscerlo — se una tenue speranza di riuscire ad incidere nelle trasformazioni sociali esiste, il giurista che avrà *più possibilità* di successo sarà proprio l'interprete del diritto del lavoro della Repubblica (357).

---

(353) A. C. Jemolo, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, cit., p. 433.

(354) *Ibidem*, p. 435.

(355) « L'osservatore spassionato … è tratto a chiedersi se in realtà la Costituzione non abbia versato vino nuovo in otri vecchi » (A. C. Jemolo, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, p. 437).

(356) « …o restano inattuate quelle promesse, o devono trasformarsi profondamente gli istituti della vecchia economia che il costituente pensava di conservare » (*ibidem,* p. 437).

(357) « Da queste osservazioni e da questi stessi dubbi emerge che il diritto del lavoro è oggi una branca nella quale il giurista ha più possibilità che di solito non gli siano concesse per attuare quella evasione dal suo compito d'interprete e di classificatore (sia pure nella elevata forma del costruttore di *figure* e d'istituti), che in fondo come uomo ha sempre nei suoi desideri. L'impedire che l'interpretazione svuoti di contenuto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il progetto per il diritto del lavoro presente in quella relazione di Costantino Mortati, che per un momento aveva commosso il congresso, era destinato a restare inattuato: spinto da una visione etica più che politica (358), sorretto dal sogno di uno Stato che in quel momento non esisteva (359) e da una rappresentazione armonica delle comunità intermedie necessariamente coordinate in un disegno comune, il diritto del lavoro di Mortati appariva lontanissimo dal vivo della realtà sociale e politica del periodo. Restava un progetto destinato a disperdersi in quel clima di attesa e di *speranze deluse* che caratterizzava la metà di quegli anni Cinquanta in cui la scienza giuridica riconsiderava il gioco degli « interessi di massa » come sospesa tra rinnovata valutazione del « fenomeno collettivo » e ultima ricerca di « una legge di armonia che ne rendesse ordinata la vita » (360).

In quel clima la concezione privatistica era già vincente, e a Taormina « vinse, … quasi con una rotta » (361). Certo, in quella metà degli anni Cinquanta, era anch'essa molto astratta (e forse scambiava il suo manifesto per la realtà, confondendo il progetto di un diritto del lavoro ancora da realizzare, con il diritto del lavoro "inesistente" presente in quel momento (362)); ma aveva il vantaggio di fornire strumenti già

---

certe affermazioni, che tra due posizioni contrastanti sia una a dover soccombere…; e dall'ottenere uno di tali risultati tutta l'evoluzione economica e politica può essere deviata in un senso o nell'altro » (*ibidem*, p. 437).

(358) G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana,* cit., p. 242.

(359) P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, cit., p. 593.

(360) L'attesa è attraversata da una sorta di consapevolezza della "fine di un mondo" e, nello stesso tempo, dalla speranza che l'attuazione del disegno costituzionale risolvesse con un tratto di penna quel problema della relazioni tra Stato e sindacati con cui si erano oramai confrontate più generazioni di giureconsulti. Significative in tal senso sono le *speranze* collegate da Antonio Navarra alla « legge che la Costituzione ci ha promesso »: « Gli uomini della mia generazione — ed oramai sono tanti gli anni — concepirono il sindacato come strumento di pace sociale. Assistettero al sorgere in Italia del fenomeno sindacale, e seguirono con appassionato interesse il movimento di queste nuove forze particolari che sconvolgevano tradizioni secolari, e ponevano al fianco del singolo, il gioco evidente degli interessi di massa. Questo muoversi imponente di forze collettive dalle quali pareva che il vecchio mondo dovesse essere travolto sommerso, si andarono ordinando sotto i nostri occhi attenti, e noi ricercammo anche per esse una legge di armonia che ne rendesse ordinata la vita » (A. NAVARRA, *Le speranze (sinora) deluse*, cit., p. 155).

(361) GIUGNI, Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro,* cit., p. 16.

(362) « Nella metà degli anni '50 — taglia corto Giuseppe Pera — il diritto del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

operativi e uno spazio libero in cui ciascuno avrebbe potuto disporre il proprio progetto. Agevolata dalle inattuazioni della Costituzione repubblicana, la scelta di strumenti privatistici per leggere il diritto sindacale diverrà la base "comune" di riflessione scientifica, e di riconoscibilità, dei giuslavoristi; lo strumento privilegiato per realizzare *evoluzioni* nel diritto del lavoro (363).

La prospettiva privatistica era vincente perché meno vincolata dall'attesa della legge che aveva sin lì dominato tutto il dibattito e, con l'accrescersi delle speranze condannate a rimanere deluse, poteva condurre verso un'elaborazione concreta del diritto del lavoro esistente. Una scelta che talora porterà a una sorta di compiacimento per un'assenza della legge a cui nuovi approcci metodologici e (un'inconscia) memoria lunga della disciplina attribuirono il più ampio significato di una sorta d'inessenzialità di qualsiasi intervento legislativo. In ogni caso, nel silenzio della legge, sarà soprattutto a contatto del diritto effettivamente prodotto giorno dopo giorno dai privati che la disciplina troverà quel cemento scientifico che ricercava da tempo (364).

---

lavoro (quale noi oggi abbiamo per il bene e per il male) sostanzialmente non esisteva. Non sul piano individuale, per la mancanza di una legislazione limitativa nei licenziamenti. Non sul piano sindacale… » (G. PERA, nella *Recensione* a *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund...*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1984, pp. 520 e ss.; p. 531).

(363) Negli anni successivi i giuslavoristi si identificheranno in modo diverso nel diritto privato: per alcuni l'originaria identità civilistica rappresenterà ancora il sicuro luogo di appartenenza (e il profilo del diritto del lavoro sarà per costoro rafforzato soprattutto dall'*essenza* di solide radici civilistiche); per altri, il diritto dei privati sarà solo un ricco cantiere da cui attingere strumenti tecnici e concetti da rielaborare per rendere la disciplina veramente se stessa, veramente autonoma. La via privatistica al diritto del lavoro sarà, insomma, ben più ampia e articolata di quanto non lasciasse intravedere non solo l'angusta prospettiva del diritto comune civilistico di Barassi, ma anche la ben più ariosa visione privatistica di Santoro Passarelli. Di tale molteplicità di prospettive non tenne conto Ugo Natoli nel momento in cui accusò l'indirizzo privatistico di aver progressivamente realizzato, ricorrendo « a tecniche e soluzioni tradizionali e tipiche del diritto privato comune », una « obliterazione di quegli stessi princìpi generali già considerati caratteristici del diritto del lavoro e tali da giustificarne anche la ritenuta "autonomia scientifica" » (U. NATOLI, *Evoluzioni e involuzioni del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1967, 1, pp. 207 e ss.; 379 e ss.; cit. da p. 209).

(364) E naturalmente le letture furono contrastanti: per alcuni la dottrina accedeva finalmente al diritto svincolata dalle strettoie della legge quale unica vera fonte del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fili sottili di continuità potrebbero essere ricercati tra le relazioni presentate nell'aprile del 1954 a Taormina e le vicende successive della disciplina, magari cercando di andar oltre le distanze che in quel momento apparivano abissali e valutando quanti opportuni e necessari "compromessi" realizzarono le due "opposte" ad astratte linee teoriche. Ma solo in minima parte l'identità della giuslavoristica italiana può essere interpretata, dopo il 1954, affidandosi ai manifesti pubblicistici e privatistici lanciati in quel primo *Convegno di diritto del lavoro* in cui giuslavoristi dall'identità ancora incerta si tennero in disparte. Parlando a un pubblico in cui giovani e « anonimi assistenti » (365) affiancavano illustri professori, i priva-

---

diritto, per altri il "silenzio della legge" era la semplice riconferma di una preminenza di un discorso scientifico civilistico capace di resistere, nel passato come nel presente, ai suadenti richiami del politico. Le tante (e spesso ottime) ragioni che spinsero in qualche caso a cercare e in altri casi semplicemente a subire il rifiuto della legge diverranno presto poco rilevanti entro l'orizzonte della costruzione dell'identità disciplinare. Un'identità che presto sarà rafforzata dall'idea-forza di una creazione extralegislativa del diritto ben affondata nel diritto dei privati, preziosa rivendicazione di autosufficienza del diritto sindacale, strumento di lettura della realtà sociale senza filtri imposti dall'esterno.

(365) L'espressione è di Gino Giugni (Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro,* cit., p. 18) che scrive del Congresso di Taormina: « …i più giovani, e tra questi Federico Mancini ed io, avevamo il più basso livello immaginabile, quello di assistente, nel mio caso addirittura di assistente volontario. Non avevamo *status*. Eravamo gli anonimi assistenti… ». In quello stesso 1954 quei due giovani assistenti pubblicavano nella rivista *Il Mulino* uno scritto breve e denso, *Per una cultura sindacale in Italia*, che non era ancora un progetto per la giuslavoristica, ma costituiva un segnale importante: qualcosa si muoveva nel chiuso degli ambienti giuridici, nuove influenze culturali giungevano a rinnovare gli studi (G. GIUGNI - F. MANCINI, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino*, 1954, pp. 28 e ss.). Del 1955 è l'*Introduzione* di Gino GIUGNI alla sua traduzione di Selig Perlman (si veda ora, in S. PERLMAN, *Per una teoria dell'azione sindacale*, Roma, Edizioni lavoro, 1980). Nuovi manifesti giungeranno presto a caratterizzare la disciplina (il percorso più significativo sarà tracciato dallo stesso Giugni); tessere determinati nella successiva composizione del mosaico dell'identità giuslavoristica dell'Italia repubblicana; un mosaico che sarebbe ingiusto appiattire esasperando le continuità delle linee tracciate in questo saggio. Il nostro percorso si arresta al 1954 e non è, dunque, neppure il caso di accennare alle tappe successive, se non per segnalare la presenza, ancora in quel 1954, di un'opera « prettamente civilistica » che avrebbe influito molto sulle successive elaborazioni giuslavoristiche, quella di Luigi MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*. Lo scritto di Mancini di qualche anno successivo (*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*) è — come riconobbe lo stesso Autore — profondamente influenzato dall'articolo del 1954 di Mengoni. Si veda *Intervista a Federico Mancini*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tisti e i pubblicisti che, mossi dalle ragioni della scienza, tracciavano dal banco degli oratori il loro disegno per il futuro non potevano prevedere, e forse neppure osavano considerare, tutte le "imperfezioni del mondo" che avrebbero caratterizzato il progressivo affermarsi del diritto del lavoro nell'Italia repubblicana.

---

diritto del lavoro, 1993, 1, pp. 143 e ss., e in particolare a p. 151, ove parlando del suo scritto, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, afferma: « quel titolo era un po' un manifesto. In esso io volevo sintetizzare una scelta precisa di politica del diritto e la visione liberale che l'ispirava: in concreto, la rivendicazione della sinallagmaticità del contratto, la svalutazione della "fedeltà" e di tutte le posizioni che in qualche modo potessero ricondursi all'ideologia del corporativismo, all'"interesse superiore dell'impresa e della nazione" ». Riguardo a Mengoni si veda: M. NAPOLI e T. TREU, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni*, in *Lavoro e diritto*, 1995, pp. 588 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO IANNARELLI

LA CULTURA AGRARISTICA TRA CODIFICAZIONE E COSTITUZIONE (1935-1952)

« L'ordine delle idee dee procedere secondo l'ordine delle cose »
(VICO, *Principi di scienza nuova*)

1. Per gentile concessione dell'istituto dell'Enciclopedia italiana, il primo fascicolo dell'annata 1935 della *Rivista di diritto agrario* pubblicava il sintetico quanto prezioso contributo (1), dal titolo « Nozioni generali di diritto agrario », che Ageo Arcangeli, prematuramente scomparso nella primavera di quello stesso anno, aveva preparato per quella prestigiosa iniziativa editoriale. Tale contributo, che sarebbe apparso due anni dopo nella prima appendice di aggiornamento della stessa enciclopedia, non risultava programmato nel 1931 allorquando era stato edito il volume XII della Treccani comprensivo della voce « Diritto ». Con quella « voce » e per bocca di uno dei padri fondatori della disciplina, oltre che insigne commercialista, il diritto agrario fruiva di un riconoscimento di ordine culturale di portata generale. Al tempo stesso veniva collocato in un preciso orizzonte nell'ambito delle materie giuridiche, rivelandosi ormai in grado di affrontare e sollecitare una trattazione sistematica secondo il consolidato modello gaiano o pandettistico.

Nel maturo contributo di Arcangeli, in primo luogo « il diritto agrario in senso stretto » veniva riferito alle sole norme di diritto privato, in armonia con il diritto civile ed il diritto commerciale ed in contrapposizione alla denominazione di « legislazione agraria »;

(1) Di « sintesi rapida ma pregnante » e di « programma magnifico di costruzione scientifica » ebbe a parlare, a proposito dell'ultimo lavoro del maestro, l'allievo P. GERMANI, *Necrologio: Ageo Arcangeli (1880-1935)*, in *Arch. Giur.,* 1935, 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traeva le sue fonti dalla legge, dalla consuetudine e dal contratto collettivo, ma senza poter rivendicare, in assenza di principi e norme generali, un'autonomia scientifica. In secondo luogo, la trattazione sistematica del diritto agrario sulla base della tradizionale distinzione fondata su *personae*, *res* e *actiones* doveva comprendere rispettivamente, nell'ambito dei soggetti, le forme associative tra cui in particolare la famiglia colonica e, nell'ambito degli oggetti, il fondo, su cui si svolge la vita dell'azienda ossia l'esercizio dell'agricoltura, comprensivo della terra e di tutto ciò che vi inerisce, sia per produzione diretta sia per incorporazione. Nello stesso ambito in cui si inseriva la problematica dell'azienda (in termini di fondo in esercizio), destinata ad abbracciare anche le questioni relative alla bonifica, al credito agrario e alle assicurazioni sociali obbligatorie, veniva prevista l'analisi dell'*unità colturale* nonché delle situazioni giuridiche reali considerate nel loro rapporto con l'agricoltura: la proprietà, innanzitutto, con particolare riferimento al vincolo forestale e alla bonifica, e, poi, l'enfiteusi, l'usufrutto dei boschi, gli usi civici. L'ultima parte del diritto agrario accoglieva le forme contrattuali di esercizio dell'attività agricola (affitto, mezzadria, compartecipazione, soccida), nonché i contratti anche di diritto comune, sempre che destinati a trovare specifiche applicazioni e particolari atteggiamenti giuridici nel campo agrario.

A distanza di tredici anni dalla nascita della *Rivista di diritto agrario*, per iniziativa di G.G. Bolla, « pioniere e quasi diremmo apostolo infaticabile della disciplina » (2), il 1935 (3) può ben additarsi quale sicuro spartiacque nello sviluppo culturale ed accademico di una disciplina, ancora giovane, che allora risultava impartita in poco meno di dieci università del regno d'Italia e che, però, aveva già attirato intorno a sé un dibattito di ampio respiro e di indubbia originalità (4). Al di là delle preziose indicazioni che

(2) Così, DE SEMO, in *Dir. lav.* 1931, 621 a commento di un saggio di Pergolesi apparso sulla *Rivista di diritto agrario.*

(3) Per quanto possa risultare del tutto casuale, è pur sempre dal 1935 che nell'importante strumento di informazione circa le pubblicazioni giuridiche italiane rappresentato dalla *Rassegna bibliografica delle scienze giuridiche sociali e politiche* prese l'avvio una rubrica destinata al diritto agrario.

(4) Il riferimento è, soprattutto, al dibattito svoltosi sulla fine degli anni venti intorno alla questione dell'autonomia scientifica del diritto agrario. Tale questione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergono dal limpido « programma » contenuto nella sintetica esposizione avanzata dall'Arcangeli e che permettono di registrare tanto la strada sino allora percorsa dall'indagine, quanto gli itinerari su cui avrebbe potuto o dovuto proseguire, è alla metà degli anni trenta che nella riflessione agraristica giunge a maturazione una scelta di fondo oltremodo significativa in termini sia di relativa continuità con il recente passato, sia di una più rigorosa (ma pur sempre contrastata) messa a punto degli indirizzi complessivi della ricerca. È sufficiente, al riguardo, prendere in considerazione due dati di fatto: da un lato, lo svolgimento nello stesso anno 1935 del primo fondamentale congresso nazionale di diritto agrario, dall'altro, la pubblicazione in quegli stessi anni delle prime monografie di diritto agrario nonché l'avvio di collane di studi destinate ad ospitarle.

In realtà, se per poco si sposti l'analisi dalla mera registrazione dei dati ora richiamati, peraltro di sicuro rilievo, ai contenuti delle indagini che sin dagli anni dell'immediato primo dopoguerra avevano trovato nella *Rivista di diritto agrario* e nel suo direttore un insostituibile volano, è possibile cogliere in senso compiuto la svolta più generale che si registra in quell'epoca nella scienza giuridica italiana privatistica e che, inevitabilmente, ha pesato e condizionato, sia pure con caratteri originali, la riflessione degli agraristi nei decenni successivi.

La configurazione del diritto agrario prospettata dall'Arcangeli, professore di diritto e al tempo stesso autorevole quanto sensibile interprete in sede politica degli interessi degli "agrari" (5), risponde,

---

accomunò il diritto agrario ad altri diritti speciali, prima di tutto al diritto della navigazione, il quale, sebbene fruisse di autorevoli propugnatori, solo nel 1939 ottenne un formale riconoscimento accademico con la istituzione di una prima cattedra: sul punto si v. LEFEBVRE D'OVIDIO, *L'analogia prioritaria nel sistema delle fonti del diritto della navigazione,* in *Il cinquantenario del codice della navigazione (Cagliari, 28-30 marzo 1992)* a cura di Tullio e Deiana, Cagliari 1993, 21.

(5) Infatti, Arcangeli, oltre che deputato in due legislature e sottosegretario alle finanze, ebbe a ricoprire l'importante carica di vice presidente della confederazione nazionale fascista degli agricoltori, ossia dell'organizzazione di tutela e di promozione degli interessi che storicamente hanno costituito uno dei perni centrali del movimento prima e del regime fascista poi e, al tempo stesso, contribuito all'opzione in sede politica e ideologica a favore della c.d. *ruralizzazione*. In effetti, il coinvolgimento di eminenti giuristi nell'ambito di organizzazioni rappresentative di interessi economici (ad es. tra gli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a partire dagli anni trenta, ad un indirizzo condiviso dalla migliore dottrina agraristica volto a collocare la rispondente disciplina accademica sul versante del diritto privato e, dunque, favorevole ad una sistemazione della materia secondo lo schema gaiano o pandettistico, senza per questo negare l'importanza dell'intervento pubblico in economia (6). Sotto questo profilo, è indubbio che all'interno della riflessione agraristica, che aveva preso il via in maniera sempre più consapevole da oltre un decennio, l'impostazione sostenuta autorevolmente da Arcangeli risulti prevalere sull'altro orientamento impersonato fondamentalmente da Bolla e sensibilmente presente nella linea della rivista di diritto agrario (7). Orientamento, quest'ultimo,

---

altri Roberto De Ruggiero, come riferisce F. VASSALLI, *Insegnamento e riforme del diritto civile*, in *Studi giuridici* vol. II, Milano 1960, 470, già in *Arch. giur.* 1936) costituisce un fenomeno diffuso nel periodo corporativo, ed in particolare con specifico riferimento al settore agricolo, che meriterebbe una analisi approfondita in sede storica. A prescindere dalla verifica circa le ricadute che siffatti legami hanno potuto generare in termini di concreti contributi alla riflessione ed alla ricerca e, dunque, al superamento e/o al condizionamento di impostazioni astrattizzanti e formalistiche di derivazione pandettistica, non può negarsi che durante il fascismo il rapporto dei giuristi con la politica abbia presentato caratteri del tutto diversi da quelli presenti nell'immediato secondo dopoguerra sino agli inizi degli anni sessanta. Infatti, la scomparsa del confronto dialettico tra i partiti politici conseguente all'avvento del regime fascista assegnava di fatto alle strutture rappresentative degli interessi il compito di orientare direttamente scelte legislative ed amministrative: tutto ciò se da un lato doveva esaltare il ruolo degli « esperti » e dei « tecnici », tra cui in primo luogo i giuristi, nel compito di elaborare soluzioni adeguate e di farsene interpreti nei confronti dei centri decisionali, dall'altro non impediva allo studioso di rendere espliciti le « ragioni » delle proprie opinioni. Viceversa, nell'immediato dopoguerra, l'incanalarsi della rappresentanza degli interessi nell'ambito dei partiti politici, unitamente alle incertezze sul futuro derivanti dalla sensibile divaricazione delle forze politiche e dalla presenza di un forte partito di opposizione, dovevano spegnere gli ultimi fuochi e favorire una sempre più netta divaricazione tra mondo dei giuristi e mondo della politica, per cui atteggiamenti mimetici circa le proprie convinzioni andavano a saldarsi con (ed a consolidare) gli orientamenti « formalisti » e « dogmatici » in senso deteriore che pur avevano orientato e fortemente condizionato la scienza giuridica italiana negli ultimi decenni: sul punto v. *infra* nel testo.

(6) Per una preziosa rassegna delle definizioni della disciplina sino ad allora prospettate e dei modelli di sistemazione adottati anche a fini squisitamente didattici, si v. DE SEMO, *Corso di diritto agrario*, 1937.

(7) In realtà, pur riconoscendosi il primato, anche in termini di riscontri accademici, alla scuola di Arcangeli, in quello stesso scorcio di tempo il movimento culturale intorno alla nuova disciplina apparve, all'occhio di un osservatore acutissimo, dotato di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decisamente più aperto ad una revisione delle ripartizioni tradizionali delle discipline a favore di una sistemazione della materia in grado di prospettare i singoli istituti unitariamente nel loro aspetto pubblicistico e privatistico (8), in quanto non solo incline ad un intervento dello Stato nell'economia ed a riconoscere ai giuristi un proficuo ruolo propulsivo nel sollecitare e guidare la formazione legislativa del diritto, ma anche sostanzialmente fiducioso in ordine

---

una impronta unitaria, come tale in grado di abbracciare posizioni metodologiche tra loro sensibilmente diverse. Facendo il punto sulla cultura civilistica negli ultimi cento anni, Francesco FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile (1939-1939)*, in *Riv. dir. comm*., 1939, I, 428 ss, in part. 443-44 osservava che « come specializzazione del diritto civile va ancora ricordato un nuovo aggruppamento di norme che tende a conquistare autonomia, il diritto agrario, *nel quale convergono sia principi di diritto privato che pubblico, sia esigenze economiche, tecniche e sociali cooperanti allo sviluppo dell'agricoltura e al migliore assetto della classe degli agricoltori e del proletariato agricolo*[il corsivo è nostro]. Assertore di questo nuovo orientamento già iniziato dal VENEZIAN e poi dal FERRARA, è stato ARCANGELI, noto commercialista, che l'ultima sua attività ha dedicato a questa materia pubblicando un Corso di diritto agrario. Egli ha avuto promettenti seguaci, tra i quali si deve ricordare, oltre il CARRARA già citato, il BASSANELLI, autore di interessanti monografie sui contratti agrari, ed altri. La disciplina ha un organo di propaganda nell'importante *Rivista di diritto agrario*, a cui dedica le sue alacri fatiche il BOLLA ».

Del resto, in ordine al problema relativo all'autonomia scientifica del diritto agrario, la posizione di Arcangeli (peraltro condivisa da Cicu), contraria ad ammetterla in mancanza di autonomi principi generali, risultava, anche agli occhi di chi accoglieva siffatta impostazione, minoritaria rispetto a quella difesa da Bolla: si veda al riguardo BASSANELLI, *Diritto agrario* (voce), in *Nuovo Digesto it*., Torino 1938, vol. III, 886.

(8) In effetti, su questo specifico presupposto, sulla *Rivista di diritto agrario*, a partire dai suoi primi anni di vita, si era svolto un ampio dibattito in ordine alla codificazione del diritto agrario: dibattito che aveva registrato un significativo avallo, posto che nella relazione di accompagnamento al progetto italo francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927, la disciplina dei contratti agrari era stata omessa « nell'attesa di un Codice agrario che venga in futuro a disciplinare tutti i rapporti giuridici personali, reali ed obbligatori a cui dà occasione la terra » (in *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Roma 1929, CXLVI). A questa conclusione si oppose ARCANGELI, *Nuove cattedre e nuovi problemi di diritto agrario*, in *Italia agricola* n. 4, 1928, 3 (dell'estratto), non solo sostenendo che dovesse preferirsi accrescere e modificare la disciplina del codice civile « piuttosto che vuotare il codice civile di tutto il contenuto di diritto agrario », ma basando questa conclusione tanto sull'inadeguatezza della esperienza del *code rural* francese, quanto sulla « necessità di una distinzione il più possibile netta fra diritto pubblico e diritto privato, sia sulla centralità del codice civile in quanto propriamente, per non dire esclusivamente, [è il] codice dell'agricoltura ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad un'armonica saldatura tra rispetto della tradizione e trasformazione dell'economia su iniziativa pubblica, tra recupero e valorizzazione delle consuetudini e intervento di un legislatore destinato a orientare e correggere i processi economici.

A prescindere, per ora, da una più approfondita ricognizione delle divergenze metodologiche alla base delle cosiddette due scuole di diritto agrario che, per comodità di sintesi, sono state ricondotte alle posizioni di Arcangeli e di Bolla, ciò che può, a prima vista, sorprendere è la stessa collocazione temporale della vicenda ora richiamata. Infatti, il prevalere dell'impostazione più legata alla tradizione civilistica e, in particolare, più ortodossa nel fissare rigidi confini tra la sfera del diritto privato e quella del pubblico e, dunque, in controtendenza rispetto al diverso orientamento culturale vivacemente emerso nel decennio precedente, si afferma nella riflessione agraristica giusto a partire dagli inizi degli anni trenta: ossia nel momento storico in cui sul piano legislativo si andava progressivamente strutturando l'ordinamento corporativo in termini di un ordinamento proprio di una « economia disciplinata e quindi anche controllata » (9), come tale orientata quanto meno a rivedere la tradizionale distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, se non addirittura a segnare una più marcata posizione subordinata del primo rispetto al secondo.

A questo riguardo, del resto, è oltremodo significativa la lucida relazione che Tullio Ascarelli presentò in quello stesso anno 1935 in

(9) La frase citata nel testo è di MUSSOLINI, *Discorso* del novembre 1933 all'assemblea generale del Consiglio nazionale della Corporazioni, « il geniale ed ispirato artefice » del sistema corporativo (così GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale,* in *Riv. dir. comm*., 1934, I, 335). In realtà, al di là dell'enfatico encomio in cui quel fine giurista non era certo solo, va detto che il giudizio sul sistema racchiuso in quella frase rispecchiava una valutazione fatta propria da molti giuristi ed economisti. Lo stesso GRECO, *op. cit*., 354, era dunque in buona compagnia allorquando sosteneva che « l'ordinamento corporativo può definirsi come l'ordinamento giuridico tipico dell'economia vincolata, e si contrappone nettamente, da un lato, all'ordinamento liberale, che non vincola le azioni economiche, dall'altro all'ordinamento comunista.... ». Questa conclusione, a prescindere dalla sua correttezza sul piano giuridico istituzionale, rispondeva anche ad una diffusa opinione, oggetto di una ampia teorizzazione in sede filosofica da parte di U. Spirito, tendente ad identificare nel corporativismo la sintesi, ovvero una terza via, tra due estremi segnati rispettivamente dall'individualismo egostico e dall'egualitarismo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

occasione del primo convegno nazionale di diritto agrario. Tale relazione, il cui respiro trascende la sola problematica avente ad oggetto il diritto agrario, si colloca nell'ambito di una più vasta riflessione che il grande giurista andava svolgendo in quello stesso arco di tempo intorno al complessivo impatto sistemico che l'introduzione della legislazione speciale e soprattutto della disciplina corporativa, in particolare della concertazione economica attraverso gli accordi collettivi, avrebbe prodotto sul diritto privato in generale, sui diritti speciali ed, in definitiva, sullo stesso tradizionale dibattito intorno alla codificazione civile e commerciale.

A fronte di « norme della legislazione speciale che, anche nel campo del diritto privato, mirano a disciplinare la sostanza economica dei fenomeni e che concedono rilevanza giuridica a quegli scopi indiretti, a quei motivi, a quelle funzioni economiche concretamente assolte nei vari casi, che sfuggono invece alla disciplina giuridica tradizionale » (10) non solo « occorre elaborare nuovi concetti e nuove categorie giuridiche per interpretare convenientemente le norme della legislazione speciale » (11), ma è indispensabile prendere coscienza « della sempre più stretta coordinazione di norme di diritto pubblico e norme di diritto privato, della necessità di considerare determinati istituti unitariamente nel loro aspetto pubblicistico e privatistico, una cui separazione e distinta considerazione non è spesso possibile senza smarrire il senso dell'unità dell'istituto » (12). Con l'avvento della legislazione introdotta dalla legge 12 marzo 1930 in ordine alla disciplina dei rapporti economici fra le varie categorie della produzione, successivamente completata dalla legge fondamentale 5 febbraio 1934, l'intero assetto tradizionale del diritto privato appariva destinato a subire mutamenti radicali. Infatti, l'adozione di discipline differenziate per le singole attività economiche, frutto della negoziazione tra le categorie interessate ovvero delle determinazioni delle corporazioni, avrebbe segnato il passaggio da un sistema economico basato sulle scelte atomistiche individuali, nel rispetto delle sole regole formali conte-

(10) ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 32, nt. 3.

(11) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 32.

(12) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nute nel codice civile o nel codice di commercio, ad un governo dell'economia fondato sulla disciplina sostanziale delle diverse attività economiche, in termini di autodisciplina collettiva destinata ad attuarsi sotto il controllo dello stato.

A prescindere dalle implicazioni che da questo nuovo quadro potevano trarsi in ordine al processo di codificazione, in particolare al senso stesso della distinzione tra un codice civile ed un codice di commercio (13), due erano le principali considerazioni di fondo, ricche di implicazioni metodologiche, che Ascarelli avanzava, leggendo in chiave prospettica l'intervento dell'attività di normazione corporativa che avrebbe dovuto prendere corpo sulla base delle innovazioni istituzionali sopra richiamate. In primo luogo, la revisione della tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; in secondo luogo, e soprattutto, la più stretta aderenza delle molteplici regole destinate a disciplinare le singole attività alla sostanza economica delle stesse, a svantaggio, in definitiva, di quell'approccio in prevalenza di ordine formale inevitabilmente presente nelle discipline generali contenute tanto nel codice civile quanto in quello di commercio.

Da un lato, infatti, si rimarcava con limpidezza che « una disciplina sostanziale dell'attività economica si traduce necessariamente in un minor rilievo (non certo nell'abolizione) della distinzione tra le norme di diritto pubblico e quelle di diritto privato e nella necessità di un coordinamento tra queste norme nella ricostruzione unitaria dei singoli istituti, mentre nel diritto tradizionale questi due gruppi di norme tendono a contrapporsi senza mediazione, come senza mediazione si contrappongono nel liberalismo l'individuo e lo Stato » (14). Dall'altro, l'emersione di complessi di regole differenziate frutto dell'autodisciplina delle categorie e, dun-

(13) Invero, secondo ASCARELLI, *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo*, in *Riv. dir. lav.*, 1935, I, 319 la presenza di discipline differenziate di ordine sostanziale in connessione con lo sviluppo della contrattazione a livello corporativo avrebbe reso inutile la presenza di due discipline generali in materia contrattuale. In tal modo, l'unificazione dei codici, almeno nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti, trovava un fondamento originale rispetto alle ragioni sino ad allora avanzate dalla letteratura giuridica e tutte ruotanti intorno alle due opposte posizioni assunte nel tempo da Vivante.

(14) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 322-323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, inevitabilmente costruite a ridosso dei concreti interessi e delle effettive esigenze presenti nei singoli settori e comparti dell'economia richiedeva al giurista un atteggiamento mentale nuovo. « Il giurista si trova con ciò condotto a dare rilevanza giuridica a distinzioni ed elementi che nelle legislazioni precedenti avevano valore meramente economico; è appunto nella necessità di rendere giuridicamente rilevanti criteri prima considerati meramente economici, che risiede la costante difficoltà tecnica di una disciplina giuridica che voglia risolversi in un effettivo controllo dell'economia. La funzione economica dei singoli istituti tende ad esercitare nel diritto privato una importanza sempre maggiore ed essa viene concretamente perseguita tenendo conto anche di elementi che nell'ordinamento del codice civile rimangono invece giuridicamente irrilevanti e si impone una considerazione che è stata bene detta funzionale o dinamica dei problemi giuridici » (15).

Nel progressivo approfondimento ascarelliano in ordine alle implicazioni sistematiche che il diritto corporativo avrebbe apportato in concreto, una volta avviato il processo di normazione sulla base di accordi collettivi, tanto sul diritto privato e sui diritti speciali quanto sullo stesso atteggiamento del giurista interprete, la relazione al primo convegno nazionale di diritto agrario rappresenta il momento più alto di una riflessione che permette di trarre, con la massima lucidità, tutte le conclusioni anche di ordine metodologico derivanti dalla sempre più netta contrapposizione tra un sistema giuridico privatistico di stampo liberale, fondato sulla sostanziale posizione agnostica e neutrale dello Stato rispetto all'economia, e quello che viene a costruirsi laddove lo Stato, per il tramite della contrattazione collettiva, interviene nei processi economici, orientandoli in vista del perseguimento di obiettivi di interesse generale destinati, per necessità, a confrontarsi con i concreti interessi particolari perseguiti dai privati.

Nel contributo offerto da Ascarelli in occasione del primo convegno nazionale di diritto agrario, la tendenza, presente anche nella fondazione del diritto agrario, quale diritto speciale, volta sia a dare peculiare rilievo ai profili squisitamente tecnici della materia, sia a valorizzare il dato tecnico ai fini dell'autonomia della disciplina,

(15) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 326.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viene assunta come il terreno su cui collocare il confronto tra due diversi mondi: quello liberale ottocentesco in cui la distinzione netta tra economia e politica si rifletteva nella rigorosa distinzione/divaricazione tra diritto privato e diritto pubblico e quello interventista in economia, nella peculiare forma corporativa, in cui l'intrecciarsi delle regole esigeva nuove metodologie e nuove soluzioni teoriche ed in cui il raccordo/subordinazione degli interessi individuali agli interessi collettivi operava in direzione della modernizzazione dell'economia, quanto meno in relazione agli obiettivi costituiti dall'aumento delle produzioni e dal migliore assetto delle strutture produttive di base.

Nella prospettiva tradizionale, l'indirizzo metodologico fatto proprio da Bolla, orientato a ricostruire gli istituti unitariamente nel loro aspetto pubblicistico e privatistico, dando peculiare rilievo orientativo alle esigenze tecniche, doveva apparire senza dubbio eterodosso e discutibile rispetto sia alle distinzioni acquisite dalla cultura giuridica del tempo e alla sistemazione gaiana o pandettistica della normativa, sia al necessario primato da riconoscere alla valutazione giuridica: la natura delle cose, il fatto tecnico non potrebbero assurgere mai a fonte di diritto, costituendo se mai solo fattori che concorrono a determinare una disciplina giuridica (16). Dunque, era la prospettiva seguita da Arcangeli e dalla sua scuola ad apparire più corretta ed aderente ad un approccio giuridico formale coerente con il tradizionale sistema liberale.

Agli occhi del giurista sensibile alla realtà storica e culturalmente attrezzato ad avere contezza dell'intero quadro dell'esperienza in cui opera, questa conclusione, per quanto impeccabile sul piano del « giuridico », non poteva, però, risultare appagante. La stessa evidenza del giudizio critico finiva con l'accentuare la singolarità di quella diffusa devianza sul piano del metodo che emergeva in quegli anni. La crescente distanza tra modelli e metodi recepiti e ampiamente legittimati e le singolari tendenze emerse anche tra molti finissimi giuristi acquistava lo spessore di un fenomeno ben più complesso che evocava mutamenti più profondi nell'ambito della

(16) Così ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del I congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze 1936, 102 ss., in part. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà sociale ed istituzionale da cui il giurista non può né deve estraniarsi. La tendenza alla valorizzazione del profilo tecnico, lungi dal costituire una semplice « caduta » sul piano del metodo, rinveniva la sua ragione d'essere nella più complessa trasformazione costituzionale e politica dell'ordinamento giuridico in cui si andava prospettando un generale intervento dello Stato in ogni ramo dell'attività privata (17), sul postulato dell'assoluta prevalenza dei diritti e degli interessi della Nazione su quelli di individui o classi. All'acuto sguardo indagatore di Ascarelli il movimento tendente alla costituzione di nuove autonome discipline in base a criteri tecnici e alla configurazione unitaria degli istituti in grado di abbracciare norme privatistiche e norme pubblicistiche, secondo un ordinamento interno difforme da quello pandettistico, in cui il giovane diritto agrario aveva trovato altri compagni di strada (il diritto marittimo, quello delle assicurazioni etc), più che rappresentare un segnale di « debolezza » della scienza giuridica, trovava una convincente spiegazione nel raccordo tra la realtà politica e le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale. La maggiore importanza assunta dal fenomeno tecnico, in conseguenza del fatto che la regolamentazione giuridica si riferiva e sempre di più si sarebbe attagliata alla sostanza dei fenomeni economici, tenendo conto delle loro differenze, spiegava e al tempo stesso forniva legittimazione al proliferare di discipline speciali aspiranti all'autonomia scientifica. Nello stesso tempo, i medesimi profili tecnici non potevano non incidere sulla strutturazione interna di quelle stesse nuove discipline alla luce proprio della maggiore compenetrazione tra l'elemento pubblicistico e quello privatistico. La trasformazione del diritto immanente nello scenario che andava profilandosi non avrebbe certo mortificato il diritto ed il ruolo dei giuristi. « I compiti che vengono preposti alle nuove discipline e ai nuovi interpreti richiedono un tecnicismo giuridico sempre più raffinato, appunto perché la disciplina giuridica vuole tener maggior conto delle differenze tecniche e riuscire a una concreta disciplina dei rapporti economici. La maggiore rilevanza del fattore tecnico non significa minore importanza del fattore giuridico... ma invece un diverso orientamento del

(17) La medesima considerazione, per quanto sinteticamente svolta, si legge in A. SCIALOIA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto che si traduce in nuovi principi giuridici, in una riaffermazione ed in un progresso del diritto, in un approfondimento ed in un arricchimento della sua dogmatica e del suo peculiare tecnicismo » (18).

2. A fronte di questo contributo che Ascarelli sottoponeva all'attenzione, anche degli agraristi, in ordine alla necessità di una riconsiderazione dell'intera sistematica del diritto privato alla luce dei mutamenti politico-costituzionale che si andavano consolidando in quegli anni, il mancato riscontro positivo da parte della prevalente dottrina (civilistica, commercialistica ed agraristica) (19) costituisce un dato di sicuro interesse: non solo per comprendere gli indirizzi di fondo e la stessa ideologia dominante nella cultura giuridica nel passaggio dal fascismo alla repubblica nonché le tensioni più o meno latenti che hanno accompagnato la vicenda della codificazione, ma anche per cogliere, al di là dei profili singolari che pur erano presenti e che vanno esplorati, i legami profondi tra la dottrina agraristica e quella civilistica.

In particolare, il primato dell'indirizzo, autorevolmente prospettato da Arcangeli nell'ambito della riflessione agraristica, proprio nel momento storico in cui il diverso approccio avanzato dalla scuola di Bolla appariva meglio corrispondere al complessivo clima entro cui il giurista era chiamato ad operare in considerazione dell'annunciato forte intervento dello Stato nell'economia, non rispecchia una vicenda affatto singolare degli agraristi. Anzi, essa si intreccia (costituendone una parte non certo di rilievo minore) con un'altra di maggiore respiro e complessità che in quello stesso arco di tempo ha visto come protagonista l'intera area della riflessione giuridica privatistica.

La valutazione ascarelliana dello scenario che la costruzione del

(18) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 112-113.

(19) A ben vedere, se si fa eccezione della relazione presentata al convegno agraristico, la riflessione ascarelliana circa l'assetto dell'intero sistema privatistico sviluppata in quegli anni ha inciso soprattutto nel dibattito dei commercialisti sulla codificazione: accanto alle puntualizzazioni, con qualche cauta riserva, prospettate da AULETTA, *Collaborazione corporativa tra imprese e diritto commerciale*, in *Studi economico giuridici* dell'Università di Cagliari, Milano 1940, 74; si v. SOPRANO, *Codice di commercio o codice dell'economia corporativa?,* in *Foro it.*, 1937, IV, 132ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema corporativo andava delineando, storicamente smentita *ex post* in quanto da un lato le corporazioni si sarebbero rivelate quali organismi inutili, dall'altro la produzione di norme attraverso le stesse sarebbe stata decisamente modesta (20), peccava all'origine di ingenuità. Nel fare affidamento sulle sole prospettive presenti negli interventi legislativi volti a fissare le nuove regole per la produzione del diritto materiale, Ascarelli non immaginava gli effettivi limiti di operatività che il modello accolto avrebbe incontrato in ragione, sia delle sue intrinseche debolezze in chiave istituzionale, sia delle resistenze interessate di matrice politica o economico-sociale che avrebbe sofferto, sia degli stessi limiti culturali del mondo dei giuristi. In altre parole, non poteva cogliere, nel momento in cui egli stesso era immerso negli avvenimenti di quegli anni, che l'ordinamento corporativo avrebbe in definitiva avuto « importanza più ideologica che giuridica » (21).

A dispetto delle apparenze, in particolare della rispondenza solo di facciata alle formule verbali dell'ideologia dominante e del corporativismo, l'emergere sia di un diffuso atteggiamento di resistenza ai mutamenti di fronte ai quali si trovava il sistema giuridico privatistico nell'impatto con il « diritto corporativo », sia, al contempo, di serie difficoltà quanto all'elaborazione di nuove categorie dogmatiche e l'assunzione di nuovi indirizzi metodologici, rispecchiava la convergenza di fenomeni tra loro profondamente distanti. A fronte dello scienziato del diritto che registrava i mutamenti legislativi, cogliendo le implicazioni di ordine sistematico conseguenti al preannunciato intervento dello Stato nell'economia, ai presupposti sui quali esso dichiarava di fondarsi nonché alle singo-

(20) Sul punto, si v. da ultimo CAVALIERI, *Il corporativismo nella storia del pensiero economico italiano,* in *Il pensiero economico italiano*, II, 1994, 2, 16; nonché FAUCCI, *Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo (1935-1943),* in *Quaderni storici,* 1975, 608 ss. Un elenco degli accordi economici collettivi intervenuti tra il 1930 e gli inizi del 1940 si può leggere in COLITTO, *L'accordo economico collettivo*, Milano 1940, 13 ss. Sulla necessità in sede storica di tener conto sia dell'ampia produzione di norme, di apparati, di indirizzi sia del fallimento delle stesse a causa tanto dell'ampiezza degli obiettivi perseguiti sia della carenza di efficacia reale ha insistito molto opportunamente CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia,* in *Foro amm.*, 1969, IV, 481 ss.

(21) In questi termini KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952, 308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lari forme giuridiche attraverso cui si intendeva operare, la letteratura giuridica civilistica e commercialistica, in particolare quella politicamente orientata in senso liberal-conservatore e però culturalmente consapevole, doveva schierarsi in senso contrario tanto alla lettura degli avvenimenti prospettata dall'osservatore « imparziale » Ascarelli, quanto, conseguentemente, all'accoglimento delle coerenti implicazioni di ordine metodologico che ne derivavano.

In altri termini, il richiamo alle tradizionali ripartizioni del diritto ed al rispetto delle principali categorie civilistiche rispondeva, in larga parte, ad un atteggiamento consapevole volto a respingere e/o a svuotare di contenuto le innovazioni che il sistema corporativo, fondato sull'intervento dello stato nell'economia, stava apportando o intendeva apportare, nella misura in cui: a) queste ultime innovazioni si rivelavano potenzialmente idonee, più che soltanto a favorirne e promuoverne lo sviluppo, anche ad incidere sugli interessi concreti dei poteri economici costituiti, rappresentati dalla proprietà fondiaria da un lato e dal sistema industriale e creditizio dall'altro; b) il nuovo preannunciato raccordo tra iniziativa privata e controllo pubblico, tra diritto privato e diritto pubblico conservava significativi margini di indeterminatezza e di fumosità. Oltre ed alle spalle di un carente quadro teorico di riferimento, in termini di politica economica e di politica del diritto, ben si coglievano le diversità di accenti e di umori tra le molteplici anime che, per quanto velleitarie esse fossero, alimentavano, in quegli stessi anni, la discussione sul corporativismo (22) e il superamento dell'individualismo in economia.

Non vi è dubbio, del resto, che l'intervento pubblico dello Stato nell'economia si sia svolto tra le due guerre al di fuori dell'apparato

(22) A ben vedere, l'aver oggettivamente imbrigliato e denervato le organizzazioni di massa, quali i sindacati ed, in generale, tutte le rappresentanze degli interessi nell'ambito di un sistema istituzionale chiaramente autoritario, secondo il lucido programma conservatore di Alfredo Rocco, non contraddiceva la presenza e lo sviluppo di un ampio dibattito prevalentemente di ordine ideologico sul corporativismo: sull'ampiezza e l'articolazione della tale discussione, v. ancora CAVALIERI, *op. cit.*, il quale opportunamente riprende la preziosa testimonianza di CHABOD, *L'Italia contemporanea (1918-1948)*, Torino 1961, p. 85, per cui, « durante questo periodo il sistema delle corporazioni fu in Italia l'unico argomento del quale si potesse discutere con una certa libertà ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e delle procedure corporative (23) e che in ogni caso gli interventi si rivelarono fondamentalmente in linea e non certo in contrasto con gli interessi degli industriali e della proprietà fondiaria. Accanto alle vicende intervenute in quegli anni, costituite dal mancato inizio della seconda fase nell'attuazione della legislazione sulle bonifiche, culminata con l'allontanamento di Serpieri dal Ministero dell'agricoltura (24) e dal naufragio della legislazione, tanto attesa, circa i miglioramenti posti in essere dai concessionari di fondi rustici, — segnali eloquentissimi in ordine ai limiti oltre i quali la proprietà fondiaria non intendeva accettare l'intervento propulsivo dell'economia da parte del sistema politico — sul versante più strettamente giuridico è sufficiente la semplice lettura in filigrana degli atti del primo convegno nazionale agraristico per cogliere la dialettica interna alla riflessione che si andava svolgendo in ordine all'impatto dell'ideologia corporativa sugli istituti fondamentali del diritto privato.

È singolare la sintonia che nei lavori del convegno si può registrare in ordine alle relazione di Ascarelli e di Finzi, sia nei contenuti, per quanto in parte, delle loro rispettive riflessioni, sia, soprattutto, nelle reazioni suscitate da queste nell'uditorio. Se da un lato, anche in ragione dell'approccio *in apicibus* ivi accolto, la relazione ascarelliana doveva, in definitiva, essere sostanzialmente trascurata dal dibattito (25), dall'altro imponente fu il cordone

(23) Sul punto, è tuttora fondamentale l'ampia riflessione di CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, cit.

(24) L'allontanamento di Serpieri può dirsi paradigmatico circa i limiti dell'approccio del fascismo ai problemi dell'agricoltura nel senso che l'intervento vi fu nei limiti della conservazione della grande proprietà agraria e della « valorizzazione » del latifondo attraverso massicci contributi statali (in questi termini V. CASTRONOVO, *Il potere economico ed il fascismo,* in QUAZZA (a cura di), *Fascismo e società italiana* Torino, 1973, 74ss), dovendosi viceversa arrestare ove si fosse rivelato potenzialmente dannoso agli interessi della proprietà fondiaria. Sulla caduta di Serpieri, sacrificato a vantaggio degli interessi dei latifondisti del tavoliere, v. MERCURIO, *Classi sociali e conflitti politici*, in BEVILACQUA (a cura di), *Il Tavoliere di Puglia Bonifica e trasformazione tra XIX e XX secolo*, Bari 1988, 431 ss.

(25) Il riferimento nel testo vale soprattutto per le conclusioni di ordine generale scaturenti dal legame individuato tra il proliferare dei diritti speciali, in una con la valorizzazione dei profili tecnici, e la formazione « negoziata » del diritto secondo il modello corporativo allora in itinere. Invero, l'altra lucida puntualizzazione metodolo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sanitario che da più parti venne eretto intorno alle proposizioni teoriche di Finzi e che si tradusse in una rinnovata insistenza circa la netta distinzione tra i tradizionali profili privatistici della proprietà e quelli pubblicistici destinati ad esaurirsi nel solo rapporto giuridico personale tra il singolo proprietario e lo Stato (26).

La revisione della distinzione tradizionale tra diritto privato e diritto pubblico, la discussione intorno alla funzione sociale della proprietà (27), cui si collega quello già più sofisticato circa la

---

gica circa l'inattendibilità di un richiamo ai profili tecnici quali dati sufficienti per costruire l'autonomia scientifica di singole discipline, per quanto ignorata nella discussione, doveva invece costituire da quel momento un ostacolo decisivo su cui si sarebbe progressivamente infranto l'opposto indirizzo che faceva capo a Bolla. La replica di quest'ultimo, per quanto insoddisfacente, la si può leggere in BOLLA, voce *Agricoltura,* in *Nuovo Digesto*, Torino, 1937, vol. I, 271.

(26) Si v., in particolare, la posizione di Pugliatti nel suo intervento al medesimo convegno. L'opzione, consapevolmente condivisa dalla dottrina, in ordine alla conservazione immutata della struttura del diritto di proprietà, doveva poi condurre a spostare sul piano dei beni e delle relative distinzioni le inevitabili articolazioni legate all'intervento pubblico.

(27) Sebbene il dibattito sulla funzione sociale della proprietà, sulla base della formula contenuta nell'art. 18 del progetto curato da De Ruggiero, si sia svolto lungo tutto il terzo decennio del secolo (con le puntualizzazioni e articolazioni consegnate in molti interventi e soprattutto nei contributi raccolti dalla Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura nel volume su *La concezione fascista della proprietà privata* Roma 1939), è interessante rimarcare che già nel 1933, dopo le reazioni alle sortite di Spirito (il quale nel convegno ferrarese del 1932 aveva prospettato una corporazione proprietaria con la partecipazione dei lavoratori agli utili aziendali e alla trasformazione dei sindacati in gestori di pacchetti azionari di proprietà degli stessi lavoratori), ai giuristi più accorti le scelte politiche di fondo apparivano nette. È, in quello stesso anno, infatti, che con sicurezza MAROI, *Diritto civile e fascismo*, in *Archivio giur*., 1935, 27, considerava sconfitte, quali « teorie avveniristiche ed apocalittiche », la « proprietà-funzione » e la « proprietà-corporativa » e, viceversa, pienamente confermata dal fascismo la proprietà individuale. Altrettanto importante, d'altronde, è la tenace insistenza con cui la dottrina negli anni intercorsi tra la presentazione del progetto e la pubblicazione del codice civile abbia ribadito la contrarietà a che fosse il giudice ad apprezzare l'esercizio, in funzione sociale, della proprietà: ancora nel 1940, FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, in *Arch. studi corporativi*, 1940, 55, si preoccupava di rimarcare che « rimane ben fermo che questo atteggiamento sociale della proprietà, sia in quanto deve essere operante, sia in quanto deve piegarsi alle esigenze della collettività, deve risultare solo da *norme positive di diritto*, sia di fonte legislativa che corporativa. Ma non potrà mai né il giudice né un funzionario imporre limiti o doveri al proprietario in omaggio ad un supposto interesse sociale, perché una siffatta proprietà socializzata, in balia dell'ar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trasformazione dello stesso diritto soggettivo, e la diffusa diffidenza circa l'attribuzione al giudice del potere di individuare l'interesse generale nell'esercizio dei diritti e dell'autonomia privata (28) rappresentano gli scenari più qualificanti sui quali in quello stesso periodo la cultura civilistica è stata chiamata a misurarsi nella contrapposizione tra il tradizionale sistema liberale, storicamente rivelatosi inadeguato a gestire le difficoltà e le contraddizioni emerse nello sviluppo economico del paese e nella sua trasformazione industriale, e l'interventismo dello Stato nell'economia (già sperimentato nel primo periodo bellico) soprattutto a fronte degli indirizzi più radicali orientati, in chiave sociale (29), ad imporre oneri e

---

bitrio variabile dei funzionari, non sarebbe più una proprietà, ma la negazione di ogni diritto ». Anche Vassalli, che aveva già per primo sostenuto questa impostazione nei primi anni trenta si preoccupò di richiamarla espressamente in occasione del convegno di studio con i giuristi tedeschi svoltosi nel 1938, si v. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà,* in *Atti del primo convegno* (21-25 giugno 1938), Roma 1939, 113 ss.

(28) Al riguardo, è singolare il rilievo che nella letteratura giuridica ebbero le riflessioni di RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936. Accanto al solo riferimento in nota presente in AULETTA, *op. cit*., p. 73 nt. 52, a conferma della contrarietà all'attribuzione al giudice del potere di determinare la « liceità dell'esercizio di diritti individuali », decisamente più interessante è il richiamo in BETTI, *Il quarto libro nel progetto del codice civile italiano*, in *Riv. dir. comm*., 1938, 537 ss., in part. 546s. Il riferimento all'opera di Ripert assume nella riflessione bettiana una valenza più complessa. In primo luogo, l'analisi di Ripert viene ripresa per respingere il legame con il diritto e la cultura francese che era stato alla base del progetto del IV libro del codice civile (sulla falsariga del precedente progetto di unificazione italo-francese elaborato negli anni precedenti), sì da giustificare una più complessiva presa di distanze da un modello e da una esperienza in cui andava esasperandosi un indirizzo egualitario dovuto all'emergere di tendenze democratiche. In secondo luogo, Betti coglie l'occasione per segnalare la netta contrarietà del fascismo alla democrazia e all'egualitarismo e, viceversa, il suo legame con il liberalismo: quest'ultimo, però, inteso, quale « fatto storico di conservazione rivoluzionaria » e, dunque, superato in quanto corretto in chiave di solidarietà sociale e di utilità sociale (intesa in termini di incremento della produzione) « attraverso un ordinamento sindacale e corporativo e l'esigenza della gerarchia, dello sviluppo e della potenza mediante uno Stato autoritario e totalitario ». In realtà, correnti scientifiche ad indirizzo giusnaturalistico, favorevoli ad attribuire al giudice il compito di farsi interpreti di esigenze di giustizia sociale erano presenti anche nella cultura tedesca, più sensibile alle trasformazioni della società industriale ed il cui principale interprete in Italia era il MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. di Studi corporativi*, 1930, 262 ss.

(29) Si pensi, in particolare, alle posizioni dei corporativisti di « sinistra » rappre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vincoli originali alle classi detentrici delle risorse economiche del paese.

Il tema della proprietà, in particolare di quella immobiliare e fondiaria, costituiva un ganglo vitale del regime fascista che aveva posto al centro del proprio programma ufficiale la valorizzazione della ruralità e che rinveniva nella piccola borghesia e nei proprietari fondiari il perno della sua originaria legittimazione politica (30). In questo senso, le esplicite riserve e cautele che una parte della letteratura giuridica andava manifestando contro un possibile « inveramento » dell'economia corporativa, in molti casi fondate su ragioni squisitamente politiche più che giuridico-formali, ben si saldavano con le resistenze che quello stesso programma politico corporativo incontrava nell'ambito delle diverse articolazioni ideologiche del regime.

In realtà, le obiettive resistenze e contrarietà a mutamenti che potessero andare oltre la soglia della « modernizzazione », identificando quest'ultima quasi esclusivamente nel perseguimento dell'obiettivo di razionalizzare l'apparato produttivo ed incrementare la produzione, con il conseguente rigetto di ogni progetto di redistri-

---

sentate da Spirito ovvero all'indirizzo « critico » di Bottai e al loro ridimensionamento a seguito delle polemiche seguite al convegno ferrarese del 1932: sul punto v. tra gli altri DE GENNARO, *« Istituzionalismo », « corporazione proprietaria », « diritto dell'economia » tra gli anni '20 e '30*, in MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra otto e novecento*, Napoli 1986, 431 ss.; sull'orientamento antiborghese presente nella cultura politica fascista, v. da ultimo PARLATO, *La sinistra fascista*, Bologna 2000; quanto, poi, al peso del sindacato fascista nella esperienza del secondo dopoguerra, v. PEPE, *Il sindacato fascista*, in DEL BOCA, LEGNANI, ROSSI (a cura di), *Il regime fascista*, Roma-Bari 1985, 220 ss. Sul piano della riflessione privatistico-commercialistica di sicuro rilievo, per quanto obiettivamente isolata, in ordine alla valorizzazione del profilo sociale, restò la posizione di Mossa perseguita con coerenza dallo stesso prima e dopo la caduta del fascismo.

(30) Sui limiti della c.d. ruralizzazione, nel senso della sua fondamentale subordinazione agli interessi prevalenti dell'industria, si v. tra gli altri FANO, *Problemi e vicende dell'agricoltura italiana tra le due guerre,* in *L'economia italiana nel periodo fascista, Quaderni storici* 1975 n. 29. 30, 485 ss. Su questa linea, v. anche PRETI, *Economia e istituzioni nello stato fascista*, Roma 1980, 66 secondo il quale il ruralismo « rappresentò il tentativo concreto, operato dal fascismo di portare avanti una ristrutturazione e uno sviluppo industriale del paese che fossero compatibili con la presenza di una economia dualistica fortemente squilibrata, e con una serie di complessi e difficili problemi economici da risolvere ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

buzione sociale, non esaurivano le ragioni della cautela se non dell'aperta opposizione dei giuristi in ordine alla revisione di un ordine concettuale e di impostazioni dogmatiche non adeguate alla realtà effettuale. L'atteggiamento di resistenza al nuovo, in termini, questa volta di un orientamento culturale progressivamente destinato ad isolarsi dalla realtà effettuale per indirizzarsi alla sistemazione del materiale normativo sulla base delle « formule esauste di un dogmatismo astratto e neutrale » (31), rifletteva anche il consolidarsi, con ritardo ampio e, anche per questo, foriero di più gravi conseguenze negative, di quella mentalità pandettistica che, importata — per di più in ritardo — nel nostro paese dalla dottrina civilistica nei primi del secolo, stava ormai diffondendosi anche nel diritto commerciale ed in parte nello stesso diritto pubblico. Sicché, proprio quando in Germania, sulla spinta delle esigenze legate ai processi di industrializzazione e alle tensioni sociali conseguenti alla prima guerra mondiale, andava affermandosi la giurisprudenza degli interessi, in Italia tanto il nazionalismo fascista quanto il positivismo legislativo, alimentato dalla concezione idealistica dello Stato, dovevano favorire il consolidarsi ed il perpetuarsi del formalismo giuridico (32).

È ancora una volta Ascarelli, a pochi anni di distanza dalle sue riflessioni metodologiche in ordine all'impatto dell'intervento pub-

(31) La frase riportata nel testo si legge nell'editoriale a firma di ASQUINI, VALERI e MOSSA in *Riv. dir. comm.* 1938, I, 4 con cui la direzione della prestigiosa rivista di diritto commerciale rendeva omaggio al « congedo » di uno dei fondatori della rivista, Cesare Vivante, che in quello stesso anno doveva insieme a tanto altri valentissimi giuristi subire l'applicazione della legislazione antiebraica. Tale discriminazione riguardò tra gli altri anche studiosi che sino ad allora avevano avuto un ruolo importante nella stessa riflessione agraristica: oltre ad Ascarelli, si pensi, tra gli altri ad es. a De Semo, e a Finzi (a proposito di questi due ultimi, si v. CAVAROCCHI e MINERBI, *Politica razziale e persecuzione antiebraica nell'ateneo fiorentino* in COLLOTTI (a cura di), *Razza e fascismo. La persecuzione contro gli ebrei in toscana (1938-1943)* Firenze 1999.

(32) In questi termini, MENGONI, Pro*blema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori,* Bologna 1985, 21, secondo il quale « il metodo positivistico riuscì, in quel periodo, a preservare il nostro diritto civile da intrusioni ideologiche contrarie ai valori di cui era custode il ceto dei giuristi ». Sulla « mitizzazione » di questo uso consapevole del formalismo v., però, le più che condivisibili riserve espresse da RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna 1981, e dallo stesso riprese in *Disciplina della proprietà e modernizzazione del diritto privato,* in SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano 1994, 117ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico in economia sul sistema privatistico, a mettere il dito sulla piaga, denunciando il consolidarsi di un dogmatismo giuridico fine a sé stesso. La tendenza dei giuristi a non tener conto della realtà politica entro cui sono chiamati ad operare « parte spesso, sia pure inconsciamente, da una concezione antistoricistica del diritto, nel quale si ravvisa semplicemente un frutto di logica astratta, dimenticando che ogni soluzione giuridica è invece storicamente determinata ed ha un senso e un significato solamente in relazione a un determinato momento storico, a una determinata situazione di fatto e che non è possibile concepire il diritto avulso da quella realtà sociale della quale esso costituisce in sostanza la veste formale... » (33). La produzione giuridica italiana, soprattutto se « a scopo di concorsi universitari, si traduce in tornei dialettici che fanno spesso dimenticare il vero senso dei problemi a favore di un astrattismo giuridico » (34). In particolare, la letteratura giuridica che Ascarelli aveva sotto gli occhi alla fine degli anni trenta presentava, « piuttosto una accentuazione che una diminuzione di questi caratteri, i quali concorrono qualche volta a differenziare e non nel senso migliore, la produzione giuridica italiana » (35). Questo giudizio non era certo isolato (36), né distingueva tra civilisti e commercialisti. Per

(33) ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale,* in *Foro it.* 1937, IV, 25ss, in part. 27. In effetti l'orientamento concettualista di matrice pandettistica era già forte prima dell'avvento del fascismo: si v. RODOTÀ, *Il terribile diritto,* cit., 171.

(34) ASCARELLI, *op. cit.* , 27 nt. 4.

(35) ASCARELLI, *ibidem*.

(36) Con riferimento alla scienza giuridica tra le due guerre, accanto alla rappresentazione offerta nel 1940 da CAPOGRASSI, *Leggendo la "Metodologia" di Carnelutti*, ora in *Opere*, IV, Milano 1959, 316, si v. anche le riflessioni più tarde, e per questo ancor più significative, di NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir*. vol. XII, Milano 1964, 919 il quale se da un lato ascrive la mancata assunzione da parte dei giuristi di una più decisa posizione nella trasformazione delle forme giuridiche del passato sia ad un atteggiamento di riluttanza nei confronti delle ideologie e delle forme politiche dominanti sia ad una propensione a sopravalutare le esigenze del formalismo giuridico sotto la spinta delle impostazione di Kelsen e del tecnicismo del codice civile germanico e della dottrina tedesca, dall'altro non può negare che fossero « almeno in parte giustificate le accuse mosse da varie parti ai giuristi, di eccessivo concettualismo, facile a degradare, negli studiosi meno provveduti, a un vuoto nominalismo, di scarsa sensibilità alle finalità pratiche della scienza del diritto, di insufficiente considerazione dei dati dell'esperienza, sociale, politica, economica ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questi ultimi, è Auletta, qualche anno dopo, a mettere in guardia « contro il feticismo per gli schemi e per gli istituti civilistici » e a constatare che l'accusa di particolarismo scientifico rivolta dal Vivante ai commercialisti del suo tempo (nel 1928) aveva perso di attualità « tanto che comincia a denunciarsi il pericolo contrario » (37). D'altra parte, che il fenomeno qui richiamato avrebbe superato anche la codificazione e la stessa caduta del regime fascista risulta confermato da un altro autorevolissimo protagonista di quei medesimi decenni. Pur rigettando la tesi ascarelliana (38) secondo la quale la tendenziale civilizzazione (nel senso di concettualizzazione) della dottrina commercialistica aveva trovato un'ulteriore spinta dopo l'unificazione dei codici a causa del dogmatismo del codice civile del 1942, Asquini, nel commemorare a Roma nel 1960 l'autorevole collega prematuramente scomparso, non aveva difficoltà a riconoscere « vera l'osservazione di Ascarelli che, dopo il codice civile, la letteratura commercialistica è stata forse troppo spesso incline verso le costruzioni formalistiche, discostandosi dalla tradizione vivantiana » (39).

3. In realtà, per quanto indubbio sia stato a partire dalla metà degli anni trenta il progressivo consolidarsi nella scienza giuridica italiana, in particolare in quella privatistica perché più immediatamente incisa dalla pandettistica, di un indirizzo formalistico e dogmatico destinato a sopravanzare non solo la codificazione, ma anche i primi due decenni successivi all'avvento della Costituzione, l'itinerario della riflessione agraristica presenta caratteri originali la cui individuazione è necessaria per cogliere in maniera corretta, in termini di continuità/discontinuità, il rapporto tra i decenni immediatamente a ridosso della codificazione e quelli seguiti alla caduta del regime fascista e all'avvento della Costituzione.

Sebbene, infatti, la metà degli anni trenta abbia segnato per la nuova disciplina un primo traguardo e, al tempo stesso, il prevalere di un indirizzo più aderente al positivismo giuridico ed in linea con

(37) AULETTA, *op. cit.*, 105 testo e nt. 105.

(38) ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, Milano 1959, vol. II, 993.

(39) ASQUINI, *Tullio Ascarelli*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova 1961, 50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli indirizzi politici dominanti, nel *background* degli studiosi della materia dovevano restare vive e vitali alcune caratteristiche che, anche inconsapevolmente, erano maturate nel periodo di gestazione originaria della materia e che, come si chiarirà in prosieguo, sopravviveranno alla caduta del fascismo. Esse da un lato hanno impedito una definitiva omologazione della riflessione agraristica da parte degli indirizzi metodologici più formalistici emersi nella dottrina civilistica tra gli anni trenta e gli anni cinquanta del secolo XX, dall'altro hanno permesso senza strappi clamorosi l'adeguamento ai mutamenti intervenuti nella realtà giuridica ed economico-sociale, in termini di progressiva revisione sia del positivismo giuridico e del primato della statualità nella produzione del giuridico (40), sia dell'ideologia produttivistica e radicalmente antropocentrica nell'uso delle risorse naturali.

A ben vedere, infatti, la concreta costruzione della disciplina intorno all'avventura rappresentata dalla omonima Rivista e, dunque, l'inevitabile assunzione di quella stessa pubblicazione quale necessario termine di riferimento per gli studiosi che avessero inteso accostarsi alla giovane disciplina hanno contribuito a riversare nell'*humus* comune, che si andava allestendo, quella molteplicità di approcci (conseguenti alla diversità delle matrici culturali da cui provenivano i primi autorevoli cultori della materia) destinata a lasciare tracce anche lì dove sarebbe inimmaginabile cercarle.

Se, infatti, la componente commercialistica, autorevolmente rappresentata da Valeri e soprattutto da Arcangeli, assicurava un deciso riferimento all'indirizzo proprio della scuola sorta intorno a Cesare Vivante, attento alla dimensione concreta degli interessi, alla natura dei fatti, come tale in grado di fornire sufficienti anticorpi a fronte di un concettualismo in ascesa (41), quella squisitamente civilistica trovava nelle persone prima del Brugi e poi del Maroi

(40) Sulla parabola dell'assolutismo giuridico nel corso del ventesimo secolo si v. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998. Eppure sulla resistenza tra molti civilisti anche alla fine di questo secolo di una mentalità rigidamente statualista e positivista, v. SACCO, voce *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Digesto IV*, sez. civile Appendice di aggiornamento, Torino 2000, 403.

(41) Una vivida e lucida rappresentazione di quella scuola e della complessiva commercialistica degli anni trenta si può leggere nella revocazione che ne fa ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, cit., 483 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esponenti sensibili ed aperti alla ricerca storica e comparatistica, da sempre consapevoli dell'esistenza di quella « realtà sotterranea del diritto agrario che si esprime *rebus ipsis et factis* e si svolge indipendentemente dal sistema delle leggi » (42).

Rispetto a questi indirizzi che raccoglievano sensibilità emerse su piani diversi e però orientate a coniugare la riflessione sul diritto esistente e l'elaborazione di modelli concettuali con la puntuale ricognizione della realtà socio-economica, a sua volta l'impostazione di Bolla prospettava una visione circa il rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale opposta, per certi versi, a quella « giuridica in senso stretto » comune alle impostazioni sopra ricordate, ma, al tempo stesso, ad essa complementare. In altre parole, la via segnata da Bolla all'edificazione del diritto agrario dava forma all'altra faccia di una medesima medaglia senza la quale la nuova disciplina non sarebbe nata o avrebbe rischiato di nascere non vitale.

Indubbiamente, la tesi volta a sostenere la presenza di un ordine giuridico immanente a quell'organismo vivente costituito dal fondo, dalla « natura », che il giurista è tenuto sia a portare in evidenza, al fine di rafforzarne l'effettivo rispetto, previa la sua consacrazione in puntuali orditi legislativi, sia ad utilizzare come modello per valutare l'ordine « artificiale » eterodiretto imposto da una autorità, non poteva non apparire metodologicamente ingenua e nel contempo « politicamente ambigua »: infatti, la tendenziale avversione alla storicismo e le riserve nei confronti del positivismo giuridico ben erano in grado di dare vita ad atteggiamenti al tempo stesso conservatori e/o rivoluzionari. D'altro canto, questo orientamento, sicuramente non in linea con il modello che assegnava al giurista un ruolo

(42) Così, la matura riflessione di MAROI, *Il diritto agrario e le sue fonti*, in *Riv. dir. agr.*, 1953, I, ed ora in *Scritti giuridici*, Milano 1956, Vol. II, 9, nel quadro di un indirizzo metodologico fedelmente seguito nei decenni precedenti. Si v. al riguardo dello stesso MAROI, *Le costumanze giuridiche e la riforma del diritto privato in Italia,* in *Riv. dir. civ.*, 1929, I, 354ss, il quale ammoniva (p. 378), che « non tutto quello che è scritto nei codici vive, non tutto quello che vive è scritto nei codici »; dello stesso MAROI, *Consuetudini giuridiche agrarie*, in *Riv. dir. agr.* 1930, I, 439 ss. D'altro canto, era stato BRUGI, *Valore giuridico e importanza delle consuetudini specialmente nel diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1924, I, 3 a rimarcare, tornando sulla iniziativa di Bolla relativa ad una raccolta degli usi agricoli, che gli usi non riflettono soltanto il frutto di secolari esperienze, ben potendo seguire « più di quanto si creda il mutamento dell'industria agricola ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« neutrale » nel lavoro di interpretazione e sistemazione da compiersi con strumenti formali e dogmatici secondo gli indirizzi del positivismo giuridico e su un materiale normativo di prevalente fonte statuale, se rispondeva in misura felice ad una esigenza fortemente avvertita nella società italiana soprattutto nei primi decenni del secolo e che poi darà linfa al processo di ricodificazione del diritto privato, a suo modo interpretava, ed anche per certi versi senza compiuta consapevolezza culturale, un disagio ben più profondo tutto interno alla scienza giuridica.

La « scoperta » dell'agricoltura da parte del mondo giuridico era in linea con la centralità che la questione agraria aveva assunto a partire dalla fine dell'Ottocento, sia perché l'aumento delle produzioni e, dunque la modernizzazione dell'agricoltura, costituivano una condizione necessaria per lo stesso sviluppo industriale del paese, sia perché il progresso scientifico e tecnologico proprio del movimento positivista, nel quale si collocavano economisti e in particolare economisti agrari di grande talento (basti pensare per tutti a Ghino Valenti e a Luzzatti) continuava ad evidenziare i limiti allo sviluppo discendenti dagli assetti complessivi presenti nel territorio nazionale, per molte sua parti malamente utilizzato o incolto, carente di infrastrutture e di servizi indispensabili, bisognoso di interventi di bonifica: limiti allo sviluppo riconducibili, oltre che a « storie » diverse per singole aree del paese, anche alla presenza di un quadro normativo inadeguato e carente. In questo senso, l'iniziativa editoriale di Bolla, a cui si lega la nascita della disciplina, si collocava in un clima operoso al cui radicamento peraltro non era estranea la viva percezione circa lo straordinario ruolo che poteva essere svolto dallo Stato con il suo intervento nell'economia, come, del resto, aveva dimostrato, con sorpresa di molti, l'esperienza della prima guerra mondiale.

Nello stesso tempo, peraltro, l'aprirsi ai bisogni della società, la convinta apertura di un dialogo costruttivo con economisti, l'inevitabile legame tra la riflessione e la ricerca giuridica con l'assunzione di un ruolo propositivo in vista dell'aggiornamento dello stesso quadro legislativo e della costruzione di strumenti giuridici in grado di dare forma adeguata ai moduli organizzativi dell'attività produttiva e dei rapporti giuridici a questa legati, non potevano passare inosservati nella cittadella dei giuristi e nei cultori della scienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica. Queste caratteristiche, proprie di Bolla e, per suo tramite riversate, con costanza, nell'esperienza della Rivista da lui diretta ed in virtù di quest'ultima metabolizzate, anche inconsapevolmente, dal circolo degli agraristi, rinviavano ad una configurazione del giurista, quale scienziato sociale, non in linea con il rigoroso specialismo che la divisione del lavoro intellettuale esigeva ed imponeva. In questo senso, riaffiorava in maniera inevitabile la questione di fondo della scienza giuridica che ha caratterizzato l'intero secolo e che per certi versi non è ancora risolta. Il riferimento, questa volta, è all'inadeguatezza del positivismo giuridico, anche nella versione dell'assolutismo giuridico che ha segnato larga parte del secolo, ad esaurire l'individuazione dell'oggetto e dello scopo della ricerca giuridica. A voler riprendere una riflessione di Bruno Leoni, che nel 1940 denunciava criticamente come insostenibile l'autoreferenzialità della scienza giuridica, si può dire che l'« ibridismo insanabile » da lui lucidamente segnalato in ordine alla scopo della scienza giuridica e « correlativamente dei metodi per raggiungere un tale scopo » ben si attaglia a segnalare alcuni tratti caratterizzanti della riflessione agraristica, presenti in particolare nell'impostazione seguita da Bolla e da suoi seguaci soprattutto nei primi decenni di vita della rivista. Infatti, sembra proprio ritagliata sulla ricerca agraristica promossa da Bolla e dalla rivista di diritto agrario quella « attività mirante a trasferire nell'ordinamento positivo il diritto che sorge spontaneo ai margini di quell'ordinamento, o a soddisfare — con procedimenti spesso artificiosi e surrettizi — le esigenze non previste dal diritto positivo, ampliando, o addirittura deformando, la *ratio* di quest'ultimo » (43). Così operando, prosegue Leoni, « la "scienza giuridica" si presenta come attività mediata, non soltanto fra l'ordinamento positivo e la concretezza della vita giuridica, ma anche — (e non paia un'inutile ripetizione) — fra quest'ultima e l'ordinamento positivo » (44).

Il più significativo precipitato dell'orientamento culturale di Bolla, destinato a segnare la cifra distintiva anche di molti agraristi

(43) LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, Torino 1940, 169-170. Per una lettura di queste pagine di Leoni nella più ristretta prospettiva relativa « alla crisi delle società e degli stati che si sono abbattute nel mondo degli uomini dopo la prima e dopo la seconda guerra mondiale » si v. la citazione avanzata nel 1948 da PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in PUGLIATTI, *Diritto civile, Metodo teoria pratica*, Milano 1951, 696.

(44) LEONI, *op. loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estranei alla sua scuola, si può facilmente rinvenire in alcuni tratti caratterizzanti della nuova rivista, particolarmente evidenti nel suo primo decennio di vita: grazie ad essi, la rivista assumeva un taglio singolare in termini di « politica del diritto » che la collocavano in una posizione distinta dalle riviste giuridiche nate negli stessi decenni del secolo (45). In primo luogo, i destinatari di quella iniziativa culturale non erano soltanto gli operatori giuridici: interlocutore necessario e per certi versi di primo piano doveva essere il potere politico di cui stimolare e al tempo stesso orientare le necessarie innovazioni legislative e di governo. In secondo luogo, se da un lato la riflessione nel campo strettamente giuridico era aperta a contributi di privatisti e di pubblicisti con un'indubbia attenzione per ricerche comparatistiche, dall'altro voci autorevoli nel dibattito erano anche quelle di economisti agrari e di tecnici (si pensi, in primo luogo ai contributi forniti da Serpieri e da Bandini).

4. Le puntualizzazioni svolte segnalano il margine di schematicità e di eccessiva semplificazione che è alla base di una lettura dello sviluppo del diritto agrario in termini di rigida contrapposizione tra due scuole (46), l'una tutta interna alla riflessione giuridica ed ossequiosa dello specifico quanto rigoroso strumentario tecnico proprio del diritto e pur sensibile alla realtà effettuale e alle pulsioni presenti nella società, l'altra incline a « contaminazioni » vivificanti e, per il tramite di un rinvio ad una realtà fuori dal diritto, certamente più resistente al processo tendente a ridurre il « giuridico » alla sola « legge ».

In realtà, al di là delle differenze significative di ordine metodologico, entrambi gli approcci ora richiamati registravano una medesima carenza culturale allora comune sia al mondo dell'economia sia al mondo del diritto in ordine al complesso rapporto tra economia e diritto, ossia a quel rapporto tra « ordinamento giuridico e processo economico » sul quale doveva tornare la matura rifles-

(45) Si pensi, in particolare alla *Rivista di diritto commerciale* e alla *Rivista di diritto civile.*

(46) A nostro avviso, l'amore per le simmetrie, certamente efficaci e suggestive sul piano dialettico, come confermano le eleganti pagine di IRTI, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982, 149 ss., rischia molte volte di fornire un'immagine senza chiaroscuri, come tale non adeguata a cogliere la complessità di un fenomeno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione ascarelliana alla fine degli anni cinquanta (47). Il riferimento è qui alla mancata consapevolezza (proprio nel momento storico in cui si andava delineando l'intervento pubblico in economia) in ordine tanto al ruolo « costitutivo » del diritto nell'ambito della struttura economica quanto alla distinzione tra il complesso delle regole che assicurano di volta in volta il raggiungimento ovvero il mantenimento di un equilibrio nell'ambito di un sistema economico, di cui esso stesso rappresenta in definitiva una componente non trascurabile, e le regole e gli istituti che viceversa aspirano a modificare la stessa struttura sociale e dunque che sono dirette ad incidere sul processo economico in vista del perseguimento di finalità che non verrebbero altrimenti realizzate (48). È indubbio, infatti, che nei primi decenni del secolo quella diffusa carenza culturale non ha influito soltanto sul dibattito circa la precisa collocazione del giovane diritto agrario, rispetto al diritto civile ed al diritto commerciale, nel senso di impedire che venisse messo a fuoco il contenuto profondo della specialità della nuova disciplina (49). Tale carenza ha potuto operare trasversalmente a tali discipline e, al tempo stesso, alimentare equivoci e contraddizioni all'interno delle stesse. Invero, nella nostra esperienza storica del primo novecento, il processo di industrializzazione ha assunto dal punto di vista sociale e politico un carattere traumatico, con l'esplodere delle contraddizioni legate alla

(47) Si v. infatti, ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Milano 1959, vol. I, 39 ss., che, significativamente, richiama il diritto del lavoro ed il diritto agrario, e sostiene che essi sono diritti speciali proprio in quanto, a differenza delle semplici tendenze equitative che si sviluppano nell'ambito del tradizionale diritto civile e che non sono peraltro rivolte ad intaccare la struttura sociale esistente, rinvengono il loro *proprium* nel fatto di essere indirizzati a modificare la struttura sociale esistente.

(48) Così ASCARELLI, *op. ult. cit.*, 49.

(49) A ben vedere, infatti, la specialità della disciplina e, più in particolare, la stessa venuta ad esistenza di quest'ultima, previa distinzione rispetto al diritto privato generale, segnano storicamente la necessità di un intervento nell'economia al fine di correggere gli equilibri legati alla sola applicazione delle regole del mercato ovvero a porre rimedio al cattivo funzionamento del mercato medesimo al fine di perseguire, non importa con quali esiti, tanto obiettivi di efficienza quanto finalità redistributive: sul punto si v. il nostro, *Il diritto agrario e le trasformazioni della società industriale alla luce dell'esperienza nord-americana*, in *Diritto agrario e società industriale*, Bari 1993, vol. I, 8; nello steso senso v. già GROSSI, *Nascita del diritto agrario come scienza,* in *Riv. dir. agr.*, 1977, I, 464 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disarmonico sviluppo tra nord e sud dovute anche alla presenza di vaste aree agricole caratterizzate dal latifondo e di una proprietà assenteista. Se non che l'intervento dello Stato in economia, per fronteggiare i mutamenti sociali (non importa qui rimarcare se in senso prevalentemente conservatore e/o restauratore di una struttura compromessa ovvero effettivamente in senso « rivoluzionario », come recitava la propaganda del regime fascista) — intervento che doveva appunto intaccare la stessa tradizionale distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, diritto privato e diritto pubblico, per dare ingresso ai diritti speciali — ha finito con l'intrecciarsi con un altro importante processo: quello volto ad ammodernare l'intero sistema giuridico privatistico attraverso la riapertura di una nuova stagione per la codificazione.

A questo riguardo, senza dover analizzare le ragioni politiche e ideologiche che per una singolare congiuntura alimentarono un processo destinato a concludersi, dopo quasi trenta anni (50), nell'imminenza della caduta del regime fascista, è indubbio che una riflessione sulla scienza giuridica privatistica in Italia — ed in particolare sulle figure più significative ed autorevoli — non può in alcun modo prescindere dalla codificazione in termini tanto di processo snodatosi negli anni quanto di risultato. Ciò, ovviamente, vale anche per il diritto agrario.

La corretta valutazione dello stesso strutturarsi ed orientarsi della ricerca agraristica negli anni trenta non può prescindere dalla considerazione relativa al fatto che la riflessione scientifica era chiamata ad operare su tre scenari profondamente legati tra loro e costituiti rispettivamente: dalla sistemazione della nuova ampia legislazione speciale adottata in quegli anni, dall'elaborazione dogmatica del diritto vigente, dall'enucleazione, anche sulla base delle prime, di soluzioni nuove in vista del processo di ricodificazione. Il tutto nel quadro di un regime politico in cui lo Stato, non più

(50) Infatti, sulle esigenze di superare la frantumazione statuale e ricomporre un quadro europeo più coeso a livello giuridico, che erano alla base della iniziativa italo-francese degli anni venti, volta ad unificare la disciplina delle obbligazioni, finì con il prevalere l'indirizzo nazionalistico, fortemente presente nella ideologia di Rocco, incline ad utilizzare la nuova codificazione come momento ulteriore per cementare l'unità nazionale e rafforzare, per tale via, l'identità del giovane Stato: in questa medesima direzione muovevano, del resto, il recupero e l'esaltazione della romanità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disposto ad essere « prigioniero della legge » (51), si volgeva a sottomettere la società civile, nel segno di un dirigismo economico assunto come necessario per affrontare i problemi dello sviluppo economico, a denervare le libere articolazioni della società civile, previa la loro soppressione o eventuale trasformazione in enti ed istituzioni, a tenere sotto rigido controllo i conflitti sociali emersi nell'immediato primo dopoguerra sia nel settore industriale sia nella campagne.

A voler riassumere quel periodo storico, ricorrendo alla formula circa il primato della politica, è necessario introdurre una serie di puntualizzazioni. Infatti, per via del carattere illiberale del sistema di governo e dell'evidente rilevanza strategica assunta dall'irregimentazione nelle istituzioni, prima di tutto, dei sindacati dei lavoratori dell'industria e dell'agricoltura e, poi, delle altre categorie economiche, tale primato si traduceva in definitiva nella salvaguardia prioritaria degli interessi dell'impresa e della proprietà in nome di una solidarietà tra le classi. Sul punto, il messaggio della Carta del lavoro (52) era inequivoco nella parte in cui da un lato considerava l'iniziativa privata come strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione (53), dall'altro subordinava l'intervento dello stato sotto forma di controllo, di incoraggiamento e di gestione diretta, al principio di sussidiarietà, ammettendolo solo « quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato ». In realtà, il superamento del tradizio-

(51) L'espressione di PERTICONE, *Quelques aspects de la crise du droit publique en Italie*, in *Rev. int. de la théorie du droit*, 1931-32, p. 2 è ripresa da HAYECK, *La società libera*, Firenze, 1969, 272.

(52) La carta del lavoro venne approvata il 21 aprile 1927. Sul dibattito che ne precedette l'approvazione è tuttora fondamentale la ricerca di DE FELICE, *Mussolini il fascista L'organizzazione dello stato fascista*, Torino 1995, 222 ss.

(53) Il significato dell'affermazione ricorrente anche nella letteratura giuridica circa il fatto che il regime fascista non avrebbe abbandonato il liberalismo, ma sarebbe andato oltre lo stesso, è particolarmente evidente nel riconoscimento solo strumentale dell'iniziativa economica. Lapidario, sul punto, il pensiero di ROCCO, *Scritti,* Milano 1938, vol. III, 1104, secondo il quale « Anche la concezione fascista della libertà economica è dunque essenzialmente diversa dalla concezione liberale. Per il liberalismo, la libertà è un principio, per il fascismo è un metodo. In tal modo il fascismo risolve l'eterno problema della libertà economica e dell'intervento statale, considerando l'una e l'altro come puri metodi, che possono essere volta a volta applicati o messi in disparte ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nale modello liberale fondato sulla neutralità dello Stato rispetto agli equilibri e/o agli squilibri eventualmente presenti nella società civile, a favore di quello proprio di uno Stato interventista, non era senza conseguenze, laddove, nell'ambito della nuova codificazione, si doveva affrontare il problema relativo alla riscrittura delle regole riguardanti gli istituti fondamentali di una economia capitalistica.

Il tendenziale assorbimento dell'esperienza della società nel quadro dello Stato non poteva non rafforzare l'indirizzo favorevole alla statualità del diritto ed al conseguente primato della legge: le stesse istituzioni economiche quali la proprietà, l'impresa, il contratto ben potevano legittimamente rilevare come « costruzioni » dell'ordinamento giuridico positivo da forgiare secondo esigenze selezionate dallo stesso e non più essere percepite quali entità già date. In questa prospettiva, il rifiuto di una assoluta « funzionalizzazione » della proprietà e dell'iniziativa economica e, però, al tempo stesso, un positivo atteggiamento « costruttivistico » nella riformulazione del diritto privato in sede di codificazione, in una con la straordinaria congiuntura rappresentata dalla volontà di riscrivere le regole privatistiche di base della società, pur con tutti i limiti rappresentati dal crescente formalismo della scienza giuridica, costituiscono le coordinate indispensabili non solo per valutare il ruolo che in quei decenni ha svolto la scienza giuridica, in particolare la nascente riflessione agraristica, ma anche per apprezzare in misura corretta il primo fondamentale risultato di quella stagione costituito dal nuovo codice civile.

In questo senso, l'attenzione alla realtà effettuale, la sensibilità per i profili tecnici, le aperture al dialogo con gli economisti, ponevano gli studiosi del diritto agrario nella posizione di interlocutori necessari sia sul versante del rapporto tra diritto pubblico e privato, in relazione ai grandi interventi strutturali dello Stato nell'economia maturati tra gli anni venti ed i primi anni trenta, sia sul versante strettamente privatistico, in un dialogo/confronto con civilisti e commercialisti a proposito della sistemazione e riformulazione di istituti qualificanti destinati ad essere incisi dal processo di codificazione.

5. Ancora una volta, a voler finalmente guardare da vicino ai contenuti ed ai protagonisti della riflessione agraristica, sono gli anni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trenta a segnare un importante spartiacque sia nel senso della chiusura, per un lungo periodo di tempo, di un complessivo indirizzo che aveva cercato di affermarsi negli anni venti (più esattamente nel primo decennio di avvio della rivista di diritto agrario), sia nel senso dell'apertura della ricerca sui fronti più coinvolti nel processo di revisione di quel legato ottocentesco costituito dal codice civile del 1865 e da quello commerciale del 1882.

Dal primo punto di vista, infatti, lo sviluppo dell'intervento pubblico nell'economia e il sempre più evidente sopravvento dello stato sulla società, giusto nella direzione della progressiva mortificazione delle spinte autoorganizzative che in questa emergevano, a favore di una eterodirezione dei rapporto sociali autoritativamente orientata (54), lasciavano poche speranze di affermazione e di riuscita agli indirizzi programmatici che intendevano legare lo sviluppo della nuova disciplina alla ricognizione ed alla sistemazione di quel ricco giacimento, per certi versi inesauribile, costituito dagli usi e dalle

(54) La mortificazione delle dinamiche che andavano emergendo nella società civile doveva toccare molteplici settori anche della vita economica, oltre quella sindacale e politica: è sufficiente pensare alla rigida chiusura nei confronti del mondo della cooperazione, delle forme associative, dell'uso collettivo di risorse (la vicenda degli usi civici è esemplare) nonché alla centralizzazione nei Ministeri di molteplici attività prima svolte da strutture private e alla trasformazione in enti burocratici di molte forme aggregative della società: esemplare al riguardo proprio la vicenda del ministero dell'agricoltura. Tale mortificazione, consacrata in molte leggi fondamentali dell'epoca, costituisce, a nostro avviso, il più grave e rovinoso lascito del regime fascista, le cui conseguenze hanno pesato e tuttora pesano sulla complessiva evoluzione della società italiana e sulla corretta configurazione del rapporto tra società civile e mondo politico. Infatti, l'affermarsi ed il consolidarsi nella coscienza collettiva di un modello che attribuisce allo stato i compiti di intervenire in chiave di necessaria e insostituibile assistenza ha finito con il pesare in misura profonda sulla capacità e le inclinazione della società civile a confidare sulle sue forze, ad autorganizzarsi se non in forme tendenzialmente ai margini della legalità. Non è un caso del resto che la più sensibile cultura democratica doveva porre il problema del pluralismo e del recupero delle società intermedie al centro dell'attenzione: esemplari, per tutti, l'itinerario intellettuale e la lezione di Pietro Rescigno nella seconda metà del secolo.

Diverso discorso è poi quello relativo al mancato tempestivo mutamento di rotta dopo la caduta del fascismo: il principio della continuità dello Stato, sul quale si registrò la convergenza delle forze politiche che avevano condotto la guerra di liberazione, ha a sua volta perpetuato per altri decenni un sistema pubblico assistenziale, con una società civile incapace di autodeterminarsi sul piano organizzativo all'infuori delle strutture della sola rappresentanza politica e sindacale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consuetudini agrarie. A ben vedere, infatti, il dibattito sulle fonti e sul ruolo della consuetudine costituisce un punto di osservazione quanto mai interessante per cogliere, al di là delle sole posizioni teoriche in competizione, lo spessore politico del dibattito relativo alle possibili vie alternative cui affidare il processo di modernizzazione dell'economia e, all'interno dello stesso, al ruolo da lasciare alla società, agli attori sociali. Dibattito in cui posizioni puramente conservatrici dell'esistente, refrattarie ad ogni intervento correttivo in chiave di modernizzazione, finivano con il saldarsi con atteggiamenti di cautela e di diffidenza sul nuovo corso della politica. A sua volta, l'avvertita esigenza di interventi dal sapore tecnocratico (55), in grado di incidere sull'intera realtà economica nazionale e con tempi relativamente rapidi, era destinata ad incontrarsi con le posizioni più autoritarie orientate a porre definitivamente la società civile sotto la stretta tutela dello Stato.

Non deve allora meravigliare il fatto che il problema relativo al ruolo della consuetudine nella gerarchia delle fonti abbia rappresentato un tema trasversale a tutte le discipline con accenti ed inclinazioni diverse in ragione anche di opzioni culturali e ideologiche distinte. Infatti, in termini generali, alla luce della progressiva statualizzazione del diritto, il tema doveva vedere la contrapposizione tra le posizioni più marcatamente statualistiche e politicamente indirizzate a mettere il bavaglio alla società civile, di cui si faceva latore il professore e ministro Alfredo Rocco, e quelle sensibili alla matrice democratica della consuetudine, avanzate, in replica, e sulla scorta di una più complessa precedente riflessione dal magistrato D'Amelio (56).

---

(55) Sul ruolo dei tecnici e delle competenze da parte del regime si v. UNGARI, *Ideologie giuridiche e strategie istituzionali del fascismo*, in AA.VV., *Il problema storico del fascismo*, Roma 1970, 72, secondo il quale il fascismo cercava consapevolmente una legittimazione tecnocratica; ma v. le riserve di TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Milano 1973, 151.

(56) La riflessione di D'AMELIO, *Le consuetudini e il diritto dello stato*, in *Rassegna dir. pubbl.* 1935, 520, infatti, doveva seguire con un titolo e contenuti significativamente diversi lo scritto pubblicato in precedenza da ROCCO, *La consuetudine e il diritto dello Stato*, *ivi*, 1935, I, 345. È da osservare che le premesse politiche prima ancora che giuridiche della posizione di Rocco erano state dallo stesso esplicitamente dichiarate, così palesando un atteggiamento di chiusura, proprio in occasione dell'insediamento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sul piano del diritto agrario, il tema, incrociandosi con le prese di posizione di Rocco, ossia del più autorevole architetto del regime autoritario (57), doveva così registrare da un lato le più che realistiche impostazioni di Arcangeli, argomentate anche sulla scorta del codice civile del 1865 e della legislazione speciale intervenuta sino alla Carta della mezzadria, dall'altro il tentativo, per certi versi velleitario, di Maroi volto a difendere gli usi dalla concorrenza della legge nonché della contrattazione collettiva (58). Il tema degli usi

---

della Commissione costituita nel febbraio 1930 con l'incarico di curare la raccolta delle consuetudini agrarie: si v. ROCCO, *Le consuetudini e il diritto dello Stato*, in *Riv. dir. agr.*, 1930, 425ss. per il quale la raccolta aveva senso solo in quanto destinata a mettere insieme materiale utilissimo per la riforma del diritto vigente: non nel quadro dunque di una sovrapposizione degli usi alla legge, ma solo di una eventuale ricezione degli stessi da parte della legge dello stato. È in questo clima, dunque, che vanno lette le parole dedicate alla consuetudine dallo stesso D'Amelio nelle riflessioni di chiusura del I congresso nazionale di diritto agrario, in *Atti del Congresso*, cit., 730 ss.

È interessante osservare che le posizioni di Rocco e di D'Amelio furono richiamate espressamente nelle riflessioni elaborate dall'ufficio studi legislativi della Confederazione fascista degli agricoltori, *Studi giuridici*, Roma 1938, con cui nell'analizzare i progetti di riforma del codice civile, la confederazione, facendo proprie le posizioni di D'Amelio, suggeriva l'introduzione nell'art. 6 del progetto, avente ad oggetto le fonti ed in cui la consuetudine era da riconoscersi solo in presenza di un espresso richiamo, di un capoverso dal seguente tenore: « … Tuttavia nei rapporti patrimoniali concernenti l'agricoltura, ove la legge non dispone, ha valore la consuetudine ».

(57) Sul ruolo di Alfredo Rocco resta ancora oltremodo prezioso il libretto di UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963; da ultimo si v. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo*, Roma-Bari 1999, 171ss.. Sebbene la riflessione più recente abbia ritenuto di dover ridimensionare la pur innegabile importanza della figura di Rocco, è però altrettanto indubbio che è stato lo stesso Mussolini ad attribuirgli il titolo di « legislatore del Regime »: si v. il discorso tenuto da Mussolini all'inaugurazione del I congresso Giuridico Italiano, in *Riv. dir. agr.*, 1932, I, 683.

(58) A ben vedere, le conclusioni di ARCANGELI, *Le consuetudini nel diritto agrario,* in *Riv. dir. priv.*, 1935, I, 3ss., sostanzialmente ineccepibili sul piano della gerarchia delle fonti e della relativa prevalente interpretazione, nonché, di conseguenza vincenti, in termini di risposta, alle posizioni difese da MAROI, *Consuetudini giuridiche agrarie*, cit., risentivano pur sempre e in buona parte rinviavano ad una polemica di carattere più generale in cui le questioni giuridiche si intrecciavano alle polemiche politiche. Infatti, lo stesso Arcangeli aveva aperto le ostilità qualche anno prima: nel commentare l'impatto della carta della mezzadria sulla disciplina vigente non si era limitato a constatare correttamente la perdita di terreno da parte della consuetudine, ma aveva approfittato dell'occasione per bacchettare « i feticisti suoi adoratori »: ARCANGELI, *Natura giuridica e problemi sindacali della mezzadria*, in *Arch giur.* 1930, 135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituiva un solo aspetto della più complessa questione riguardante la gerarchia della fonti a seguito dell'intervento delle norme corporative (59) e del diritto corporativo (60). Al di là del sofisticato tecnicismo che ha caratterizzato il dibattito scientifico, il problema circa il rapporto tra le fonti tradizionali del diritto, il contratto collettivo di lavoro e l'accordo economico collettivo, rifletteva quello relativo al rapporto tra le istituzioni del Regno, i sindacati, ossia le uniche organizzazioni del sociale sopravvissute (per quanto incise dal nuovo corso) e le istituzioni proprie del regime, vale a dire le corporazioni (61). In definitiva, esso registrava le tensioni latenti al processo di totale assoggettamento della società da parte dello Stato e della difficoltà di convivenza tra soluzioni tra loro non compatibili. In questo senso, il confronto tra la rigidità della legge e la flessibilità degli usi doveva assumere un rilievo ancora più marcato per il diritto commerciale in cui, per tradizione, gli usi hanno rappresentato sia la via maestra per un rapido quanto spontaneo adeguamento alle

(59) La tendenza a distinguere tra « leggi "materiali" e leggi "formali" » segnalava con efficacia le tensioni anche di ordine costituzionale derivanti dall'introduzione nel corpo delle istituzioni dello Stato liberale delle nuove strutture proprie del regime: sul punto, esemplare nel delineare lo scenario che si presentava alla metà degli anni trenta è la riflessione di CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. giur.*, 1936, 18 ss. D'altra parte, nel suo intervento al dibattito svoltosi nell'importante convegno romano del il 2-3 maggio 1930, seguito alla sua relazione su *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano,* in *Atti del I convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1930 vol. I, 33 ss, CARNELUTTI, *Intervento*, cit., vol. II, concludeva che « di definitivo mi pare che ci sia questo: che la triplice distinzione fra il potere legislativo, il potere giuridico e il potere amministrativo non serve più e bisogna sostituirvi qualche altra cosa ».

(60) È di tutta evidenza che l'acceso dibattito circa la configurazione di un diritto corporativo da porre accanto agli altri rami del diritto rispecchiava l'esigenza, avvertita da taluni, di contenere entro precisi limiti l'area di operatività delle norme corporative, al fine di conservare l'impianto tradizionale del diritto ed i relativi profili « garantistici », laddove per molti altri si trattava di « un principio generale di tutta la nuova legislazione e come tale non può incapsularsi in nessuna branca del diritto »: così PERGOLESI, *Problema della nozione ed autonomia del diritto sindacale corporativo,* in *Riv. Dir. agr.*, 1930, I, 73 ss.

(61) L'incompatibilità tra i sindacati di categoria e le corporazioni, e dunque la presenza di una contraddizione, foriera di tensioni, non era sfuggita all'acume di GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, vol. III, Torino 1975, 1794 ss., con appunti elaborati nel 1933. Il tema meriterebbe una analisi apposita: ai nostri fini è sufficiente richiamare le articolate posizione della dottrina presenti agli inizi degli anni trenta come riassunte da BOTTAI, *Bilancio*, in *Riv. dir. lav.*, 1931, I, 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esigenze dell'economia, sia il simbolo stesso di una partecipazione collettiva alla formazione delle regole: significative al riguardo tanto la lucida difesa degli usi perseguita da Asquini (62) nel corso di tutti gli anni trenta sino al compimento della codificazione, quanto la proposta « di mediazione » che il vecchio Vivante formulò in uno dei suoi ultimi contributi (63). D'altro canto, rispetto a questa sensibile contrazione del ruolo degli usi e delle consuetudini, contrario solo in apparenza risultava il primato riservato agli usi in ordine ai rapporti interni alla famiglia colonica e alle comunioni tacite familiari: infatti, in questo caso, la salvaguardia degli usi atavici voleva essere il principale rimedio per fronteggiare « i germi della dissoluzione » conseguenti al fatto che « lo spirito individualista moderno [aveva] invaso anche il ceto rurale » (64).

---

(62) A ben vedere, infatti, già nel 1930 Asquini intervenne più volte nel dibattito — con particolare riguardo al rapporto tra contratto collettivo, contratti tipo ed usi commerciali e l'applicazione analogica del contratto collettivo (accanto alla relazione su *Controversie collettive e controversie individuali di lavoro*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi Roma 2-3 maggio 1930*, Roma, 1930, vol. I, 251 ss. si v. anche *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, in *Riv. dir. lav*., 1931, I, 9 ss) — soprattutto al fine di evitare una diluizione del diritto commerciale nel diritto corporativo (in questo medesimo senso si v. l'intervento di De Semo, *Attinenze tra diritto commerciale e diritto corporativo,* in *Riv. dir. lav.*, 1931, I, 533). È sempre lo stesso Asquini, a distanza di più di un decennio, che, dopo aver difeso senza successo la conservazione del codice di commercio, nel trarre a caldo un primo bilancio della codificazione, poneva a suo merito l'aver esplicitamente recuperato le clausole d'uso, di cui all'art. 1340 c.c., in contrapposizione alla integrazione ex art. 1374 c. c.: attraverso la conservazione degli usi contrattuali propri del commercio, si era inteso neutralizzare, almeno parzialmente, gli effetti della perdita della priorità degli usi normativi commerciali sulla legge civile presente nel codice di commercio del 1882 (Asquini, *Dieci anni dopo l'abrogazione del codice di commercio*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova 1961, 115).

(63) Si v. Vivante, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in *Riv. dir. lav*., 1931, I, 437 ss., il quale, nella prospettiva della regolamentazione di un mercato unitario, conforme peraltro alla rilevanza nazionale degli interessi cui era orientato il diritto corporativo, suggeriva il ribaltamento del tenore dell'art. 1 del codice di commercio in modo da dare la prevalenza alle consuetudini generali rispetto a quelle strettamente locali.

(64) Così, Arcangeli, *Nuove cattedre e nuovi problemi di diritto agrario* cit., 6 (estatto), il quale nell'elencare le cause della diffusione nelle campagne dello spirito di autonomia finiva con il richiamare nell'ordine: « il servizio militare, l'emigrazione, le più facili comunicazioni con i centri abitati, l'alfabetismo e soprattutto negli ultimi anni, la guerra… ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà, al crescente indirizzo dirigistico assunto dal regime, non si erano sottratti i primi fondamentali provvedimenti legislativi adottati a cavallo tra gli anni venti e gli anni trenta che, sin da quando erano in fase di gestazione, avevano offerto agli agraristi una vasta materia di riflessione nonché una solida base su cui fondare un approccio che fosse tanto sensibile ai dati tecnici ed alla realtà effettuale quanto, per forza di cose, chiamato a confrontarsi con le ricevute distinzioni tra diritto privato e diritto pubblico.

Anche se, almeno sino agli anni trenta, non risultano essere apparsi contributi monografici o saggi di particolare rilievo, senza la legislazione sulla bonifica, sul credito agrario, sulla legge forestale, sugli usi civici (65), la riflessione agraristica difficilmente avrebbe avuto lo sviluppo che essa registrò sul piano accademico e scientifico nei decenni successivi. In altri termini se, come si vedrà in prosieguo, la matura stagione di riflessioni, che prende il via negli anni trenta, doveva ruotare intorno a tre temi fondamentali costituiti dall'assetto della struttura fondiaria, dalle forme contrattuali di sfruttamento della terra ad usi produttivi, dall'organizzazione dell'azienda agraria, un'importante quanto fondamentale fase di rodaggio della ricerca, in termini di aggiornamento dell'approccio metodologico e di atteggiamento sempre più distaccato rispetto alla « sistemazione » presente nel codice del 1865, ossia del codice agrario per eccellenza, è stata offerta dalla provvida comparsa, nel giro di pochi anni, di complessi legislativi di ampio respiro e, al tempo stesso, di sicura ricaduta di ordine dogmatico: provvedimenti che non solo si collocavano fuori dal codice civile, ma che presentavano soluzioni non sempre in linea con il primo.

Non è possibile ripercorrere, in maniera analitica, i vari contributi, prevalentemente sotto forma di saggi più che di compiute monografie, che tra gli anni venti e trenta hanno toccato i temi del credito agrario, degli usi civici, delle bonifiche, delle foreste. In termini sintetici, a prescindere dalla considerazione, in chiave meramente statica, dei limiti o dei vincoli che la disciplina sulle

(65) Sebbene venuti a maturazione dopo l'avvento del regime, i provvedimenti legislativi indicati nel testo avevano alla spalle una lunga gestazione ed erano il frutto di una opera di lungo respiro: sarebbe a dir poco scorretto sul piano storico pensare di collegarli meccanicamente alla nuova stagione politica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bonifiche e sulle foreste introducevano rispetto alla tradizionale proprietà privata, un dato nuovo interessava trasversalmente queste discipline, esigendo così modelli concettuali adeguati. Per la prima volta il profilo dinamico dell'attività legata all'uso agricolo o silvicolturale dei fondi, ovvero il momento della gestione produttiva, acquistavano un originale rilievo giuridico che, a tacer d'altro, rendeva non più soddisfacente il tradizionale riferimento all'esclusività del dominio quale formula riassuntiva, e per di più in termini semplicemente negativi, circa il rapporto tra proprietario e beni, in particolare, il fondo rustico (66).

Da questo punto di vista, la compiuta disciplina adottata in materia di credito agrario nell'ordinamento del 1928 doveva costituire il primo fondamentale terreno di elezione sul quale la dottrina era chiamata, non senza difficoltà, da un lato a scoprire la necessità di coniugare la logica dell'appartenenza con le regole della dinamica interna alla produzione agricola ed al ruolo da riconoscersi in questa all'organizzazione, dall'altro a coordinare la soluzione della prima problematica con le « variabili » derivanti dalla presenza di contratti agrari, in particolare quelli associativi: è su questa legislazione che si sarebbe misurata la dottrina agraristica con numerosi interventi di giovani studiosi quali Germani, allievo di Arcangeli, ed Alfredo Moschella (67). Per tale via, infatti, la nuova normativa metteva innanzitutto in crisi la categoria degli immobili per destinazione, propria del codice civile del 1865, a fronte di un sistema di garanzie, quello fondato appunto sul privilegio legale o convenzionale che, viceversa, se da un lato tendeva a configurare il capitale di esercizio e quello circolante in termini di garanzia mobiliare, dall'altro imponeva agli interpreti la necessità di rivedere gli strumenti concettuali ai quali era affidato tradizionalmente il compito di dare rilievo ai legami tra il fondo in quanto tale ed altri beni necessari al suo

(66) Si v. CARRARA, voce A*zienda agraria*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, vol. II, 79 ss, il cui *incipit* è destinato appunto alle fonti, in particolare alla l. del 1928 sul credito agrario, al testo unico sulla bonifica, alla normativa sugli infortuni sul lavoro e sull'orario di lavoro.

(67) Entrambi questi agraristi si segnalarano nella materia del credito agrario, con particolare riguardo alle garanzie, pubblicando numerosi saggi e commenti a sentenze nella rivista di diritto agrario: sullo stato della riflessione si v. ZAPPULLI, voce *Credito agrario* in *Nuovo Digesto Italiano,* Torino 1938, vol. III, 395.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impiego produttivo. Al tempo stesso, la sia pur cauta apertura degli strumenti di finanziamento a vantaggio di soggetti diversi dal proprietario, in particolare dei mezzadri e dei coloni, in primo luogo esigeva la revisione della soluzione tradizionale in ordine all'origine e alle modalità di acquisizione del prodotto da parte di tali soggetti economici (68); in secondo luogo confortava la possibilità che un soggetto diverso dal proprietario attuasse la destinazione al servizio del fondo di beni strumentali non riconducibili nelle strettoie delle pertinenze e del relativo vincolo: si pensi al dibattito alimentato anche dagli interventi di Bolla circa la possibilità di dare in garanzia la plusvalenza del fondo dovuta ai miglioramenti da effettuarsi in virtù dell'impiego del finanziamento a lungo termine.

Se si scorre con attenzione la letteratura emersa in quegli anni, è evidente la progressiva acquisizione non solo della distinzione concettuale tra il profilo meramente statico della proprietà di beni produttivi e quello dinamico dello sfruttamento, destinato ad abbracciare più soggetti e latore di un autonomo e diverso fondamento circa l'acquisizione dei risultati dell'attività produttiva, ma anche la sempre più evidente inadeguatezza del linguaggio giuridico tramandato a fornire risposte soddisfacenti.

A titolo esemplificativo degli equivoci terminologici dai quali ci si doveva liberare e, al tempo stesso, ai quali si era costretti a far ricorso in attesa di una idonea decantazione concettuale, è significativo l'uso del tutto « singolare » che venivano ad assumere nelle prime riflessioni i termini « azienda » e « fondo ». Infatti, se da una parte nel 1924 il saggio di Magno dal titolo « L'azienda agricola in relazione a gli atti di commercio » (69) conservava al termine azienda una dimensione tutta atecnica, per cui si afferma che « nelle aziende agricole si esercitano molto spesso delle attività che non sono necessariamente connesse con la coltivazione della terra », dall'altra nel 1930 un autorevole commercialista ed agrarista, quale il Carrara, sosteneva che il termine "azienda" si identifica con l'impresa nei suoi

(68) A questo tema, a ben vedere, si legava la questione ampiamente dibattuta e presente nella prassi giurisprudenziale dell'epoca circa la qualificazione penale del comportamento del mezzadro che avesse sottratto parte del prodotto ovvero venduto parte della stessa senza il consenso del concedente.

(69) In *Riv. dir. agr.*, 1924, I, 401.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspetti soggettivi ed oggettivi: « in altre parole l'azienda agraria riflette lo stesso sistema del diritto agrario; poiché comprende persone, cose e convenzioni. Sarebbe quindi contrario alle esigenze sistematiche il chiudere il concetto di azienda (che ha ben più largo respiro) nella parte riguardante l'oggetto del diritto agrario » (70). Quello stesso giurista, però, a proposito degli immobili per destinazione, a fronte del problema relativo alla qualificazione da attribuire a macchine (ad es. una mietitrebbia) posta dal proprietario « al servizio non di un solo fondo, ma di più fondi; e talvolta anche di tenute diverse, poste a distanza considerevole », risolveva positivamente il problema circa la rilevanza del vincolo: « il fatto che si tratti di fondi diversi non nuoce, perché appartenendo allo stesso proprietario, saranno da considerarsi come *un fondo unico* al servizio del quale la macchina è destinata » [il corsivo è nostro]. Come è facile osservare, per tale via, il rispetto del termine tradizionale « fondo », ai fini dell'applicazione della regola di cui all'art. 413 cod. civ. del 1865, appare un palese espediente per dare rilevanza al fenomeno costituito da un'unitaria gestione, che più di venti anni dopo sarà ricondotta al concetto di unità aziendale, pur in assenza di un legame fisico tra le diverse entità fondiarie. Per tale via, il complesso significato che il termine fondo andava acquisendo, come emergerà in maniera del tutto trasparente nella relazione svolta da Bolla nel I convegno nazionale, pur nella continuità degli enunciati normativi e del linguaggio, immetteva nel sistema dato, e però anche al centro di un processo di totale rivisitazione in sede di nuova codificazione, elementi in grado di dare rilevanza ai profili dinamici dell'attività produttiva.

Dovevano passare solo sette anni dalla riflessione di Carrara, perché nel suo corso di diritto agrario Cicu, ribaltando la prospettiva fatta dal primo agrarista, giungesse a disporre tra gli oggetti del diritto agrario il fondo, le scorte e l'azienda. Senza negare la presenza di una continuità nella sequenza ora ricordata, che, a ben vedere, resisterà anche alla successiva codificazione, ossia quando essa avrebbe dovuto non più trovare giustificazione (71), Cicu non ha

(70) Così CARRARA, *Corso di diritto agrario*, Roma 1930, vol. I, 149.

(71) Sul punto si fa rinvio al nostro *Affitto di fondo rustico e affitto di azienda agraria,* in *Diritto agrario e società industriale*, Bari, 1993, vol. I, 151 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficoltà a rimarcare che « il concetto di ampliamento del fondo per le immobilizzazioni effettuate dal proprietario si allarga ancora nel concetto di azienda agricola: vengono in essa riuniti tutti i beni corporali o incorporali o rapporti giuridici che concorrono al suo esercizio; come nell'azienda commerciale, la ditta, i brevetti, il marchio e l' avviamento » (72).

In realtà, a dispetto di questa distinzione concettuale per certi versi impeccabile, la carica di « ambiguità » che parte della dottrina agraristica doveva affidare al termine stesso « fondo rustico », nel senso di configurarlo in termini di un organismo dotato di una capacità centripeta, sì da spingere ad una sua tendenziale sovrapposizione con l'azienda, si rivelava, paradossalmente, più in grado di curvare in chiave operativa gli strumenti giuridici allora esistenti e, dunque, operare nella direzione della modernizzazione, rispetto ad una sistemazione che, in assenza di riscontri normativi e nella difficoltà di proporne di adeguati, finiva con il risultare sterile. Invero, a fronte di un sistema che, in ragione anche delle contrapposte posizioni teoriche circa il concetto di azienda, oscillante tra una concezione monistica ed una pluralistica, comunque non registrava (anzi doveva assistere al naufragio di) proposte volte ad introdurre strumenti processuali in grado di preservare l'organizzazione produttiva in caso di procedimenti esecutivi (73), il richiamo a formule e tecniche giuridiche che fondavano la loro *ratio* nei moduli del vincolo pertinenziale e della c.d. unità pertinenziale si rivelavano più duttili sul piano operativo. È singolare, a tal proposito, che nella stesura del 1940 relativa al Corso di diritto agrario, questa volta a firma di Cicu e di Bassanelli — il più brillante ed acuto allievo dell'Arcangeli agrarista —, la ricordata sequenza tra fondo, scorte ed azienda non registra soltanto al suo interno un significativo squilibrio tale per cui, alle oltre sessanta pagine dedicate ai primi due, l'azienda se ne vede riservate solo poche e scarne. A ben vedere, la più rigorosa distinzione concettuale intervenuta in quegli anni se da una parte, proprio in conseguenza del progressivo affinarsi della nozione di azienda, accentua la distanza che quest'ultima registra

(72) CICU, *Corso di diritto agrario*, Milano 1937, 172.

(73) CALAMANDREI, *Esecuzione forzata sul fondo o sull'azienda agraria*, in *Atti del secondo congresso nazionale di diritto agrario* cit., 319 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto alla prevalente povertà morfologica delle strutture fondiarie presenti in Italia, dall'altra finisce con il mortificare le concrete potenzialità operative che la pur discutibile affermazione circa una continuità concettuale tra unità pertinenziale ed unità aziendale poteva assicurare. In riferimento all'ipotesi di una macchina destinata dallo stesso proprietario all'uso in più fondi non contigui, la soluzione prospettata da Carrara che, attraverso una « forzatura » ermeneutica delle potenzialità linguistiche del termine « fondo », ammetteva e assicurava l'operatività del rapporto pertinenziale, è destinata a cadere. La più rigorosa distinzione concettuale accolta da Cicu e Bassanelli porta a privare di rilevanza quel legame, non essendo, in quella specifica ipotesi, ammissibile il ricorso al rapporto pertinenziale, *rectius* all'immobilizzazione per destinazione (74).

In altri termini, se si scorre la prevalente letteratura agraristica che in quegli anni si è occupata del credito agrario e del problema delle scorte, anche con specifico riferimento ai diversi contratti agrari, ossia nella prospettiva tutta interna alle relazioni tra i soli protagonisti della relazione contrattuale, è indubbio che, sia pure in forma inconsapevole, i modelli elaborati sulle salde basi della proprietà fondiaria registrano una maggiore funzionalità rispetto a quello « neutro » dell'azienda. I primi appaiono più adeguati a fronteggiare i problemi giuridici relativi alle strutture produttive di base come quelle agricole che ruotano intorno al fondo: bene produttivo per eccellenza che, per certi versi, più che subire quel processo organizzativo da cui nasce l'azienda moderna — processo in parte necessitato, in parte dovuto alle capacità creative dell'imprenditore — appare esso stesso « imporre » agli altri beni il proprio ordine (75).

---

(74) Cicu Bassanelli, *Corso di diritto agrario*, Milano 1940, 163.

(75) In un sistema concettuale che ancora non conosceva a fondo le tesi di Schumpeter circa la funzione dell'imprenditore, il ribaltamento del rapporto tra l'uomo e l'organizzazione appariva un dato uniforne del processo economico moderno di cui il giurista doveva tenere conto nella riflessione sui beni e sulle dinamiche dell'attività economica: si v. sul punto le considerazioni di forte spessore metodologico avanzate da Finzi, *Verso un nuovo diritto commerciale*, in *Archivio corporativo* 1933, 214ss poi riprese ed ulteriormente articolate da Cesarini Sforza, *Proprietà e impresa*, in *Arch. di Studi corporativi*, 1938, 165, a conferma di una tendenziale visione spersonalizzata dell'azienda e dell'impresa che nella loro organizzazione sono in grado di trascendere la sfera personale dell'imprenditore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'ultima considerazione, a nostro avviso, assume una portata di ampio respiro non solo al fine di comprendere il positivo approdo di questo complesso di riflessioni nella nuova codificazione civile, ma anche per spiegare il fatto che l'introduzione di indubbi elementi di modernizzazione nel governo delle aziende agricole abbia trovato la sua principale collocazione nel libro III del codice civile. Il punto assume particolare rilievo ai fini del nostro discorso in quanto costituisce un sicuro momento per comprendere il prima ed il dopo della codificazione civile.

A questo riguardo un utile viatico può essere rappresentato dalla pagine di un finissimo civilista scritte nel 1960. Dopo aver constatato che « tra unità fondiaria ed unità aziendale esiste una enorme differenza, la stessa differenza che intercorre tra la proprietà e l'impresa », Auricchio non mancava di registrare, con qualche accento di disappunto, che « la dottrina specializzata ha trascurato a volte questa distinzione in materia di fondi rustici ». Al contempo, però, senza per questo voler sminuire le responsabilità della letteratura, lo stesso giurista si preoccupava di sottolineare che « è anche vero che l'equivoco trova la sua radice nella stessa legislazione che risolve molti problemi relativi alla produzione in sede di proprietà, soprattutto allo scopo di incoraggiare la formazione della piccola proprietà contadina ». « L'equivoco — prosegue Auricchio — è giunto fino allo stesso termine "fondo", da taluni inteso come "porzione limitata di suolo" e da altri come "azienda agraria". Ma non vi è chi possa negare l'opportunità di sottrarsi a questo equivoco » (76).

A ben vedere, l'equivoco legislativo di cui parla Auricchio, per certi versi immanente alla normativa speciale apparsa agli inizi degli anni trenta, ed assecondato — come si è già visto — dalla dottrina agraristica, vale soprattutto per la stessa codificazione del 1942. Invero, la necessità di riportare tutti i profili dinamici relativi alla attività agricola nell'alveo della normativa destinata alla proprietà fondiaria ed ai contratti relativi al godimento della stessa traeva la sua più profonda ragion d'essere nel fatto che, lungo tutto il processo di codificazione, le premesse, presenti nei decreti che

(76) AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'origine avevano dato l'avvio alla revisione del diritto codificato, avevano rigorosamente inteso restare fedeli alla distinzione tra codice civile e codice di commercio, ossia alla netta separazione tra il codice dell'economia agricola ed il codice dell'economia commerciale e industriale (77). In questo senso, il libro III della proprietà non solo doveva farsi intero carico dell'agricoltura, ma registrare nelle pieghe della disciplina dettata per le situazioni reali e per i beni quei profili dinamici che erano stati sempre più messi in evidenza dalla dottrina civilistica ed agraristica nei decenni precedenti.

Questa conclusione, a ben vedere, appare confermata a pieno ove si considerino con la dovuta attenzione le modalità ed i tempi con cui si addivenne alla decisione di unificare il codice civile e quello commerciale e di elaborare il libro V. In particolare, pur se il codice civile entrò in vigore nell'aprile del 1942 nella stesura definitiva seguita al coordinamento finale tra i diversi libri, è importante rammentare che, a fronte dei due primi libri pubblicati tra il 1938 ed il 1939, fu nel febbraio del 1941 che la Gazzetta Ufficiale del Regno n. 31 pubblicò i restanti libri. A ben vedere, però, mentre il libro terzo venne effettivamente pubblicato nel febbraio del 1941, trovando ospitalità nel n.31 stesso della Gazzetta Ufficiale (78) (tanto è

(77) Secondo ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato*, in *Riv. dir. comm,* 1927, I, 522, il problema dell'unificazione era un problema politico non certo tecnico relativo alla opportunità o meno di conservare « due sistemi giuridici diversi per l'economia di tipo agrario (diritto civile) e l'altro per l'economia di tipo commerciale e industriale (diritto commerciale) ».

(78) La Gazzetta Ufficiale 5 febbraio 1941 presenta una singolare struttura. Essa contiene nell'ordine la relazione del Ministro Guardasigilli alla legge 30 gennaio 1941 relativa al valore giuridico della Carta del lavoro. Seguono nell'ordine la legge ora richiamata e il decreto di pari data di approvazione del testo del libro primo.

A questi due provvedimenti si aggiunge il testo integrale ed il relativo articolato sia della carta del lavoro sia del libro primo del codice civile. Per i restanti libri, viceversa, quel numero della Gazzetta Ufficiale pubblica, a seguire, solo i decreti di approvazione degli altri libri del codice che certamente erano ancora in sede di elaborazione e di stesura. Infatti, i testi di questi libri e le relative relazioni, risultano contenute in altri distinti fascicoli della Gazzetta Ufficiale, sempre riportanti la data del 5 febbraio e però con numerazione che va da *bis* sino al *octies*. Eccezion fatta per il numero 31 *bis* riportante la sola relazione al libro della proprietà (il cui testo era già contenuto nel fascicolo 31) certamente apparso nello stesso febbraio (sul punto si v. la nota seguente), tutti gli altri numeri speciali della Gazzetta n. 31 furono certamente editi alcuni mesi dopo. Ciò si ricava dal fatto che in questi numeri speciali che vanno dal *ter* al *octies*, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vero che i primi commenti (79) apparvero nelle librerie già a partire dal marzo dello stesso anno), i restanti libri del codice, accolti nei numeri 31-*ter, quater*, etc. della stessa Gazzetta Ufficiale di pari data, vennero effettivamente pubblicati in epoca successiva. In particolare, soltanto nel luglio di quello stesso anno dovevano apparire il libro IV (80) ed, molto probabilmente, anche il libro V. Queste singolari circostanze relative alla pubblicazione dei libri del codice sono di sicuro rilievo. Invero, la pubblicazione del testo del libro IV era slittata in avanti in quanto era indispensabile procedere al suo adeguamento a seguito della decisione adottata alla fine del 1940 di unificare codice civile e codice di commercio, per cui la sua pubblicazione fu abbinata all'allestimento del libro nuovo V, effettuato tra il gennaio ed il luglio dello stesso anno 1941. Tal rinvio, viceversa, non vi fu per il libro III che venne pubblicato effettivamente nel febbraio del 1941: ma il testo pronto all'epoca era quello

---

pubblicazione dei testi e delle rispettive relazioni non segue l'ordine del codice: infatti, il fascicolo *ter* riguarda il sesto libro sulla tutela dei diritti, seguito nel *quater* dal libro delle obbligazioni; il fascicolo *quinquies* comprende viceversa il libro V del lavoro; gli ultimi tre fascicoli comprendono nell'ordine le relative relazioni. Circa la indicazione del luglio come data di pubblicazione del testo del libro IV (e, molto probabilmente anche del libro V) si v. la nota 80.

(79) Si v. a titolo esemplificativo il volume a cura di VACCARO e BRIZI, *Codice civile libro della proprietà*, Roma 1941, finito di stampare il 22 marzo di quell'anno; analogamente si v. il volume curato da PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI, *Codice civile Libro della proprietà*, Milano 1941 edito con grande tempestività nel marzo dello stesso anno: entrambe le pubblicazioni, predisposte con estrema rapidità rispetto all'apparizione della Gazzetta Ufficiale del 5 febbraio, commentano gli articoli con brani della relazione del Guardasigilli pubblicata nel fascicolo 31 *bis* della Gazzatta Ufficiale del 5 febbraio 1941.

(80) Sul punto, si v. le convincenti testimonianze raccolte da G. B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova 1990, 20-21. Una implicita conferma del fatto che nel gennaio 1941 fosse pronto solo il libro della proprietà mentre gli altri sarebbero stati preparati in epoca successiva si ricava dal discorso tenuto da Grandi in occasione della presentazione del codice a Mussolini, discorso che si legge in *Riv. dir. agr.*, 1942, 179ss. Il ministro guardasigilli fece una precisa cronistoria dei lavori preparatori, in particolare precisò tra l'altro (p. 180) che « il 30 gennaio 1941 è stato pubblicato il Libro del Codice Civile "*Della Proprietà*" sostanzialmente ultimati, nel tempo da Voi desiderato, i Libri "*Delle obbligazioni*", "*Del Lavoro*", "*Della Tutela Dei diritti*", "*La Legge sul Fallimento*" e fissato il XXI aprile dell'anno XX come data per l'entrata in vigore dei tre Codici nei loro testi legislativi coordinati » [le sottolineature sono nostre].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

predisposto per essere ospitato nel codice civile quando non era ancora maturata l'idea della riunificazione con il codice di commercio e tanto meno era emersa quella di avvalersi della nozione di impresa e di estenderne l'impiego anche all'attività agricola.

Se si riflette sul fatto che il disegno originario, in cui si iscriveva l'elaborazione del libro sulla proprietà, prevedeva la conservazione di un codice di commercio accanto a quello civile, trova ulteriore conforto la valutazione avanzata da Auricchio. In altri termini, era proprio il libro III del nuovo codice avente ad oggetto la proprietà a contenere la disciplina relativa all'attività agricola (81), ossia a

(81) È interessante notare che le correzioni al testo del libro III pubblicato nel febbraio del 1941, apportate nella stesura finale poi definitivamente pubblicata nel 1942 sono relativamente modeste e poco significative. Tra le altre, una menzione merita quella introdotta nell'art. 836 c.c. corrispondente all'art. 27 del testo pubblicato nel 1941. Si tratta, a ben vedere, dell'unica norma che nel libro III, presenta un riferimento alla parola aziende. Mentre nel testo del 1941 a proposito dei vincoli e obblighi temporanei si richiamano « le aziende industriali o commerciali e le aziende agricole », il testo definitivo licenziato l'anno successivo, a seguito della revisione generale, cita solo le « aziende commerciali e agricole ». La scomparsa nella disposizione finale del riferimento all'industria, intervenuta in sede di coordinamento finale anche per l'art. 365 c.c. (inventario di aziende) in materia di tutela rispetto al testo contenuto nell'art. 363 c.c. presente nella stesura approvata nel 1939, è significativa. Nella stesura originaria di queste due disposizioni, il riferimento al carattere industriale, commerciale ed agrario dell'azienda, in rispondenza dei diversi settori produttivi, evidenziava il carattere tecnico-economico e descrittivo che si attribuiva al termine azienda, rispetto alla nozione questa volta giuridica di cui all'art. 2555 successivamente introdotto nel libro V in occasione dell'eliminazione dell'autonomo codice di commercio. Del resto, la distinzione soltanto tra il carattere commerciale o agricolo dell'azienda rispondeva questa volta alla distinzione tra impresa agricola e impresa commerciale accolta nel nuovo libro del lavoro predisposto nel corso del 1941, in particolare dopo il febbraio di quell'anno in cui il testo del libro della proprietà era apparso nella Gazzetta Ufficiale del Regno.

Ebbene, a prescindere dalla correzione introdotta che sembra voler riprodurre nel libro III l'unica distinzione accolta nel libro V, è da dubitare comunque che sia nella stesura definitiva sia in quella presente nel testo del 1941, il termine « azienda » abbia il significato tecnico che esso assume nel successivo libro V in contrapposizione dialettica al concetto di impresa e di imprenditore. D'altro canto, al momento dell' approvazione del libro III, se da una parte era stato decisamente modificato rispetto al progetto originario l'articolo destinato alle universalità, dall'altra nell'ultima stesura del codice di commercio, presentata da Asquini nel 1940 e sulla quale si sarebbe poi provveduto ad operare la unificazione, si era consapevolmente esclusa la stessa definizione di azienda che poi verrà introdotta nel nuovo codice civile: si v. la relazione di Asquini, in *Lavori preparatori del codice civile (1939-1941) Progetti preliminari*, vol. III, Roma 1942, 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella attività, per definizione sottratta in larghissima parte alle regole del codice di commercio.

In effetti, la sovrapposizione del piano dinamico tipico dell'attività economica legata all'uso agricolo della terra con quello attinente ai profili di ordine strutturale, in primo luogo la stessa entità fondiaria, costituisce uno dei più significativi e costanti dati che non solo ha caratterizzato la riflessione (agraristica e non) nella stagione che ha preceduto e preparato il nuovo codice civile, ma che, a ben vedere, ha rappresentato — pur nella sua discutibilità, vista a posteriori — un'autentica idea guida sia nella costruzione di modelli concettuali più avanzati, rispetto a quelli elaborati sul testo del codice del 1865, sia nella revisione degli assetti disciplinari presenti in quel codice. In altre parole, tale sovrapposizione, lungi dall'essere stato un disvalore, ha costituito lo strumento per coniugare, nella prospettiva di possibili interventi volti alla modernizzazione dell'agricoltura, il dato strettamente fondiario con il processo produttivo, ossia con il razionale impiego dei fattori della produzione (82).

(82) La sovrapposizione tra la nozione di fondo e quella di azienda, coltivata con tenacia dai giuristi, non corrispondeva alla soluzione fatta propria dagli economisti, pur non tradendo però la sostanza del problema. Infatti, SERPIERI, *Osservazioni sul fondo e l'azienda agraria*, in *Riv. dir. agr*. 1937, I, 361 ss., (la cui definizione di azienda quale combinazione dei mezzi materiali occorrenti per la produzione, o come l'unità della combinazione produttiva considerata obbiettivamente nelle cose che la compongono, doveva avere ampia fortuna) sosteneva che « *fondo agricolo* e *azienda agricola* non si identificano ». Nello stesso tempo, però, si preoccupava di chiarire il senso della sua affermazione: « in quanto cioè si chiami *fondo* il complesso della terra e dei capitali *immobilizzati* in essa; complesso che è *fisicamente immobile*. Questo è, ci sembra, il significato di fondo meglio rispondente anche al linguaggio ordinario: le cose *mobili* (bestiame attrezzi) — anche se giuridicamente immobilizzate per destinazione — non sono fondo, pure costituendo insieme con esso, l'*azienda.* Nulla impedisce, naturalmente, di adottare una nomenclatura diversa (p. es. identificare fondo con azienda), purché si distinguano poi, con uno o altro nome, la terra coi suoi adattamenti e dotazioni *immobiliari,* e le altre cose mobili che, con essa, costituiscono la combinazione produttiva da noi chiamata azienda. La distinzione è troppo importante, sotto numerosi aspetti, perché vi si possa rinunciare ».

In realtà, l'affinamento concettuale si sviluppava rapidamente in quegli anni, per cui, al di là delle differenze di accenti e delle formule, la distinzione tra fondo e azienda risultava in concreto sempre più marcata. Del resto, lo stesso BOLLA, nel lavoro elaborato insieme a GERMANI, *L'azienda agraria come oggetto di garanzia nel credito agrario*, in *Riv. dir. agr.* 1939, I, 24, non esitava a riconoscere che « La verità è questa, che il fondo e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

D'altro canto, tale « confusione » esprimeva il più significativo precipitato della c.d. funzione sociale della proprietà con specifico riferimento ai beni produttivi in quanto la rilevanza e la preminenza del profilo sociale (allora nel senso dell'interesse nazionale alla produzione) costituivano « un modo di esprimere lo scomparire del concetto di proprietà dietro quello di impresa » (83).

Peraltro quest'impostazione, che si rinviene nella riflessione intervenuta negli anni trenta tra agraristi ed economisti e che sarà destinata a pesare in maniera significativa in occasione della successiva elaborazione dell'art.44 della costituzione repubblicana, non era soltanto ampiamente condivisa, ma anche percepita come un'acquisizione particolarmente utile ai fini della corretta impostazione di alcuni problemi di politica del diritto da risolvere in sede di nuova codificazione. A questo riguardo, è estremamente significativa la testimonianza ancora una volta di Ascarelli. Nel riproporre, nel 1937, l'opportunità di una rimeditazione in ordine alla distinzione tra diritto civile e diritto commerciale — che allora sembrava trovare indiscussa conferma nei lavori della codificazione — egli intendeva sfuggire all'approccio tradizionale al tema che, per l'agricoltura, si identificava, e per certi versi si esauriva, nella sola questione relativa al fallimento degli agricoltori. A suo dire, le eventuali aree di distinzioni andavano a collocarsi su livelli del tutto nuovi ed originali. In particolare, a proposito dell'azienda commerciale, punto di riferimento di regole particolari per i commercianti, Ascarelli rimarcò, con la consueta acutezza, che « gli studi di diritto agrario dimostrano che i problemi che si pongono in questo campo traggono in parte la loro origine non dalla *commercialità* dell'azienda [il corsivo è nostro], ma dalla esistenza di un'azienda, commerciale o civile che sia, e dalla difficoltà allora di determinare in quali casi conviene ricorrere ad una concezione unitaria dell'azienda e in quali casi invece ad una concezione pluralistica dei singoli beni che la

---

l'azienda sono intimamente connessi, che il regime dell'uno presuppone o si riflette sulla consistenza e sul regime dell'altra, anche se sia possibile distinguere le norme che toccano direttamente la terra e quelle che si riferiscono invece all'azienda ».

(83) In questi termini Cesarini Sforza, *Proprietà e impresa*, cit., 166, il quale richiamava la relazione tenuta da Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., 168.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compongono » (84). In definitiva, alla fine degli anni trenta il grande commercialista poteva ben registrare che la nozione di azienda era ormai patrimonio comune sia all'economia agricola sia a quella commerciale: la distinzione, se mai, aveva ragion d'essere in ordine alla disciplina da applicare, e, dunque, poteva riguardare la sola contrapposizione tra la teoria monistica e quella atomistica. Infatti, prosegue Ascarelli, « è anzi specialmente con riferimento all'agricoltura che sembra pericoloso l'indirizzo del codice vigente il quale, nella disciplina delle successioni e delle divisioni, ha sacrificato a una tendenza estremamente individualistica, l'interesse di evitare la polverizzazione dei fondi » (85).

Anche agli occhi di Ascarelli, il profilo strettamente fondiario, in particolare dimensionale della struttura produttiva agricola, era avvertito come necessariamente immanente e determinante per la stessa nozione di azienda da applicarsi all'agricoltura. Sebbene le scelte maturate in sede di codificazione avrebbero mortificato in larga parte le proposte avanzate a più riprese, volte ad assicurare in sede di successione e di divisione la conservazione delle strutture fondiarie, previo abbandono del modello successorio napoleonico (86), nella letteratura giuridica della fine degli anni trenta assai diffusa era la convinzione che la disciplina dell'organizzazione agricola, affidata, anche per il tramite di una moderna e flessibile regolamentazione delle pertinenze, alle cure del libro sulla proprietà, il cui progetto era già stato pubblicato, dovesse trovare il suo naturale completamento nel libro II relativo alle successioni (87).

---

(84) ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, cit., 31, nt. 14.

(85) ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, cit., 31, nt. 14.

(86) Infatti, le scelte complessivamente maturate dovevano ridimensionare le aspettative nella nuova codificazione intraviste nel 1938 da MAROI, *Difesa della stirpe e diritto rurale*, in *Riv. dir. agr.* 1938, I, 161 ss.: saggio, il cui infelicissimo titolo, del tutto avulso dal contenuto della riflessione ivi proposta, nonché la citazione mussoliniana, offerta in apertura, costituiscono esempio quanto mai utile per comprendere lo zelo e la repentinità con il quale molti giuristi manifestavano il loro allineamento alle idee dei potenti.

(87) A questo riguardo, a conferma che la questione si presentava complessa in quanto le istanze volte a razionalizzare le strutture produttive di base si scontravano con le concrete difficoltà di assicurare sul piano effettuale il rispetto delle regole circa la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al tempo stesso, peraltro, in quanto « non porzione di terra, ma una unità economica organizzata, animata di vita sua propria ed autonoma costituita oltre che dal suolo, dalle case e dai pascoli, dalle *partes*, dall'*instrumentum fundi*, dall'*jura praediorum*, dai *reliqua colonorum* » (88), la collocazione del fondo nell'area dei beni, non impediva che si distinguesse tra titolare dello stesso inteso quale effettivo gestore ed il semplice proprietario. D'altra parte, l'essere al centro di una complessa disciplina privatistica e pubblicistica non sottraeva il fondo alle suggestioni tendenti a postare sui beni lo stesso attributo della soggettività: per cui « il fondo assume così una fisionomia che lo avvicina, in quanto soggetto produttivo e quindi destinatario dell'ordinamento corporativo, alla impresa industriale e commerciale » (89).

6. Il primato riconosciuto sempre di più al processo produttivo che trovava la sua piena realizzazione nell'azienda, per via della confluenza degli elementi giuridicamente rilevanti, già introdotti nella legislazione speciale grazie al fruttuoso dialogo con gli economisti, doveva costituire la più incisiva idea guida nella riflessione agraristica sia per rimeditare le linee della stessa complessiva sistemazione della materia, sia per affrontare singoli nodi problematici o specifiche aree tematiche.

Da primo punto di vista, mette conto rammentare la dichiarata

---

successione dei legittimari è sufficiente confrontare le diverse versioni che nei lavori della codificazione presentò la norma volta ad affermare in sede successoria l'indivisibilità del fondo o dell'azienda agricola o industriale (così il titolo dell'art. 329 nel progetto del terzo libro del marzo 1936), a partire dal progetto del 1936 sino alla soluzione poi accolta nell'art. 722 c.c., a seguito della legge 3 giugno 1940 n. 1078 sul divieto di frazionamento delle unità poderali e dell'art. 846 c.c. in materia di minima unità colturale. Del resto il tema della proprietà contadina e quello degli interventi di ricomposizione fondiaria rappresentavano due facce di una stessa problematica al centro dell'attenzione da parte degli agraristi più sensibili: si v. la relazione di BASSANELLI, *La tutela giuridica della piccola proprietà coltivatrice*, in *Atti del I convegno nazionale di diritto agrario* cit. nonché gli studi di A. Moschella sulla esperienza tedesca in materia di ricomposizione fondiaria.

(88) Così Bolla, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, Relazione al I Congresso Naz. di dir. Agrario, Firenze 1935, in *Atti del Congresso* 1935, 296.

(89) In questi termini, MAZZONI, *La posizione giuridica del titolare dell'impresa agricola secondo i principi e le norme della legislazione corporativa*, in *Riv. dir. agr.*, 1935, I, 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insoddisfazione cui pervenne lo stesso Bassanelli, diretto allievo di Arcangeli, circa la sistemazione tradizionale, più in particolare circa la trattazione della materia incentrata sulla collaudata triade gaiana (*personae*, *res*, *actiones*): sistemazione che, fatta propria dal suo maestro Arcangeli nelle incompiute *Istituzioni*, era stata poi adottata da Cicu nel suo « Corso di diritto agrario » e riconfermata dal Carrara nella seconda edizione edita nel 1938 del suo *Corso di diritto agrario*, interamente rifatta. Nel recensire quest'ultima opera, Bassanelli, pur con le opportune riserve da avanzare a fronte di un tema che gli appariva in ogni caso « delicato », concludeva che « la sistemazione che più si presta allo studio del diritto agrario è quella medesima che fu tentata per il diritto commerciale e vuole posta al centro dello studio l'azienda » (90). Questo disagio crescente non era isolato né singolare. Esso, a ben vedere, costituiva appunto la prima significativa conseguenza, sul piano della sistemazione generale del diritto agrario, della centralità che la gestione produttiva del fondo aveva assunto all'interno della stessa ricerca agraristica: centralità che, grazie anche alla sapiente regia di Bolla, doveva costituire il motivo conduttore di tutta la riflessione agraristica nei due congressi nazionali, quello del 1935 e quello del 1939, i quali rispettivamente rappresentarono due occasioni preziose per una prima messa a punto e per un successivo ulteriore approfondimento. In questa direzione è già eloquente la complessiva sistematicità delle relazioni presentate al secondo convegno, tutte orientate alla futura elaborazione di una legge organica dell'agricoltura che, nel pensiero di Bolla, doveva sostituire strategicamente l'ormai irraggiungibile obiettivo, coltivato nei decenni passati, di dare vita ad un codice agrario (91). È sufficiente scorrere i titoli delle relazioni nell'ordine

(90) Così BASSANELLI, *Recensione* a Carrara, *Corso di diritto agrario* [2], in *Riv. dir. agr.*, 1938, I, 517.

(91) L'idea di una legge organica per l'agricoltura che Bolla coltivò fino alla caduta del fascismo e che aveva finalmente incontrato una attenzione ad altissimo livello politico — leggasi Duce — era stata lanciata in effetti sin dal 1935 da AZZARITI, *Per una organica legislazione agraria*, in *Atti del primo convegno nazionale di diritto agrario* cit. 140 ss. Questo progetto, che riprendeva l'idea della codificazione del diritto agrario fallita negli anni venti, inevitabilmente rivitalizzava la questione dell'autonomia scientifica della disciplina che negli anni trenta era stata rigorosamente avversata da Arcangeli in quanto il diritto agrario sarebbe stato carente di principi generali suoi propri. È interessante, al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso in cui esse furono presentate per percepire nettamente che il messaggio di Finzi in ordine al ruolo preminente della organizzazione produttiva era stato recepito. Ai nostri fini, però, è importante rimarcare che la proposta di revisione della sistematica, preannunciata con qualche riserva da Bassanelli nel 1938 e poi sostanzialmente rimasta sulla carta (92), doveva trovare un approfondito sviluppo nella proposta avanzata da Moschella (93) in occasione del secondo convegno nazionale di diritto agrario svoltosi nel 1939.

Nella sua ampia relazione avente ad oggetto la bonifica integrale, Moschella si preoccupò di dare un contributo in ordine alla strutturazione della legge organica dell'agricoltura, suggerendo una sistemazione della disciplina, anche ai fini didattici, del tutto alternativa a quella presente nella manualistica sino ad allora apparsa. Dopo una disamina critica circa i limiti del modello gaiano seguito dalla dottrina agraristica e la constatazione dell'inanità degli sforzi volti in questa direzione a costruire « categorie di diritto agrario a sé stanti », sforzi destinati se mai a produrre semplici duplicati ovvero a registrare la frammentarietà della materia, Moschella si spingeva decisamente più avanti nella direzione segnata da Bolla, sensibile al dato tecnico. La sistemazione della materia, fermi i concetti fonda-

---

fine di cogliere il dibattito sotterraneo che sul punto divideva gli agraristi, rammentare la recensione critica che BASSANELLI, in *Riv. dir. agr.*, 1941, I, 342 ss. riservò ad uno scritto del CARRARA, *Notes comparatives sur la codification de lois agricoles et sur d'autres problèmes actuels de droit agricole,* apparso nell'*Annuaire international de législation agricole de l'Institut international d'agriculture* (Roma 1940). In tale recensione Bassanelli contestava che l'assenza di principi generali del diritto agrario, ammessa dallo stesso Carrara, potesse essere colmata in sede di semplice riorganizzazione della legislazione esistente e, dunque, in mancanza di precise scelte, tutte da fare, da parte del legislatore. Ebbene, in nota al giudizio critico espresso da Bassanelli ed in particolare alla constatata assenza di principi generali della disciplina, lo stesso direttore della rivista, Bolla, si preoccupò, a sua volta, di chiosare, rimarcando che « la dottrina oggi sta elaborando i principi generali, che domani forse il legislatore sarà chiamato a codificare ».

(92) Infatti, il *Corso di diritto agrario* pubblicato nel 1940 a firma di Cicu e Bassanelli, per quanto molto più articolato rispetto alla prima versione a firma del solo Cicu, ripropose l'impianto tradizionale di sistemazione della disciplina.

(93) MOSCHELLA, *La bonifica integrale*, in *Atti del secondo congresso nazionale di diritto agrario*, Cagliari-Sassari 16-19 ottobre 1938, Roma 1939, 595 ss. La novità dell'impostazione di Moschella nonché il legame, per quanto parziale, con le posizioni di Bolla non sfuggirono, in sede di recensione, ad un diligente osservatore: si v. ORLANDI, *Recensione* a *Il 2° Congresso nazionale di diritto agrario*, in *Arch. giur.* 1939, 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentali elaborati e definiti dalla teoria generale, avrebbe dovuto nella nuova prospettiva suggerita « rifarsi all'osservazione pura e semplice dei fenomeni giuridico-agrari e secondarne, con spirito libero da indirizzi metodologici astratti, le loro spontanee tendenze di polarizzazione » (94). Per tale via, dunque, la sistemazione giuridica doveva rispettare e seguire i ritmi del ciclo produttivo di quell'ordine che prepara la struttura produttiva, la predispone all'azione, porta al compimento il processo nel rapporto con gli acquirenti finali del prodotto. In tal modo, alla vecchia tripartizione, del tutto estranea alla concreta dinamica della realtà economica, doveva subentrare una nuova tutta incentrata sull'azione, sull'attività. La sistemazione della materia era da dividersi in tre parti: « I) studio dell'attività diretta all'adattamento dell'ambiente alla produzione (agricola); II) studio dell'attività diretta allo sfruttamento dell'ambiente; III) studio dell'attività diretta allo sfruttamento dei prodotti » (95). La rivoluzione copernicana di cui aveva parlato Finzi a proposito dell'inversione del rapporto tra uomini e organizzazioni raggiunge qui la sua massima esasperazione, coinvolgendo anche il punto di osservazione dello stesso giurista nella sua funzione di organizzazione e sistemazione del diritto all'interno del suo specifico sapere. L'ordine tutto interno al processo produttivo imponeva la sua legge anche alla riflessione dei giuristi. Nel circolo ermeneutico che veniva così tracciato, il giurista, che voleva giustamente aprire le finestre alla realtà per sfuggire al buio di una dogmatica senza vita, costruiva inconsapevolmente la sua prigione e poneva le fondamenta della sua subalternità.

In realtà, a prescindere dalla fuga in avanti segnata dall'impostazione di Moschella, peraltro rimasta inascoltata, in quanto manifestazione estremistica del rilievo accordato al processo produttivo che trova nell'azienda agricola la sua piena attuazione, è nella riflessione sui contratti agrari che la centralità dell'azienda e dei profili della relativa gestione segnava una netta quanto positiva « rottura » con la tradizionale lettura fondata sul codice del 1865 e sostanzialmente rimasta inalterata sino agli anni trenta del Novecento.

---

(94) MOSCHELLA, *La bonifica integrale*, cit., 615.

(95) MOSCHELLA, *op. cit.*, 616.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Invero, se si prescinde dai lavori destinati alla bonifica ed alla ricomposizione fondiaria, i contributi monografici più significativi con i quali si è andata costruendo la prima generazione di studiosi orientati *ab origine* alla ricerca sul diritto agrario hanno toccato il tema dei contratti agrari. Tema questo che, se da una parte era destinato ad incidere direttamente sulla lettura degli stessi contratti agrari, dall'altra doveva affinare, sul versante specifico dell'organizzazione interna della struttura produttiva, l'originaria semplicistica identificazione tra fondo e azienda. Su questo ultimo punto, anche a riprova della forte tensione euristica che caratterizzava gli studiosi dell'epoca, nel senso della piena disponibilità a rivedere propri convincimenti in conseguenza del dibattito e della circolazione delle idee, è importante la puntualizzazione che nel 1937 Carrara prospettava in ordine all'azienda, tornando così su di un tema sul quale era intervenuto in precedenza. Anche sulla scia del dibattito emerso tra lavoristi e commercialisti, i rapporti sociali sino ad allora tenuti fuori dalla riflessione in ordine all'organizzazione produttiva facevano la loro comparsa anche sul piano della riflessione agraristica. In particolare, si giungeva così a suggerire la differenziazione tra *fundus instructus* e azienda da un'altra angolazione. « Il primo è il terreno corredato di bestiame, strumenti, macchine, senza però alcuna combinazione con l'elemento mano d'opera; quando la combinazione dei fattori della produzione è completa ed oltre la terra e ai capitali esistono anche dei rapporti costituiti, in corso e funzionanti, con la mano d'opera, allora si ha qualche cosa di più del *fundus instructus* e cioè l'azienda agraria » (96).

In effetti, gli accentuati conflitti tra proprietà e lavoro, intervenuti nel primo dopoguerra e che dovevano poi condurre alla reazione degli "agrari" cui si legarono le fortune del fascismo, nonché la registrata migliore funzionalità dei contratti agrari "associativi" a rispondere alla crisi economica degli anni venti costituirono due forti spinte per una profonda revisione critica sia della sistemazione presente nel codice del 1865 sia delle soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina. In particolare, a partire dagli inizi degli anni trenta, nella giovane riflessione agraristica emergevano due indirizzi

(96) CARRARA, *L'azienda agraria*, in *Foro it.*, 1937, IV, 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nettamente distinti e, però, convergenti a proposito dell'analisi dei contratti agrari.

Da una parte, si registra il fiorire di studi, con ambizioni di ricerca storica, volti a ripercorre il *proprium* dei singoli contratti c.d. associativi o, secondo una formula allora diffusa, c.d. parziari. La mezzadria, la colonia parziaria, la soccida, la compartecipazione diventano gli argomenti sui quali la comunità degli agraristi, soprattutto della generazione successiva ai primi pionieri, si orientò con decisione, sia per porre solide radici storiche alla disciplina stessa, puntando su tipi contrattuali fortemente presenti nella realtà economica, sia per fornire, al tempo stesso, risposte a concreti problemi che la prassi andava ponendo. Peraltro, lo spostamento progressivo dell'attenzione dal piano degli effetti finali di siffatti contratti (che si esaurivano nella divisione dei prodotti ottenuti, su cui aveva in definitiva puntato Breglia (97) nel considerare la clausola parziaria elemento unificante della categoria) al piano rappresentato dalla gestione del rapporto contrattuale rispondeva non solo alla sensibilità diffusa tra gli agraristi di porre al centro dell'attenzione il fenomeno produttivo nel suo concreto svolgimento, ma anche all'esigenza di fare i conti con il tema "scottante" sul quale alta era stata la conflittualità che i patti colonici, prima, e la carta della mezzadria, dopo, avevano inteso risolvere con soluzioni nettamente divergenti.

A tacer d'altro, il ruolo da assegnare rispettivamente a concedente, mezzadri e coloni nel governo di una azienda agricola, costruita sulla base degli apporti rispettivi di capitale fondiario e di lavoro e di capitale circolante, costituiva il profilo giuridico più delicato di tali rapporti che inevitabilmente coinvolgeva la questione di fondo relativa all'esatta individuazione dei rispettivi tipi contrat-

(97) BREGLIA, *Il negozio giuridico parziario*, Napoli 1916. In verità, negli anni trenta non mancarono altri tentativi di considerare la clausola parziaria quale criterio unificante di una vasta gamma di contratti agrari. Si v. in particolare, ROSSI, *I contratti associativi per la produzione agricola*, Roma 1939. In realtà, la legge n. 437 dell'aprile 1933, nell'estendere la disciplina collettiva dei rapporti di lavoro anche ai contratti di compartecipazione, finiva con il formalizzare sia pure in termini esemplificativi una pluralità di contratti, così distinguendo la mezzadria dalla colonia parziaria. D'altra parte, la Carta della mezzadria approvata qualche mese dopo doveva definitivamente segnare la netta distinzione tra i diversi tipi contrattuali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuali, stante l'assoluta inadeguatezza dell'amplissimo schema locativo adottato dal codice del 1865. Si comprende perché, anche nel settore agricolo, il conflitto tra capitale e lavoro, ossia quel conflitto che doveva segnare per buona parte la storia economica di questo secolo, abbia attratto la riflessione dei giuristi e, al tempo stesso, più vivo, sul punto, sia stato il rapporto tra elaborazione scientifica ed impostazione ideologica. In particolare, il contratto più complesso, quello appunto di mezzadria, pur tra le diverse opzioni interpretative emerse nei primi decenni del secolo, registrò il prevalere dell'indirizzo inaugurato da Arcangeli, il principale esponente nel diritto agrario nonché autorevole uomo politico del fascismo, teso a sostenere la natura associativa della mezzadria (98). In coincidenza con l'elaborazione della Carta della mezzadria (99), nella quale venivano in buona parte consacrati i rapporti di forza seguiti all'avvento del fascismo, in particolare con la rivalsa della proprietà fondiaria rispetto ai risultati conseguiti in precedenza dalla parte colonica (100), la mezzadria veniva a rappresentare lo schema contrattuale che, internalizzando lo spirito corporativo, nel segno di una ritrovata solidarietà tra capitale e lavoro, si proponeva come un modello da esportare anche negli altri settori della produzione (101). Al di là dei limiti e delle forzature alla base dell' impostazione di Arcangeli e, allo stesso tempo, della comprensibile fortuna che tale soluzione doveva incontrare nel clima politico-ideologico nel quale era fiorita, non può negarsi che la riconduzione della mezzadria e

(98) ARCANGELI, *Natura giuridica e problemi sindacali della mezzadria*, in *Arch giur*. 1930, 129 ss.

(99) La sottocommissione che aveva provveduto alla stesura del progetto, presieduta da Bolla, vedeva tra i componenti Maroi, Serragli, Zanobini e Roberti. Non vi è dubbio che la fissazione di una intelaiatura disciplinare di ordine generale in materia di mezzadria cozzava con la preminenza tradizionalmente accordata alle consuetudini: sul punto si v. GIUDICEANDREA, *Struttura e natura giuridica dei rapporti di compartecipazione in agricoltura*, Roma 1938, 220.

(100) Sulle lotte contadine degli anni venti su cui doveva abbattersi la reazione v. per tutti le ricerche di VIVARELLI, *Storia delle origini del fascismo*, Bologna 1991, vol. II, 760 ss.

(101) Si v. TASSINARI, *Agricoltura ed ordinamento corporativo*, in *Arch. di studi corporativi* 1931, 464 secondo cui l'istituto della mezzadria, « nella sua forma semplice, racchiude in sé l'essenza di quella concezione corporativa che vuole una armonica coordinazione fra capitale e lavoro ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della colonia allo schema associativo non si presentava soltanto quale semplice terza via tra due opposte impostazioni, l'una orientata in termini generali a riconoscere la posizione di locatario al mezzadro, l'altra favorevole in senso opposto a ricondurre il mezzadro e la sua famiglia a meri lavoratori subordinati. Il riferimento allo schema societario, in cui il profilo dinamico dell'attività segna la vita stessa del rapporto, dai conferimenti iniziali sino alla ripartizione dei risultati, passando attraverso lo svolgimento dell'attività, aveva l'indubbio pregio di rimarcare il legame tra la regolamentazione della specifica relazione contrattuale e la *forma* stessa che assumeva l'organizzazione dell'attività economica agricola. Nello stesso tempo, la distinzione tra le strutture presenti nei diversi rapporti assicurava un saldo criterio su cui fondare la distinzione tra la mezzadria e la colonia parziaria.

In effetti è in questa prospettiva che la letteratura avrebbe proseguito in quegli stessi anni l'opera di decantazione dei diversi tipi contrattuali anche all'interno di quell'autentico arcipelago costituito dalla c.d. compartecipazione. A questo specifico fine, una particolare menzione merita la riflessione di De Feo (102), sulla quale si dovrà tornare in prosieguo. Il criterio distintivo tra le ipotesi da ricondurre al rapporto di lavoro e quelle da far rifluire nei rapporti associativi nel pensiero di questo giovane studioso non doveva rinvenirsi in un particolare elemento del contratto, ivi compresa la causa, che nei contratti agrari sarebbe sempre la « coltivazione dei fondi ». L'effettivo elemento di differenziazione, secondo De Feo, risiederebbe nell'« impresa », più esattamente nelle diverse forme di conduzione del fondo. In questa impostazione veniva pienamente formalizzato il legame tra struttura del rapporto contrattuale e tipologia dell'impresa agricola: ossia quel legame che nella sistemazione del codice civile del 1942 porterà non solo e non tanto alla definitiva dissociazione della mezzadria, della colonia e della soccida dal contratto di locazione, ma al loro spostamento nel libro V, subito dopo gli articoli dettati per l'impresa agricola e dunque in una

(102) Il riferimento è al lavoro di DE FEO, *La natura giuridica della compartecipazione in agricoltura*, Roma 1939, in cui viene portata a termine la riflessione preannunciata in *La clausola parziaria ed il contratto di compartecipazione in agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 1935, 477 ss., 610 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posizione distante dal contratto di affitto di fondo rustico, disciplinato nel libro IV (103).

Nettamente minore, rispetto a quella riservata ai contratti agrari associativi, fu l'attenzione che la dottrina agraristica rivolse nei confronti del contratto di locazione di fondi rustici. A prescindere dalle ragioni contigenti di ordine economico, sociale e politico a base del primato accordato ai contratti associativi rispetto al contratti di scambio, la locazione di fondi non rustici non presentava particolari problemi rispetto alla sistemazione ricevuta nel codice civile del 1865. Sicché, sul piano della riflessione monografica, non dovevano emergere contribuiti di rilievo. In realtà, a prescindere dalla crescente consapevolezza circa l'inadeguatezza della disciplina presente nel codice del 1865 a fornire risposte capaci di dar conto della natura produttiva del bene, il passaggio dalla locazione dei fondi rustici al contratto di affitto accolto nel codice civile del 1942 è dovuta anche ai contributi di agraristi e soprattutto di civilisti in ordine alla situazione giuridica da riconoscere il capo al concessionario. In particolare, la tradizionale configurazione del locatario in veste di semplice creditore di una prestazione da parte del locatore destinata a perpetuarsi in ogni istante del rapporto circa il godimento del fondo e, al tempo stesso, l'individuazione del fondamento dell'acquisto dei frutti da parte del concessionario soltanto per via di una *quasi-traditio* da parte del concedente riflettevano una « lettura » di tale rapporto del tutto insoddisfacente, soprattutto in quanto

(103) A ben vedere, la sistemazione di questi contratti nel libro V del codice, laddove il contratto di affitto doveva restare nel libro IV costituisce una spia quanto mai significativa della pluralità di significati che il termine impresa doveva assumere nella codificazione. Infatti, solo nell'accezione dell'impresa in termini di istituzione di organizzazione di persone si può comprendere la diversa dislocazione tra la disciplina dell'affitto e le « imprese » associate che si rinvengono nei contratti di mezzadria, di colonia e di soccida. Il problema, avvertito dai primi commentatori del codice (si v. MAROI, *L'agricoltura nel libro del lavoro del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, I, 133) era stato acutamente colto da SANTORO PASSARELLI, *A proposito dell'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 140, il cui sintetico scritto, contenente le osservazioni trasmesse al Ministro Guardasigilli dopo l'esame del progetto del libro V del codice, pur essendo di estrema importanza per chi intenda ricostruire la genesi del testo definitivo accolto dal codice, risulta inspiegabilmente trascurato dalla letteratura che si è occupata della vicenda della codificazione e soprattutto dell'elaborazione del libro V cui si lega la scomparsa del codice di commercio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inevitabilmente fondata sulla negazione di qualsiasi rilevanza all'attività svolta dal conduttore (104). Ancor prima che la problematica trovasse nel 1940 una significativa e provocatoria proposta ricostruttiva grazie alla ricerca di Giorgianni (105) sui diritti di godimento, un contributo prezioso in questa direzione venne fornito da Bassanelli (106) in un lavoro pubblicato nel 1939. Attraverso l'elaborazione di uno spunto presente in Carnelutti (107) e sulla scia delle riflessioni svolte in precedenza a proposito della *colonia ad meliorandum* (108), Bassanelli forniva sul piano tecnico una convincente ricostruzione della situazione giuridica del concessionario che esaltava proprio il profilo autonomo dell'attività da lui svolta, utilizzando produttivamente il fondo, una volta conseguitone il godimento. In particolare, con la stipula del contratto, l'obbligazione a carico del locatore non era più quella positiva di intervenire diuturnamente, sì da assicurare all'altro la fruizione, bensì solo quella di non interferire, di sopportare l'attività del conduttore: attività che, in tal modo, trovava il suo fondamento in sé stessa, sul piano della effettività che è quello tipico dell'impresa. Nel rigettare l'impostazione che, in nome di una presunta autorizzazione, configurava il potere dell'affittuario come qualcosa di « ricevuto » dal proprietario, Bassanelli poteva ben concludere nel senso che « fin da principio al locatario spetta il potere, unitariamente considerato nell'estensione e nella durata, a seguito del permesso implicito nell'assunzione dell'obbligo di tollerare; ed a consegna avvenuta, quando si è stabilita la posizione di fatto, per cui materialmente ne è possibile l'esercizio, legittimamente

(104) Per una ricognizione delle diverse posizioni presenti nella letteratura tradizionale, si v. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Milano 1947, 384 ss. Non mancavano, peraltro posizioni sensibili a dare rilievo all'attività svolta dall'affittuario e alla presenza del bene produttivo, v. SANTORO PASSARELLI, *Locazione e affitto rustico*, in *Atti del primo convegno nazionale di diritto agrario* cit., 406 ss., il quale rimarcò la necessità di una durata minima del rapporto nell'interesse del produttore.

(105) Il riferimento è all'ampio studio di GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento*, Milano 1940.

(106) Il saggio richiamato nel testo è BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici,* in *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli*, Padova 1939, vol. II, 613 ss.

(107) Si v. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm*., 1915, I, 566.

(108) BASSANELLI, *La colonia perpetua* « ad meliorandum » *nel basso Lazio,* Roma 1933.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si svolge, qual potere autonomo, che in sé comprende tutti gli atti di godimento fino alla scadenza del termine » (109).

In tal modo, è il caso di osservare, la riflessione sulla relazione tra concedente e concessionario nel rapporto di affitto, ossia in un rapporto in cui « il titolare del fondo » non si identifica con « il titolare della proprietà », poneva basi salde per una sempre più netta distinzione tra la proprietà e il fenomeno dell'impresa.

È in questa ottica, d'altronde, tendente a valorizzare « la *facultas agendi in certam rem* » del conduttore, la quale, per certi versi, « avvicina il diritto del conduttore ai diritti reali » (110) che va letto il dibattito avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina dei miglioramenti. Tale dibattito, emerso sin dagli inizi degli anni trenta, in primo luogo permetteva di dare risalto alle impostazioni sia della dottrina civilistica sia di quella agraristica volte a promuovere la modernizzazione dell'agricoltura anche nell'interesse della collettività e, dunque, a dare corpo ad un uso socialmente utile della terra; in secondo luogo doveva evidenziare i rigorosi confini che le teorizzazioni, per quanto fossero illuminate, erano destinate ad incontrare, anche in termini di disillusioni, nel confronto con la tenace resistenza manifestata dalla proprietà terriera (111).

---

(109) BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici,* cit. 647.

(110) Così ancora BASSANELLI, *op. ult. cit.*, 618.

(111) Il tema è troppo ampio per tentare una sintesi. È sufficiente limitarsi a considerare che nella riflessione degli anni trenta la questione dei miglioramenti era assunta a paradigma della funzionalizzazione della proprietà in chiave produttiva. Al riguardo, vale la pena qui rammentare da un lato le aspettative — destinate al fallimento — di cui si faceva ingenuo interprete Nicola STOLFI nel suo *Intervento* in *Atti del primo convegno di studi corporativi e sindacali* cit., vol. II, circa l'approvazione nel 1930 di un disegno di legge sui *contratti di affittanza e sulle migliorie dei fondi rustici* (su tale progetto si v. anche SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 407), dall'altro il rilievo che la problematica dei miglioramenti assumeva nella riflessione di Betti circa la funzione sociale della proprietà. Si v. BETTI, *Il quarto libro del codice civile italiano*, cit. 559, il quale rimarcava la necessità che l'interesse superiore della produzione dovesse prevalere sulla « concezione gelosamente conservatrice dell'indipendenza della proprietà fondiaria ». In effetti, al di là di alcune innegabili acquisizioni di principio in linea con le indicazioni puntuali fornite dalla dottrina (si v. in particolare quelle delineata da G. B. FUNAIOLI, *I miglioramenti fondiari nella riforma del codice civile*, in *Atti del secondo Convegno nazionale di diritto agrario Italiano* cit. e ID., *I miglioramenti fondiari e la funzione sociale della proprietà* in *La concezione fascista della proprietà privata* cit.) la sistemazione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà, nella letteratura agraristica degli anni trenta, il tema dei contratti agrari non si limitò semplicemente a fornire contributi di sicuro interesse e spessore, destinati a costituire il momento di inveramento delle riflessioni relative alla azienda agricola nonché a porre le basi del rapporto tra « contratto ed impresa » chiamato a dominare il campo della ricerca nei decenni successivi. A ben vedere, proprio nello stesso momento in cui con analisi pregevoli si andavano individuando le caratteristiche tipologiche dei singoli contratti agrari, il tema dei contratti doveva rappresentare il terreno di coltura e di sviluppo di un singolare nuovo concettualismo, primo preoccupante sintomo di un sopravanzante formalismo giuridico, destinato a segnare il futuro anche della ricerca agraristica. Il riferimento, in particolare, è all'elaborazione di una nozione categoriale del contratto agrario, al singolare, in grado di fornire una chiave di lettura, in termini di sistema, alle specifiche e concrete figure che faticosamente la stessa dottrina stava ricostruendo e diversificando.

Una riflessione in questa direzione voleva certamente costituire anche una via da percorrere al fine di dare consistenza all'« autonomia scientifica » delle disciplina, ossia a quell'idea-forza che, avanzata dai primi anni della Rivista da Bolla e dai suoi segaci, verrà per lungo tempo coltivata dalla letteratura agraristica, al prezzo, mette conto rimarcarlo, sia di un progressivo distacco dalla realtà, sia di un dogmatismo decisamente debole (112). In effetti, è in questa linea, assai discutibile sul piano teorico, che si colloca l'apertura della questione relativa alla configurazione stessa di una nozione generale di « contrario agrario ». Essa prende l'avvio nel 1938 attraverso due

---

codice civile del 1942 doveva rivelarsi sin troppo compromissoria soprattutto in ordine alla questione fondamentale costituita dai rimborsi: per un primo giudizio critico a caldo sulle scelte del codice del 1942, si v. G. B. FUNAIOLI, *I miglioramenti fondiari nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. agr.*, 1941, I, 226

(112) La questione dell'« autonomia scientifica » del diritto agrario, giustamente e conclusivamente considerata da GROSSI, *Relazione di sintesi*, Atti del convegno di studi Pisa 7-8 giungo 1985, in *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno*, Milano 1986, 429, un « atto di debolezza culturale », destinata a scadere « sul terreno poco rigoroso delle approssimazioni e delle disinvolture teoretiche », costituisce il momento meno significativo dell'intera avventura della riflessione agraristica italiana e, però, nel suo ripresentarsi più volte nel corso dei decenni, la spia sia di una fragilità metodologica sempre in agguato sia di un errato senso di inferiorità da cui solo oggi i cultori della disciplina appaiono essersi definitivamente affrancati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interventi singolarmente convergenti avanzati rispettivanente da Bolla nella voce « contratto agrario » allestita per il Nuovo Digesto Italiano (113) e da De Feo in una ampia monografia da titolo *Per una teoria del contratto agrario* (114).

Nell'impostazione seguita da Bolla, la configurazione di questo *genus* cui imputare le norme comuni a tutti i contrari agrari, a loro volta riconducibili a tre tipi fondamentali (enfiteusi, locazione, contratto parziario) come tali destinatari di norme peculiari, trarrebbe una sua prima identificazione nel fatto che esso avrebbe « sempre per contenuto la coltivazione del fondo ». Nella prospettiva favorevole alla concezione oggettiva della causa e sia pure utilizzando formule verbali decisamente inappaganti, due erano secondo Bolla i dati fondamentali da prendere in considerazione: in primo luogo gli scopi economico-sociali perseguiti dalle parti (da identificare nella coltivazione del fondo); in secondo luogo « il duplice fatto, l'uno proprio dei contratti aleatori che cioè entrambe le parti contraenti hanno un fine comune da perseguire (i prodotti e la conservazione del fondo alla sua destinazione produttiva); l'altro che il contratto è concluso *intuitu personae* ». Su queste premesse, nel prevedere maturo il tempo perché anche nel territorio del diritto agrario si potesse procedere « ad una revisione dei principi ed a quella ricostruzione unitaria del contratto agrario da tanti auspicata », Bolla, sintetizzando la propria analisi del tema, poteva concludere nel senso che « il contratto agrario, nella sua struttura essenziale, ci si presenta come un negozio tipico costituito tra il proprietario di un fondo destinato alla produzione agraria e quegli che assume di condurlo al fine di raccoglierne i frutti, in conformità del patto e della consuetudine ». A chiarimento di questa affermazione si preoccupava di ribadire che « data la natura dell'oggetto e la continuità del suo esercizio, le economie dei contraenti non sono mai interamente separate: ma tendono ad influenzarsi reciproca-

(113) Il saggio di Bolla si legge in *Nuovo digesto italiano*, Torino 1938, vol. III, 73 ss.

(114) Il volume, citato nel testo, che inaugurava la collana a cura dell'Osservatorio italiano di diritto agrario, venne edito nel settembre del 1938. L'autore conosceva e citava nell'ultimo capitolo la voce elaborata da Bolla.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente in qualche grado e talvolta a fondersi. Da ciò il triplice carattere *associativo, fiduciale* e *reale* del negozio ».

A conclusioni non dissimili giungeva a sua volta De Feo, prospettando anch'egli una nozione generale di contratto agrario capace di abbracciare sia quello di scambio rappresentato dall'affitto sia quelli c.d. associativi. Anche per questo autore i contratti agrari costituiscono « una categoria autonoma » riconducibile ad uno schema generale. In particolare, « il contratto agrario è negozio causale » la cui causa è costituita « dal complesso del requisito della coltivazione (che determina il genere) e del requisito particolare al contratto (che determina la specie): la causa complessa e unica per tutti i contratti agrari, che si differenziano fra loro solo per il modo nel quale si attua la coltivazione stessa e per la struttura particolare del contratto prescelto » (115).

Analogamente a quanto emerso a proposito dell'impostazione metodologica suggerita da Moschella, anche in questa vicenda il rilievo da assegnare alla struttura produttiva e dunque alle esigenze « oggettive » di cui questa è portatrice oltrepassa decisamente il segno sul piano del corretto impiego degli strumenti concettuali a disposizione del giurista. La necessità che la « proprietà » debba soffrire limitazioni a vantaggio della « impresa » e, però, al tempo stesso, l'ambigua configurazione circa una linea di continuità, questa volta tra proprietà ed impresa, conducono alla discutibile soluzione di collocare all'interno delle relazioni contrattuali tra concedenti e concessionari, più precisamente in termini di elemento causale del negozio, quello che viceversa è soltanto un dato descrittivo ed esteriore. A dispetto dei contrapposti interessi di cui sono protagonisti concedente e concessionario, sia nei contratti di scambio sia in quelli associativi, l'identificazione della coltivazione, quale causa del contratto agrario [tale per cui si potrà poi sostenere che una vera e propria comunione di scopo contraddistinguerebbe tutti i contratti agrari, ivi compresi quelli di scambio], se da un lato segnava, per quanto inconsapevolmente, la totale funzionalizzazione degli stessi soggetti privati ai bisogni dell'organismo produttivo, dall'altro evidenziava i primi guasti di una concettualizzazione per giunta assai discutibile nei suoi presupposti teorici. Non può meravigliare, allora,

(115) Così DE FEO, *Per una teoria del contratto agrario*, Roma 1938, 334, 310.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Domenico Barbero (116), nel criticare « a caldo » l'impostazione fatta propria da De Feo, dovesse non solo individuare nella pretesa identificazione della coltivazione del fondo quale causa del contratto la presenza di una vera e propria « lacuna sulla teoria generale del concetto di "causa del contratto" », ma battere in breccia l'identificazione della coltivazione del fondo quale causa comune a tutti i contratti agrari. Nel rammentare che sono gli effetti a rivelare la natura della causa del negozio, l'acuto civilista poteva, sinteticamente quanto efficacemente, concludere che il tipo locativo pone in presenza di una concessione dell'*uti frui* in contraccambio di una prestazione che fa da corrispettivo, comunque possa essere determinata; il tipo associativo pone in presenza non già di una « concessione — della cosa o dell'opera — contro corrispettivo » ma di un « conferimento — d'una cosa o di opere — a scopo di guadagno». Onde il guadagno stesso è qui dipendente da « una *divisione* del reddito », là deriva dalla « cessione o di una somma di denaro o di una parte del reddito » (117).

7. In una visione retrospettiva dei decenni che hanno preceduto la codificazione del 1942 è difficile, se non a prezzo di inutili e snervanti distinguo, negare il contributo che la cultura agraristica ha

(116) BARBERO, *Recensione* a De Feo, *La natura giuridica della compartecipazione in agricoltura,* in *Arch. giur*., 1939, vol. II. 206.

(117) In questi termini, BARBERO, *op. cit.*, 207, che in tal modo segnalò con molta tempestività una riserva nei confronti della categoria generale del contratto agrario che sarebbe stata fatta propria dalla dottrina agraristica più accorta. In effetti, a dispetto del titolo al singolare dato alla sua relazione *Struttura e funzione del contratto agrario*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, 782ss, sul quale doveva esprimere talune riserve lo stesso Pugliatti nell'aprire il dibattito sul punto (si v. PUGLIATTI, *Intervento*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, 707), la riflessione che Bassanelli avanzò nel 1952 si collocava su di un piano nettamente diverso e distante dall'orientamento autorevolmente inaugurato da Bolla: orientamento quest'ultimo che, nonostante le diverse puntualizzazioni dell'agrarista bolognese, dovevano per decenni rappresentare un punto fermo nella ricerca agraristica. Infatti, nel pensiero di Bassanelli, il richiamo al contratto agrario al singolare, lungi dal rinviare ad una categoria costruita su un unitario profilo strutturale e funzionale della figura negoziale si esauriva più semplicemente nel cogliere il legame tra contratto ed impresa: legame, peraltro, non intrinseco, come si cercherà invano ed erroneamente di sostenere nel corso dei decenni successivi, ma solo estrinseco. In realtà, nella riflessione di Bassanelli il riferimento al singolare assumeva in quella occasione una connotazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fornito, nel partecipare ad una impresa che finiva con l'abbracciare, al di là delle specifiche personalità coinvolte nei lavori preparatori, l'intera civilistica e l'intera commercialistica. La configurazione dinamica della stessa proprietà fondiaria rinvenibile nel libro III del codice civile, nel quadro di una disciplina che registrava la fisiologica presenza di un complesso di vincoli e di obblighi (con specifico riferimento alla bonifica, alla ricomposizione fondiaria, ai consorzi obbligatori, ivi compresi i provvedimenti riguardanti la circolazione finale dei prodotti agricoli sotto forma di ammassi obbligatori ([118])), se da un lato rispondeva adeguatamente in termini di modernizzazione a quella indiscussa e per certi versi irreversibile opzione interventistica dello Stato nell'economia che segnerà buona parte della storia dell'intero secolo, dall'altro, sul piano tecnico, rifletteva un affinamento dello strumentario alla cui elaborazione aveva partecipato anche la cultura agraristica. Non diverso, d'altro canto, è il giudizio che può farsi a proposito del libro IV. Nel quadro di una normativa sicuramente innovativa, quanto a conformare la stessa disciplina generale del contratto ad un modello che vedeva lo Stato, non più e solo nella veste di semplice legislatore chiamato a fissare le regole del gioco, la netta distinzione dell'affitto dalla locazione ben andava a saldarsi, a prescindere dalle inadeguate scelte accolte in materia di miglioramenti ([119]), con la recuperata soddisfacente distinzione tipologica dei contratti agrari associativi ospitati dal libro V. Entrambi questi dati riflettevano il contributo che anche gli agraristi avevano fornito nell'elaborazione di schemi contrattuali sicuramente più attenti a percepire la realtà economica nonché, all'interno di quest'ultima, il *proprium* dell'agricoltura.

Decisamente più difficile è, però, fare un analogo bilancio in relazione alla complessiva orditura del nuovo libro V, in cui soprattutto si sarebbe consumata la riunificazione tra codice civile e codice

---

essenzialmente politica, al fine di difendere l'autonomia privata in generale in materia di contratti agrari dalle ingerenze del legislatore: sul punto si v. *infra* il par. 8.

([118]) Si trattava, a ben vedere, dell'unico significativo istituto che interessava la circolazione dei prodotti agricoli: tra i numerosi contributi si v. FRASSOLDATI, *Gli ammassi obbligatori*, Roma 1941 e FERRARA jr, *Gli ammassi obbligatori di prodotti agricoli,* in *Studi in memoria di Bernardino Scorza*, Roma 1940.

([119]) Limiti denunciati a caldo immediatamente da FUNAIOLI, *I miglioramenti fondiari nel nuovo codice civile,* in *Riv. dir. agr.*, 1941, I, 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di commercio, ed in cui, a dispetto del progetto del codice di commercio del 1940 e della stessa stesura preliminare del libro V del codice civile, la figura dell'impresa avrebbe fornito il nuovo comune orizzonte per la lettura ed il governo di tutti i settori dell'economia, ivi compreso quello agricolo, con la sola eccezione delle professioni liberali (120). È indubbio, peraltro, che la formula transitata nel comma 2° del nuovo arti 2135 c.c., nell'affidare al criterio della normalità la soluzione del problema relativo all'inquadramento nell'impresa agricola delle attività connesse di trasformazione o di alienazione dei prodotti agricoli, accoglieva nella sostanza la soluzione prospettata da Arcangeli un decennio prima in occasione della discussione emersa in sede di lavori di revisione del codice di commercio (121): soluzione questa che permetteva agli operatori agricoli di andare oltre la soglia della semplice produzione, sì da procedere alla diretta commercializzazione dei loro prodotti, con o senza preventiva loro trasformazione, con il sicuro privilegio di sfuggire allo statuto dettato per l'imprenditore commerciale. D'altro canto, sempre ai tenaci sforzi della letteratura agraristica volti a preservare alcuni aspetti consuetudinari dell'agricoltura si deve legare la norma relativa alle comunioni tacite familiari, contenuta nel capo II destinato all'impresa agricola.

In realtà, a prescindere dall'amplissimo dibattito che di lì a poco sarebbe emerso a proposito dell'« impresa » (122), dalle differenti

(120) La vicenda della unificazione dei codici (su cui v. per tutti l'ampia ricerca di TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano 1990, nonché gli altri utili riferimenti presenti in PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia (1862-1942)*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992, 238 ss.) presenta ancora lati oscuri che meriterebbero un ulteriore approfondimento, con specifico riferimento alla definitiva stesura della disciplina dettata per l'imprenditore in generale.

(121) Il criterio della normalità era stato formulato da ARCANGELI, *Agricoltura e materia di commercio*, in *Studi in onore di C. Vivante*, Roma, 1931, II, 823ss, in contrapposizione ad un indirizzo caldeggiato da Rocco tendente ad applicare integralmente il codice di commercio all'agricoltura industrializzata; a sua volta, alla tesi della normalità, ritenuta sfuggente e come tale poco affidabile, era stata contrapposta da Maroi, *Le attività collaterali della produzione agraria e il criterio dell'accessorietà*, in *Scritti in memoria di Arcangeli*, cit. vol. II, 695 ss. quella fondata sull'accessorietà/autonomia.

(122) Per una ricognizione « a caldo » della pluralità dei significati che la espressione impresa presentava agli occhi della dottrina subito dopo l'adozione del codice v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

letture cui la stessa si prestava, nonché dalle discussioni tra soggettivisti ed oggettivisti, il passaggio dell'*impresa,* per quanto non ignota al codice di commercio del 1882, dall'officina del giurista a generalizzato strumento « omologato » dallo stesso legislatore in sede di codificazione non avrebbe sortito nella riflessione agraristica, e per lungo tempo, gli effetti attesi in vista di una adeguata ricostruzione del sistema sulla scorta della nuova codificazione.

L'introduzione dello strumento concettuale per definizione destinato all'« attività economica organizzata » non avrebbe sciolto per lungo tempo, come del resto avrebbe rimarcato nel 1960 Auricchio, le ambiguità di cui erano stati caricati gli istituti tradizionali (si pensi in particolare alla proprietà ed agli istituti previsti nel libro III del codice) chiamati a prendersi cura di quei profili dinamici dell'attività economica originariamente estranei al loro codice genetico. In questo senso, decisamente prematura doveva apparire l'affermazione di Maroi secondo il quale sulla figura dell'imprenditore-agricoltore si sarebbe incardinato « il nuovo sistema del diritto agrario inteso come *diritto dell'impresa agraria* » (123).

Infatti, se da una parte la relazione al codice suggeriva una prima lettura sistematica nel senso che l'agricoltura avrebbe trovato « per la prima volta nel codice civile una disciplina organica sotto l'aspetto dinamico, a integrazione delle norme contenute nel libro della proprietà, che il fenomeno agrario considerano e regolano sotto l'aspetto statico », tanto la scarsità di contenuto dello statuto dettato per l'imprenditore agricolo rispetto a quello proprio dell'imprenditore commerciale, quanto l'effettiva profonda debolezza strutturale dell'agricoltura italiana avrebbero lasciato irrisolta, per larga parte degli anni cinquanta e sessanta, quell'originaria ambiguità legislativa, storicamente legata alle effettive vicende dell'unificazione dei codici, circa il rapporto tra libro III e libro V del codice e, dunque, avrebbero alimentato nella riflessione giuridica letture nettamente diversificate in ordine alla disciplina contenuta nel nuovo codice.

---

per tutti SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. comm.* 1942, I, 316 ss.

(123) Così MAROI, *L'agricoltura nel Libro del lavoro del nuovo Codice Civile*, in *Riv. dir. agr.* 1942, I, 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Molteplici e vincenti furono le resistenze ad accogliere in dottrina la posizione radicale di G. Ferri il quale, anche al fine di evitare la progressiva « formalizzazione » di una nozione di impresa che diluisse i connotati originari della tradizionale impresa commerciale, si spinse con coerenza sino a negare la stessa rispondenza della impresa agricola prevista nel codice alla nozione di impresa in senso tecnico da riservare solo alle imprese commerciali: posizione, quella del Ferri che, per quanto compiutamente formulata nel 1954, rifletteva un disagio avvertito da più parti all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice civile (124). D'altra parte, però, il richiamo all'impresa agricola doveva rivelarsi in molti casi soltanto nominale, soprattutto in riferimento a quelle situazioni, oltremodo assai diffuse per molti anni del secondo dopoguerra, in cui la carenza di mezzi, di capitale circolante, avrebbe finito con il premiare, in termini di applicazione delle regole codificate nel libro III del codice, proprio la mancanza di una netta distinzione tra la disciplina della proprietà della terra e quella dell'attività economica in forma di impresa, tra fondo rustico ed azienda. In questo senso, non può negarsi che proprio questa sostanziale ambiguità incorporata dal codice civile ha contribuito ad assicurare alla disciplina ivi prevista una lunga durata, in quanto proprio quell'ambiguità ha in definitiva assegnato alla normativa la flessibilità sufficiente per governare, senza gravi traumi, il passaggio da una società ancora prevalentemente agricola, quale era quella che usciva dalle rovine della seconda guerra mondiale, alla

(124) La relazione di FERRI, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?* si legge in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit. 394 ss. A ben vedere la relazione di Ferri portava alla conseguenze estreme una impostazione che serpeggiava e non senza fondamento nella letteratura giuridica. In effetti, già all'indomani dell'approvazione del codice erano emerse subito notevoli perplessità in ordine tanto al coniugare il concetto di impresa con tutte le manifestazioni dell'attività agricola quanto al conciliare le nozioni di impresa e di azienda proprie delle attività commerciali con l'attività agricola. In particolare, secondo VALERI, *Impresa, azienda fondo nel nuovo dir. agrario it*, in *Riv. dir. agr.*, 1943, I, 154 esercitare il diritto di proprietà sul fondo attrezzato, secondo la sua destinazione normale, equivale praticamente ad esercitare l'impresa agricola. A sua volta, SANTI ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1944-47, I, 27, si era spinto su questa strada a sollevare « una serie di dubbi, che sembrano almeno in parte fondati, sull'inopportunità dell'attuale collocazione di tutta questa materia in un libro del codice, dove essa si trova posta in una luce falsa, ora in una luce che la lascia in penombra ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società sempre più industrializzata che si è venuta affermando dagli anni sessanta in poi, con il crescente irrobustirsi di una « agricoltura commerciale »: del resto, nella sua longevità e nella sua capacità di adattamento, esemplare può dirsi l'ordinamento del credito agrario del 1928 rimasto in servizio sino a pochi anni dalla fine del secolo, vale a dire proprio quell'ordinamento che nel suo nascere portava in sé i germi del mutamento della agricoltura tradizionale.

Per altro verso, nella realtà agricola italiana degli anni immediatamente successivi alla codificazione, la contrapposizione sociale tra proprietà ed impresa era ancora decisamente prematura. Viceversa, assai vivo e foriero di forti tensioni doveva immediatamente rivelarsi in quegli stessi anni quaranta il conflitto sociale tra proprietà e lavoro nella campagne: quello stesso conflitto che alcuni decenni prima aveva portato alla svolta autoritaria del regime fascista. Non è un caso che in quegli anni autorevole dottrina leggesse la nozione di impresa introdotta nel codice anche, se non addirittura in misura esclusiva, in chiave di « organismo », di « istituzione » (125), a conferma della centralità che i problemi relativi ai rapporti tra capitale e lavoro avevano nei processi economici: centralità che, proprio la stessa collocazione dei soli contratti agrari associativi nell'ambito del capo del libro V dedicato alla impresa agricola, sembrava, a sua volta, confortare e legittimare, in aderenza, d'altro canto, all'ideologia della cooperazione e della collaborazione tra le opposte classi posta dal regime fascista al cuore dell'ordinamento corporativo.

8. In effetti, la società italiana che usciva dalla guerra aveva ancora di fronte a sé tutti i problemi della trasformazione industriale di una società per molti versi arretrata ed ancora fondata sull'agricoltura. Si trattava dunque di quegli stessi problemi che il regime fascista aveva cercato di fronteggiare, ingabbiando però la società civile e gli inevitabili conflitti sociali, presenti in epoche di profondi mutamenti, entro le maglie di un sistema autoritario che aveva mortificato il pluralismo politico, penalizzato le classi meno abbienti

(125) In questi termini, SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del codice civile*, cit., 343, la cui riflessione è ancora di estremo rilievo per comprendere la genesi della codificazione; sul punto v. anche ASQUINI, *Profli dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 17 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e sostanzialmente privilegiato, anche attraverso una politica economica protezionistica, la proprietà fondiaria e i c.d. « padroni del vapore ». La « questione agraria » da affrontare continuava ancora a ruotare intorno alla proprietà della terra: a fronte di un enorme massa di braccianti e di diseredati, proprietà assenteista e persistenza del latifondo si riproponevano, in maniera anche drammatica, come i fenomeni di gran lunga più importanti da prendere in considerazione.

Nel fissare i nuovi principi generali dell'ordinamento repubblicano, la carta costituzionale, lungi dall'abbandonare il modello dello stato interventista nell'economia che aveva caratterizzato il regime corporativo e che aveva significativamente inciso tanto nella struttura quanto in molteplici disposizioni del codice civile, non solo confermava tale scelta di fondo, ma si spingeva oltre, assegnando alla repubblica il compito di colmare il gap tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale. A differenza, però, del passato regime, la crescita della ricchezza economica del paese attraverso l'iniziativa privata e la promozione dello sviluppo economico veniva a collocarsi nel quadro di una piena tutela delle libertà individuali, di un recuperato pluralismo politico e sindacale e di un' articolata mappa di valori supremi che assegnavano il primato ai diritti fondamentali della persona. Non deve sorprendere, allora, nè che alcune pregnanti espressioni verbali presenti nella produzione politico-programmatica del fascismo siano transitate nella carta costituzionale (si pensi, a titolo esemplificativo a quella della « iniziativa economica privata » derivata dalla carta del lavoro), né che la stessa formula relativa alla « funzione sociale della proprietà », che la letteratura giuridica privatistica aveva tenacemente osteggiato e fatto escludere dalla codificazione civile, sia stata viceversa accolta dalla nuova legge fondamentale della Repubblica. Ed invero, nel quadro dei rapporti economici di cui al titolo III della nuova costituzione, era la proprietà, prima ancora che la stessa impresa, a rappresentare il nodo più difficile da sciogliere sulla strada del passaggio da una società prevalentemente agricola ad una società industriale; era sui rapporti sociali che toccavano il settore primario dell'economia che si sarebbe dovuto necessariamente intervenire sia per modernizzare l'agricoltura, sia per « governare » la transizione epocale di una significativa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

percentuale di braccianti e di piccoli agricoltori verso settori produttivi diversi da quello agricolo.

In questa prospettiva, la formula ed il testo dell'art. 44 della Cost., ossia della norma appositamente destinata alla « proprietà terriera », finivano con il riprendere quella medesima irrisolta ambiguità presente nella codificazione civile circa il rapporto tra proprietà ed impresa, tra fondo e azienda. Ambiguità che, se da alcuni veniva percepita come un limite della disposizione (126), da altri veniva, viceversa, assunta come rispondente ad un dato concettualmente appagante, proprio nel segno di quella continuità tra proprietario-produttore-imprenditore presente nell'impianto originario del codice civile e nelle relazioni tra libro III e libro V. Così Esposito nel commentare il nuovo art.44 sostenne che « ogni fondo, come tale, è sempre una azienda secondo la nostra costituzione, un bene economico da coltivare o da far coltivare » e « perciò, rispetto alla terra, ai fondi, ogni proprietario deve sotto il profilo pubblicistico considerarsi 'imprenditore', responsabile della coltivazione, anche se la 'impresa' in concreto sia affidata, concessa, appaltata ad altro 'giuridico' imprenditore » (127). A ben vedere, l'art.44 si spingeva oltre, riservando a quella ambiguità una non prevedibile longevità. Invero, *riforma fondiaria* e *riforma agraria* apparivano come due facce di una medesima medaglia: la razionalizzazione delle strutture produttive di base, la contrazione del latifondo dovevano rispondere non solo ad istanze di razionalizzazione dell'apparato produttivo, ma soddisfare anche istanze fortemente avvertite di redistribuzione della ricchezza e del conseguimento di equi rapporti sociali (128). Il principio economico del *razionale sfruttamento del suolo* non era

(126) Agli occhi di CARRESI, *Proprietà fondiaria e impresa agraria nella nuova costituzione italiana*, in *Riv. dir. agr.*, 1948, I, 30, la disposizione di cui all'art. 44 appariva « nel complesso frammentaria e disorganica » avendo « nociuto alla chiarezza del testo legislativo sofferto una certa confusione fra le nozioni di proprietà e di impresa, così come il non avere tenuto distinte la riforma agraria da quella fondiaria ».

(127) Così ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *Riv. dir. agr.*, 1949, I, 170 testo e nt. 3.

(128) In un futuro, non certo immaginabile in quegli anni, il « razionale sfruttamento » si sarebbe caricato di un significato radicalmente diverso nel segno della conservazione della risorsa terra da un incontrollato e deleterio utilizzo, a favore, viceversa, di una c.d. agricoltura sostenibile, ecocompatibile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disgiungibile dal principio sociale dell'*equità nei rapporti sociali*: la coincidenza tra *proprietà* ed *impresa* lungi dall'essere un semplice dato concettuale si traduceva in un programma da attuare (129). Di fronte ai problemi sociali ed economici che la società italiana doveva affrontare negli anni quaranta, non mancò che un'autorevole voce della cultura civilistica ed agraristica giudicasse addirittura « debole » l'impostazione costituzionale in ordine all'accesso alla terra e al fondamento per il suo acquisto. Secondo Maroi (130), « più deplorevole è che un tale principio del lavoro, come titolo giustificativo della proprietà agricola, sia stato del tutto trascurato nella elaborazione della nostre recente Costituzione, mentre sarebbe stato il solo che avrebbe dovuto essere posto a base di una riforma agraria democraticamente innovatrice. Solo un regime contrattualmente informato a tale principio potrebbe soddisfare nello stesso tempo esigenze di una stabile e razionale economia agricola, nonché quelle di una redistribuzione delle terre a favore di chi le coltiva ».

In effetti, a ridosso dell'entrata in vigore della costituzione repubblicana, la dottrina agraristica, in particolare ancora una volta Bolla, percepì immediatamente le potenzialità che la nuova stagione costituzionale sembrava dischiudere, in termini sia di approfondimento, in chiave di teoria e di politica del diritto, del tema della proprietà e dell'impresa in agricoltura, sia di un nuovo spazio per la società civile, per l'autonomia privata individuale e collettiva, in cui collocare un auspicabile recupero del diritto consuetudinario, grazie anche alle presunte competenze di diritto privato (e dunque anche di diritto agrario) da parte delle Regioni ordinarie. In questo senso, il dibattito che la *Rivista di diritto agrario* ebbe ad ospitare tra il 1947 ed il 1948 è oltremodo significativo per cogliere a pieno la percezione circa la sostanziale continuità, in chiave di rimozione della posizione di « neutralità della legge », tra gli istituti della proprietà e dell'impresa, nel passaggio da un Codice civile, i cui principi ispiratori fondamentali dovevano rinvenirsi nella Carta del lavoro,

(129) Si v. B. Rossi, *Il diritto agrario e la nuova costituzione*, in *Riv. dir. agr.*, 1948, I, 145.

(130) Maroi, *Il lavoro come base della riforma dei contratti agrari*, (1949) in *Scritti giuridici*, 1956, vol. II, 347.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad una nuova Carta costituzionale anch'essa fondata sul lavoro e, ovviamente, sovraordinata allo stesso Codice civile.

In realtà, il quadro che si sarebbe delineato nel breve giro di pochi mesi avrebbe smentito e capovolto le aspettative di Bolla circa un rapido quanto incontrastato recupero da parte della società civile di quel processo democratico e diffuso di formazione delle regole considerato come fondamento essenziale del diritto agrario. Paradossalmente, non solo si sarebbe accentuato l'assolutismo giuridico che, sia pure nella versione autoritaria e dirigistica si era fatto strada durante il regime fascista, ma, progressivamente e, per certi versi definitivamente, si sarebbe spento quel dialogo con il legislatore che aveva impegnato direttamente il ceto dei giuristi ed in particolare anche degli agraristi durante il precedente regime. Nel ventennio fascista, infatti, l'inevitabile canalizzazione delle istanze della società civile nelle organizzazioni sindacali e/o corporative di categoria e, al tempo stesso, il processo, aperto per decenni, avente ad oggetto la nuova codificazione civile e commerciale, avevano di fatto assegnato anche ai giusagraristi un ruolo di non poco momento: e questo sia nella veste di puri tecnici, sia nella veste di politici e parlamentari, sia di autorevoli consulenti organicamente legati alle organizzazioni di categoria (131).

All'indomani dell'avvio della Repubblica, al di là della continuità a livello costituzionale, per quanto relativa, sia delle formule codificate, sia soprattutto del principio dell'intervento dello stato nell'economia, la formale ricostituzione dei due distinti circuiti quello della società politica e quello della società civile, entrambi all'insegna del pluralismo dei partiti e delle organizzazioni degli

(131) Manca, a tutt'oggi, almeno sulla base della rapida ricerca da me svolta, una compiuta analisi circa l'incidenza che nel processo di elaborazione del nuovo codice abbiano avuto le indicazioni ed i suggerimenti provenienti dalle categorie interessate in particolare dalla Confederazione fascista degli agricoltori nonché l'effettiva composizione degli uffici studi nei quali erano presenti autorevoli giuristi. Ad ogni buon conto, se si confrontano il progetto preliminare al libro V del codice civile sul lavoro ed il testo finale poi adottato con i rilievi e le indicazioni nonché l'articolato suggerito che si rinvengono in *Studi giuridici*, a cura della Confederazione fascista degli agricoltori, Roma 1942, si possono constatare non solo l'altissimo contenuto tecnico delle soluzioni proposte da tale organizzazione, ma anche il contributo decisivo che le proposte ivi formulate hanno fornito nella stesura finale del codice civile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interessi, non fu in grado di operare soprattutto nell'ambito del settore primario dell'economia. In particolare, il sistema istituzionale che, in termini formali, riassegnava all'autonomia individuale e soprattutto a quella collettiva, grazie anche al ripristinato pluralismo sindacale, il compito di ridefinire equilibri socio-economici nei rapporti tra capitale e lavoro e tra proprietà ed impresa in agricoltura doveva rivelare molto presto di non essere in grado di funzionare. Le forti tensioni sociali esistenti nella campagne nell'immediato dopoguerra, la divaricazione degli interessi tra proprietà fondiaria ed una massa bracciantile esasperata, ed al tempo stesso, la profonda debolezza del ceto contadino, anche per via della sua divisione in termini ideologici — fenomeni già di per sé sufficienti a delineare uno scenario non certo tranquillizzante e poco proficuo ad un dialogo costruttivo tra le parti sociali — dovevano saldarsi con una complessiva situazione politica a sua volta altamente conflittuale. Innanzitutto, a partire dalla proclamazione della Repubblica, forte era diventata la divaricazione tra i partiti politici la quale, a sua volta, rifletteva quella emersa a livello internazionale con l'inizio della c.d. guerra fredda: divaricazione che in Italia era acuita per via della presenza del più forte partito comunista non restio, per ragioni tattiche, ad assecondare spontanei moti di ribellione e di protesta intervenuti nella campagne: significativa in quegli anni la vicenda dell'occupazione delle terre incolte (132). In secondo luogo, quelle divaricazioni, dal forte spessore ideologico, si dovevano ben presto ripercuotere anche al livello della organizzazioni sindacali, ossia proprio di quelle rinnovate organizzazioni della società civile che avrebbero dovuto riattivare, nella contrattazione, il mercato dei contratti, a partire da quelli agrari.

Ebbene, le effettive difficoltà che avrebbe incontrato la società civile nel governare questi processi economici nonché i pericoli connessi al prolungarsi di conflitti all'interno di un tessuto sociale lacerato anche da divisioni ideologiche, passate e di nuovo conio, si

(132) Tra in 1944 ed il 1946, d'altra parte, si collocano i decreti legislativi adottati per regolare e disciplinare le occupazioni delle terre, sì da assicurare in termini formali la possibilità di concessione ai contadini delle terre lasciate incolte: sulla vicenda e sui profili giuridici della stessa si rinvia al nostro, *Proprietà ed impresa agricola nell'utilizzazione delle terre incolte,* in *Riv. dir. agr.*, 1978, I, 533 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scontravano con la necessità e l'urgenza di trovare risposte concrete ai problemi socio-economici esistenti. Di qui, e con specifico riferimento proprio alle questioni riguardanti il settore agricolo, l'inevitabile affermarsi di una rigida e rigorosa totale supplenza della società politica rispetto al ruolo ed ai compiti propri della società civile.

È in questo contesto che si può comprendere correttamente la mutata stagione che si sarebbe aperta per la riflessione agraristica e che doveva segnare la chiusura per lungo tempo di quell'altra, per certi versi irripetibile, che pur tra tante contraddizioni e difficoltà aveva preceduto la codificazione. Nella civilistica e nella commercialistica degli anni cinquanta lo straniamento dalla realtà era il frutto maturo sia del progressivo definitivo distacco del ceto accademico dalla politica sia del formalismo che, entrato definitivamente in circolo dopo l'incubazione denunciata negli anni trenta da Ascarelli, finiva con il sacrificare ed obliterare gli stessi contenuti di « modernità » presenti nella nuova codificazione a favore di sistemazioni fuori del tempo. La lettura astorica del codice, molte volte assunto come occhiale per mettere a fuoco lo stesso testo della costituzione, ben si saldava con l'impostazione crociana secondo la quale il fascismo avrebbe rappresentato una semplice parentesi (133). Erano quelli gli anni in cui Betti poteva rimproverare a Mengoni la sudditanza al metodo « di un'arida analisi formale, astrattamente concettualistica, quale quella proposta dall'indirizzo statalistico e antiteleologico kelseniano » (134). Le spinte in questa direzione erano troppo forti perché ad essere potessero sfuggire anche gli agraristi per i quali, a differenza degli altri privatisti, un'ulteriore più marcata ragione sufficiente era costituita dalla progressiva oggettiva chiusura dell'esperienza giuridica nelle strette maglie della legge.

Alle singolari congiunture della storia nelle quali furono chiamati ad operare gli agraristi in Italia, ben si attaglia la considerazione

(133) Sulla lettura del fascismo da parte di B. Croce, v. l'importante analisi di ZUNINO, *Interpretazione e memoria del fascismo*, Roma-Bari 2000, 111 ss.

(134) L'episodio è ricordato dallo stesso MENGONI, nella *Prefazione*, in *Diritto e valori*, Bologna 1985, 5, il quale specifica che « gli indirizzi antidogmatici, che in Italia si sono diffusi a partire dagli anni Sessanta, hanno svelato l'inadeguatezza, rispetto ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica, delle sintesi valutative cristallizzate nelle strutture concettuali del sistema classico del diritto privato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo cui « demolito il concetto quasi 'mistico' del 'diritto consuetudinario', creato dallo storicismo, ma anche il concetto, parimenti storicistico, di una 'volontà del legislatore': … il giurista deve avere a che fare con la legge, non con il legislatore » (135).

In realtà, l'avvio del processo volto ad affidare alla legislazione e dunque alle forze politiche presenti in Parlamento il compito di guidare le trasformazioni dell'economia agricola, sottraendo la dinamica delle relazioni economiche relative soprattutto ai contratti agrari al mercato ed all'intervento dell'autonomia individuale e collettiva, venne strenuamente combattuto dalla dottrina agraristica e civilistica. Nelle stesse annate della *Rivista di diritto agrario*, a cavallo tra la fine degli anni quaranta e l'inizio degli anni cinquanta, l'ampia e importante riflessione, al contempo pacata e, però, civilmente impegnata, sia sulla incidenza della nuova carta costituzionale in ordine alle questioni riguardanti la proprietà, l'impresa e l'azienda agraria, sia sulla legislazione relativa alla riforma fondiaria, correva parallela e si intrecciava inevitabilmente con una più incisiva polemica innescata dal progetto di legge che il professore e onorevole Segni aveva presentato in materia di contratti agrari. È all'interno di questo dibattito che possono ben individuarsi le radici di alcuni atteggiamenti di fondo destinati a pesare a lungo nella formazione culturale degli agraristi: si pensi, in particolare, tanto alla ricorrente acritica enfatizzazione delle norme contenute nel codice civile, tendenzialmente sottoposte ad una lettura del tutto decontestualizzata ed in chiave rigidamente tecnico-giuridica, quanto a quell'anche inconsapevole atteggiamento di sospetto, se non di chiusura, nei confronti della legislazione speciale (136): atteggiamento, quest'ultimo, che, in termini reciproci, riguarderà lo stesso legislatore, il quale, per ragioni legate al mantenimento o al perseguimento di complessi equilibri politici, a sua volta darà scarsa attenzione ai giuristi ed ai tecnici che non fossero stati organicamente legati alle

(135) REBUFFA, *Nel crepuscolo della democrazia*, Bologna 1991, 153-154.

(136) Non estranea dall'influenza di questa sofferta stagione è la severità, in vero non scevra di pregiudizio, con la quale dopo decenni, Antonio Carrozza, nella sezione destinata alla Didattica della *Rivista di diritto agrario*, coltivò una rubrica, quasi ininterrottamente dal 1975 al 1992, « sulla falsa partenza delle leggi agrarie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formazioni politiche e/o alle organizzazioni sindacali a loro volta legate alle prime.

A fronte del progetto di legge n. 175 del 1948 che, accanto a correzioni del trattamento economico, intendeva assicurare stabilità ai rapporti agrari, previa l'eliminazione del termine finale di durata e l'introduzione di puntuali ipotesi di disdetta da parte del concedente e che prefigurava una trasformazione in diritto dominicale delle posizioni contrattuali del concessionari, molte furono le riserve nei confronti di quella soluzione che sul piano sostanziale pareva essere una « anticipazione della riforma fondiaria » (137). Esse, peraltro, non mancarono di suggerire interpretazioni che da un lato paradossalmente tributavano al codice civile riconoscimenti immeritati, con la difesa, tra l'altro, delle soluzioni ivi consacrate che avevano oltremodo privilegiato gli interessi della proprietà rispetto a quelli dei concessionari, dall'altro dimenticavano la storia recente e le concrete difficoltà del presente, sì da preannunciare scenari apocalittici.

« Crisi dell'individualismo », « crisi del contratto », e « chiusura del ciclo liberale » (138) — che pure avevano segnato la storia drammatica del ventennio fascista e che, per certi versi, inevitabilmente era state lasciate in eredità alla Repubblica — all'improvviso venivano rappresentate come primi preoccupanti segnali delle ripristinate libertà e democrazia. La modernità del codice civile, da individuarsi nel fatto che la struttura interna della disciplina rifletteva l'inadeguatezza dell'individualismo possessivo di stampo liberale classico ed ammetteva come fisiologico un intervento correttivo-integrativo dell'autonomia dei privati da parte dell'ordinamento — modernità che aveva certamente contribuito alla conservazione dello stesso codice dopo la caduta del fascismo, nonostante tante autore-

(137) Così BASSANELLI, *La crisi del contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.* 1948, I, 163 ss., 172.

(138) Sono le espressioni che ricorrono nel saggio di BASSANELLI, *La crisi del contratto agrario* cit. Del resto, con toni non diversi si sviluppava in quello stesso periodo il dibattito tra gli economisti agrari, caratterizzato da una "esplicita contrapposizione hayekiana tra costruttivismo ed evoluzionismo" (così GUIDI, *Gli economisti agrari e lo sviluppo economico dell'Italia repubblicana. I primi quindici anni della "Rivista di Economia Agraria" (1946-60)*, in *Il pensiero economico italiano* 1997/2, 150 ss., in part. 176).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voli voci contrarie (139) — veniva « rimossa » nella coscienza dei giuristi. In una visione ideologicamente distorta del nuovo codice, che doveva costituire l'inconsapevole piattaforma di quella lettura prevalentemente formalistica e concettualistica destinata a perdurare sino agli inizi degli anni sessanta, lo stesso Bassanelli, pur tra i più fini e tecnicamente attrezzati degli agraristi, non si limitava a prendere posizione fortemente severa nei confronti del progetto di legge Segni. Il giurista bolognese spingeva la propria critica sino a distorcere la storia passata: « non senza ragione, i codici del '65 e del '42 dettano una disciplina elastica, mediante amplissimi rinvii alla consuetudine ed ai regolamenti liberamente concordati tra le parti: mentre l'uso adatta lo schema astratto alle esigenze reali della zona, la volontà delle parti lo adegua alle esigenze dell'azienda » (140).

A sua volta, Filippo Vassalli, sempre sulle pagine della Rivista di diritto agrario, prendeva innanzitutto le misure all'art. 44 della Cost. ossia a quella « specie di prontuario o ricettario per la risoluzione del problema agrario » (141). Dopo aver chiarito che sulla base di tale norma il legislatore non può né deve occuparsi di tutte le terre, ma solo « di quelle terre, di quelle zone, di quelle regioni dove esiste un problema agrario », uno dei padri del codice civile si preoccupava di rimarcare che il redattore di norme legislative « ha ben poco da fare, poiché le norme ci sono tutte, già nelle disposizioni del codice civile

(139) Il riferimento è soprattutto a MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.* 1945, 1ss, che pur lodando l'introduzione degli istituti dell'impresa e dell'azienda suggeriva la fine immediata e totale del codice civile del fascismo. Con toni nettamente diversi, a sua volta FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.* 1945, I, 96, legava alla caduta dell'apparato corporativo dello Stato, la necessità di riscrivere il libro V. A favore, viceversa, di revisioni parziali si pronunciava FUNAIOLI, *Il codice del popolo italiano*, *ivi*, 27. Più esplicita, al riguardo, la posizione di BETTI, *A proposito di una revisione del codice civile*, *ivi*, 20ss il quale considerava improponibile un ritorno all'individualismo ottocentesco, dovendosi se mai procedere ad una revisione destinata a valorizzare le esigenze moderne di socialità. Non mutando il proprio pensiero social-conservatore, Betti riteneva infatti che « le esperienze recenti insegnano piuttosto che non l'individuo e la libertà individuale, ma il tutto sociale e l'interesse pubblico debbono ispirare le valutazioni di un legislatore consapevole della gravità dell'ora presente ».

(140) BASSANELLI, *op. cit.*, 164-165.

(141) VASSALLI, *Sul disegno di legge n. 175 del 1948 contenente disposizioni sui contratti di mezzadria,* in *Riv. dir. agr.* 1949, I, 19 ss., in part. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che concernono la proprietà fondiaria (libro IV, Titolo II, Capo II, sezione I-V) e si tratta solo di provvidenze finanziarie ». Anche per Vassalli la ricetta doveva restare, in definitiva, quella rappresentata dal quadro delle norme fissato nel codice civile. L'interventismo dello Stato deve tradursi solo in provvidenze finanziarie « le quali pure sarebbero men che impossibili oggi, se la quiete necessaria alle meditate determinazioni e l'amore che solo ne può animare la realizzazione non fossero turbati e sviati da improvvide minacce di *agitatori* e di *legislatori* » (il corsivo è nostro) (142).

È in questa situazione, in cui « la legislazione agraria presenta... il prevalere di criteri meramente politici su quelli giuridici e sociali, con effetti che si sono ripetutamente lamentati dalla più autorevole dottrina... » (143) che nel 1952, grazie ancora all'intuito ed al lavoro di Bolla, si svolge a Palermo il terzo congresso nazionale di diritto agrario. Congresso, per certi versi memorabile, non solo per l'altissimo contenuto scientifico dei contributi, ma anche per la palpabile consapevolezza di una svolta. In particolare, al di là del dibattito circa il rapporto tra gli artt. 42 e 44 Cost., inevitabilmente intrecciato con le questioni relative alla riforma fondiaria ed occasionato dall'amplissima relazione-studio presentata da Pugliatti sulla proprietà e le proprietà; al di là della relazione di G. Ferri che per via della sua autorevolezza scientifica metteva in discussione l'impresa agricola, ossia l'istituto che gli agraristi avevano assunto come nuovo caposaldo della disciplina, era intorno alla alternativa tra *legge* e *contratto*, tra un modello che affidava la trasformazione del paesaggio agricolo italiano all'intervento del legislatore, e quello che intendeva consegnarlo all'autonomia privata, anche al costo di una conflittualità sociale dagli esiti incerti, che il convegno finì con il segnalare un confronto al tempo stesso culturale e politico. Se da una parte Santoro Passarelli (144) registrava nel progetto di legge un mutamento radicale rispetto alla disciplina dei contratti agrari contenuta nel codice, ma non esitava a collocare quella « rivoluzione contrat-

(142) I passi citati nel testo si leggono in VASSALLI, *op. cit.*, 24.

(143) Così BOLLA, *Per un terzo congresso nazionale di diritto agrario, in Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, VI.

(144) SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., 922-923.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuale » nell'ambito e secondo le linee segnate dalla Costituzione, dall'altra Astuti sdrammatizzava, con la lezione della storia, i toni apocalittici che la riforma fondiaria in atto e quella ancora *in itinere* dei contratti agrari alimentavano. « Tutta la storia della proprietà fondiaria e del suo regime giuridico è inscindibilmente connessa alla storia dei contratti agrari: e le vicende di questa storia ci impediscono di considerare gli attuali contrasti fra concedenti e concessionari, fra proprietari non agricoltori e agricoltori non proprietari, e le conseguenti innovazioni legislative in materia di proprietà e di contratti agrari, come sintomo di una « crisi » della proprietà individuale. Se così la si vuole chiamare, si dovrà pur riconoscere che la proprietà è stata costantemente in crisi e che comunque non ci troviamo di fronte ad una novità senza precedenti nella nostra storia giuridica » (145). Infatti, secondo Astuti, « l'esperienza storica di ogni tempo dimostra che nessun ordinamento è mai riuscito a garantire una intangibilità e stabilità perfetta del diritto di proprietà, e che le formule giuridiche, legali o contrattuali, miranti a stabilire il carattere puramente obbligatorio e temporaneo di certi rapporti di concessione fondiaria, non hanno mai potuto costituire un argine invalicabile di fronte alle pressioni dei beneficiari di queste concessioni... La storia dei contratti agrari è la storia della trasformazione degli effetti giuridici di molti di questi contratti, aventi in origine efficacia puramente obbligatoria, e quindi efficacia reale » (146).

A fronte di queste impostazioni, « la via della salvezza » — era questo il titolo della relazione introduttiva al Convegno svolta da Francesco Carnelutti — non poteva certo rinvenirsi in semplici « limitazioni quantitative della proprietà, esproprii, offerte di terre ai contadini » in quanto trattavasi di « antichi rimedi empirici, dei quali ripetutamente la storia ha dimostrato l'inefficacia » (147). Essa, piuttosto, era da individuarsi nella contrattazione intercategoriale, nel rapporto tra sindacalismo e democrazia. Era questo del resto il terreno sul quale ben si sarebbe potuto, nel segno della continuità

(145) Astuti, *Intervento*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit. 236.

(146) Astuti, *Intervento*, cit., 235.

(147) Carnelutti, *La via della salvezza*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, 25 ss., in part. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il recente passato, mettere in moto il congegno che si era costruito per regolare il rapporto ed il conflitto tra capitale e lavoro. Secondo Carnelutti, « se la democrazia ha bisogno dell'istituto corporativo, l'istituto corporativo ha bisogno della democrazia » (148).

In questa prospettiva, attenta in definitiva a preservare il *proprium* del diritto agrario, si collocò la riflessione di Maroi. Nel rimarcare la natura popolare del diritto agrario, il vecchio giurista ne sottolineava il carattere di « diritto localizzato che risente delle differenze etcniche, storiche, politiche, geografiche, nonché delle particolarità ecologiche, dovute, cioè, alla diversità di clima, di ambiente, di struttura del terreno » (149). Di qui anche il pericolo — denunciato da Bassanelli — « che sta nell'imposizione di un ordinamento completo e generale e che quindi in sé racchiude una certa dose di arbitrio del legislatore; il pericolo d'un distacco dalla realtà... » (150).

All'impostazione carneluttiana favorevole a riattribuire alla società civile mediante la contrattazione collettiva il compito di risolvere il conflitto tra proprietà e lavoro — conflitto che, ovviamente, trascendeva, i confini del diritto agrario — solo Scaduto (151) sentì il bisogno di rispondere apertamente, e respinse la soluzione prospettata da Carnelutti in quanto non realistica e insufficiente. « Il contratto è il modo migliore per risolvere il conflitto; ma il necessario presupposto è una posizione di equilibrio delle forze delle

---

(148) CARNELUTTI, *op. cit.*, 40.

(149) MAROI, *Il diritto agrario e le sue fonti*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., 329 ss., in part. 339-340, il quale ammoniva gli agraristi a liberarsi dal tenace pregiudizio secondo il quale « quod non est in lege, nec in iure ».

(150) BASSANELLI, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit. 782 ss., in part. 793.

(151) SCADUTO, *Intervento*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, 215. A questa osservazione sembra rifarsi SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 924 nt. 26 che, in replica a Serpieri il quale aveva sostenuto il primato da riconoscere alla contrattazione collettiva rispetto alla legge nel perseguimento di rapporti equi tra capitale e lavoro in agricoltura, osservava criticamente che non si spiega « come ciò possa avvenire in un sistema di libera contrattazione collettiva, qual è quello previsto dalla Costituzione, e da quali forze i proprietari terrieri potrebbero essere sollecitati ad accettare spontaneamente, col contratto collettivo, una più equa sistemazione dei rapporti fra capitale e lavoro ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parti... La realtà è però diversa, nel senso che molto difficilmente le parti riescono a mettersi d'accordo tra di loro ». Di qui « la necessità di una terza forza, che deve intervenire per dare un regolamento conforme quanto più possibile all'esigenza di giustizia ».

La riforma dei contratti agrari non passò; in compenso, il congelamento di tutti i rapporti agrari in corso mediante un generalizzato sistema di proroghe destinato a finire solo con una futura legge di riforma dei contratti agrari, segnò in definitiva il primato dell'intervento legislativo sul mercato, sull'autonomia individuale e collettiva, nel guidare il processo di trasformazione dell'agricoltura italiana. L'oggettiva impotenza della società civile, le concrete effettive condizioni storico-sociali affidarono alla società politica il compito di affrontare il conflitto più grave allora presente nelle campagne italiane e che vedeva contrapposti proprietà e lavoro. Dieci anni dopo, si sarebbe avviato il processo legislativo diretto questa volta ad affrontare il conflitto tra proprietà ed impresa in agricoltura, anche qui attraverso tanto una progressiva opera di rigida tipizzazione legale dei contratti agrari, quale alternativa legislativa a quella selezione « naturale » che si riteneva sarebbe avvenuta in difetto del congelamento del mercato, quanto la sostituzione dei canoni liberamente concordati con quelli legali. Se la prima fase aveva operato attraverso il blocco dei rapporti agrari in atto in cui si fronteggiavano proprietà e lavoro, la seconda comporterà la progressiva demolizione, per via di una rigida tipizzazione, di quell'articolazione dei contratti agrari che, anche grazie alla dottrina agraristica, era stata affidata alla codificazione del 1942. Spetterà, poi, alle agevolazioni finanziarie, agli aiuti diretti ed indiretti, ad un sistema fiscale di favore, alla possibilità di trasformare la rendita fondiaria in rendita urbana, il compito di riequilibrare a favore della proprietà i vantaggi assegnati prima al lavoro poi all'impresa.

Alla metà degli anni cinquanta, il laboratorio in cui, sia pure tra tante contraddizioni e difficoltà, gli agraristi avevano potuto operare per oltre due decenni in rapporto con la società civile e quella politica, cessava di operare, per certi versi, definitivamente. Nell'inevitabile chiuso circuito in cui veniva a trovarsi, la cultura agraristica era chiamata ad un lavoro di sistemazione concettuale, per certi versi asfittico e, al tempo stesso, poco premiante. Diveniva difficile poter sempre distinguere, nei temi da affrontare, tra elementi vitali ed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

elementi sorpassati; tra mondo reale e modelli ideali. La fedeltà all'« essere », a quella realtà vivente dell'agricoltura, nel senso tante volte indicato da Bolla, ben poteva traviarsi e tradursi in altro da sé, ossia nella fedeltà a mere rappresentazioni concettuali della stessa. Solo la riflessione comparatistica, non a caso lucidamente coltivata da Bolla in quegli anni, attraverso l'organizzazione di convegni internazionali e l'azione del nuovo Istituto di diritto agrario internazionale e comparato dovevano costituire un antidoto contro l'asfissia della disciplina. La marcia per il ritorno al mercato, attraverso l'Europa, era ancora lontana e, forse, sarebbe arrivata troppo tardi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANDREA PROTO PISANI

IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE DEL 1940 FRA PUBBLICO E PRIVATO: UNA CONTINUITÀ NELLA CULTURA PROCESSUALCIVILISTICA ROTTA CON CINQUANTA ANNI DI RITARDO (*)

1. La componente privatistica e la componente pubblicistica nel processo civile. — 2. Il codice del 1865 e l'irrompere della componente pubblicistica del processo tramite l'opera di Giuseppe Chiovenda. — 3. Il codice del 1940 e la compatta difesa dei processualcivilisti. — 4. La Costituzione del 1948 e i ritardi della dottrina processualcivilistica. — 5. Gli studi di Franco Cipriani pubblicati dal 1991-1992 in poi. — 6. Una valutazione del contributo di Franco Cipriani. — 7. *Segue*.

1. *La componente privatistica e la componente pubblicistica nel processo civile.*

A differenza degli istituti di diritto sostanziale che sono destinati, naturalmente direi, a mutare a seconda della emersione e diversa valutazione degli interessi in conflitto rispetto al godimento dei beni materiali e immateriali, gli istituti di diritto processuale, la disciplina dei processi (civili) volti ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti « nasce, se così si può dire, non solo col sigillo terreno, ma con quello dell'eternità, che gli è impresso dalla sua stessa destinazione ad assicurare la realizzazione della giustizia ».

Nonostante la sostanziale esattezza di questa icastica affermazione di Salvatore Satta (1), la storia del diritto è anche storia dei processi, il discorso sulla riforma è un discorso per così dire perenne nello studio del processo.

Limitando volutamente l'analisi al solo processo civile, è da

(*) Lo scritto è dedicato a Virgilio Andrioli con l'affetto e la gratitudine di sempre.

(1) S. SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile Italiano*, Padova 1941, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notare come questo abbia normalmente come scopo la tutela di diritti disponibili: oggetto del processo sono diritti privati disponibili, laddove lo strumento processo, in quanto esercizio della giurisdizione statuale, ha carattere e natura pubblica. Mentre il diritto oggetto del processo è normalmente soggetto alla autonomia privata, alla libertà del privato in ordine all'esercizio o no del diritto (2), lo strumento processo stante la sua natura pubblica può essere variamente disciplinato dal legislatore a seconda del diverso punto di equilibrio volta a volta individuato tra la componente privatistica e la componente pubblicistica del processo: di qui la storia dei processi succedutisi nel tempo, di qui il sempre attuale problema della riforma del processo.

Di davvero eterno nel processo vi è, direi, solo l'esigenza di terzietà del giudice, esigenza che fonda il principio della domanda (secondo cui il processo deve essere messo in moto su istanza di un soggetto, privato o pubblico in questo momento non rileva, estraneo al giudice) e il suo ammennicolo della estinzione del processo per rinuncia agli atti o per inattività delle parti, nonché il principio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice quanto alla allegazione dei fatti o delle fonti materiali di prova (3).

Il carattere privato disponibile del diritto oggetto del processo civile fonda invece il principio della normale correlazione tra titola-

---

(2) Sulla distinzione diritti disponibili, diritti indisponibili, distinzione che emerge ai fini degli artt. 1966 (transazione), 2733, 3° comma (efficacia di prova legale della confessione), 2738 (ammissibilità del giuramento), 2113 (rinunce e transazioni in materia di lavoro) del codice civile, e 114 (ammissibilità della decisione secondo equità) e 806 (controversie suscettibili di essere oggetto di compromesso) del codice di procedura civile, nonché dell'art. 4 l. 218/1995 (sulla derogabilità della giurisdizione italiana), v. fra i tanti DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Messina 1929, I, p. 205 e II p. 826 ss., F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, I, p. 59 ss., 317 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 3ª ed., Milano 1924, p. 11 ss., 18 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., Torino 1962, I p. 120; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 3ª ed., Napoli 1992, p. 32 s.; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1962, p. 16 ss., 59 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, 2ª ed., Napoli 1975, p. 121 ss.; DE LUCA TAMAIO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli 1976; CESTER, *Rinunzie e transazioni (dir. lav.), voce della Enciclopedia del diritto*, XL, Milano 1989, p. 984 ss.; BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.), voce della Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, p. 899 ss., 910.

(3) V. se vuoi le mie *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli 1999, p. 204 ss. ed *ivi* indicazioni bibliografiche essenziali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rità del diritto sostanziale e titolarità del diritto o potere d'azione, l'eccezionalità delle ipotesi di legittimazione straordinaria dei soggetti privati non titolari del diritto fatto valere, nonché l'eccezionalità del potere di azione e della obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero (4). Ancora il diritto privato disponibile del diritto oggetto del processo è a fondamento di istituti quali la conciliazione giudiziale, il deferimento e riferimento del giuramento decisorio, l'efficacia di prova legale della confessione, della ammissibilità del ricorso all'arbitrato rituale ecc., istituti questi che però potranno essere previsti come non previsti dal singolo ordinamento positivo.

La natura (tendenzialmente eccezionale nell'attuale stato di evoluzione dei rapporti pubblico-privato) indisponibile (o semi indisponibile) del diritto fatto valere nel processo, fonda invece il ricorso ad istituti quali la legittimazione straordinaria, la legittimazione ad agire o ad intervenire obbligatoriamente del pubblico ministero, la non vincolatività per il giudice delle affermazioni anche *contra se* delle parti private, il tendenziale venir meno di tutte le regole di prova legale con la sola eccezione della prova documentale, la tendenziale inammissibilità dell'arbitrato e della conciliazione (5).

Fuori di questi, pochi, dati fermi e direi immutabili, tutta la disciplina del processo civile relativo a diritti disponibili è rimessa a scelte di opportunità, scelte che sono influenzate non solo dal costume, dalle abitudini degli operatori pratici (giudici e avvocati) concretamente chiamati a gestirlo, ma anche e, nell'ottica di questo studio, direi soprattutto dal diverso punto di equilibrio volta a volta individuato tra componente privatistica e componente pubblicistica del processo.

Si può iniziare da questioni (solo) apparentemente teoriche: il diritto o potere di azione ha natura privata o pubblica, ha per contenuto l'aspirazione ad un provvedimento di merito o ad un provvedimento quale che sia, è diretto contro il convenuto o nei

(4) V. se vuoi le mie *Lezioni* cit., p. 207 s., 311 ss.

(5) V., se vuoi le mie *Lezioni* cit., 220 s., 311 ss., 314 s., 434 s., 440, 449, 473, 476 s., 747 ss., nonché l'ancora attuale studio di CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1927, p. 131 ss., ripubblicato in *Opere Giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 145 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confronti del giudice? Scopo del processo, funzione della giurisdizione è l'attuazione del diritto oggettivo e solo indirettamente la tutela dei diritti soggettivi o viceversa? I fatti non indispensabili per la individuazione del diritto fatto valere o che non siano a fondamento di eccezioni rilevabili soltanto su istanza di parte, possono essere allegati al giudizio soltanto dalla parte a cui giovano, soltanto dalle parti, o anche a seguito di risultanze istruttorie (ivi comprese le risultanze della consulenza tecnica), con la conseguenza che il giudice — fermo il divieto di utilizzazione del suo sapere privato — come regola generale può rilevarne d'ufficio l'efficacia costitutiva, impeditiva, modificativa, estintiva? Le parti, se del caso arricchite dai terzi intervenienti e dal pubblico ministero interveniente, hanno o no il monopolio in ordine alla produzione e alla richiesta di assunzione dei mezzi di prova; e, nella seconda ipotesi, in che misura sono attribuiti poteri istruttori anche al giudice? Entro che limiti, al di fuori della prova documentale, sono da prevedere regole di prova legale o è da introdurre l'istituto del giuramento della parte liberamente valutabile dal giudice? Quale disciplina va dettata quanto alla assunzione della prova testimoniale? Quali conseguenze sono da ricollegare al rifiuto della parte o del terzo di ottemperare all'ordine di esibizione o ispezione? È da attribuire o no al giudice il potere di desumere elementi di conoscenza dal contegno processuale delle parti? Quali conseguenze sono da attribuire alla inattività delle parti, se del caso distinguendo a seconda delle fasi e della specie di processo? Quali conseguenze sono da ricollegare alla contumacia del convenuto? Sono da introdurre o no processi differenziati a cognizione piena in considerazione della particolarità di determinate controversie individuate per la materia e non o non solo per il valore? Quale struttura dare al processo o ai processi a cognizione piena: in particolare entro che limiti è opportuno puntare sulla direzione del giudice e sulla collaborazione tra giudice parti e difensori per la determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*; entro che limiti sono da prevedere preclusioni in tema di domande, eccezioni, prove; e, se previste, le violazioni del regime di preclusioni (o dei limiti di ammissibilità o delle regole di assunzione delle singole prove) sono rilevabili d'ufficio o soltanto su eccezione di parte? Il convenuto ha diritto o no alla immediata decisione delle questioni pregiudiziali di rito, astrattamente idonee a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definire il giudizio, che impediscono la trattazione del merito, o la loro decisione con sentenza è subordinata ad una preventiva delibazione con ordinanza da parte del giudice; la stessa disciplina deve essere adottata quanto alla decisione delle questioni pregiudiziali di merito? Sono da introdurre controlli immediati sui giudizi di ammissibilità dei mezzi di prova? Il giudizio di appello va strutturato come *novum iudicium* o come *revisio prioris instantiae*, e quale funzione va attribuita al giudizio della Corte di cassazione? Entro che limiti va prevista la revocazione straordinaria della sentenza passata in giudicato? Quali devono essere i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato e la conseguente disciplina della connessione e della sospensione? Quale deve essere l'ambito del litisconsorzio necessario o della chiamata in causa del terzo su ordine del giudice? Entro che limiti va attuata la *par condicio creditorum* tramite l'intervento nell'espropriazione forzata? Sono da introdurre strumenti per la individuazione dei beni del debitore inadempiente? Quali specie di misure coercitive devono essere introdotte a garanzia della attuazione delle condanne a contenuto inibitorio o all'adempimento di obblighi di fare infungibili, e con quali limiti a tutela della libertà della persona? Per assicurare l'efficacia (evitare sprechi di attività processuale) del sistema processuale complessivamente inteso, entro che limiti vanno introdotti procedimenti di tipo monitorio i quali spostino sul convenuto la scelta del se fare svolgere il processo nelle forme della cognizione piena, o forme di chiusura semplificata del processo in caso di riconoscimento della domanda? Per reprimere abusi del diritto di difesa da parte del convenuto entro che limiti vanno introdotti provvedimenti anticipatori di condanna, o va prevista la condanna con riserva delle eccezioni di lunga indagine? Per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale entro che limiti prevedere procedimenti sommari cautelari o non cautelari tipici, ferma restando la necessità della previsione di una misura cautelare atipica a chiusura del sistema? Entro che limiti va prevista la reclamabilità immediata davanti a un giudice collegiale di provvedimenti sommari (cautelari e non cautelari) aventi efficacia extraprocessuale? Quale regime di strumentalità va previsto per i provvedimenti cautelari? Quale procedimento va utilizzato in materia di giurisdizione volontaria, ed in particolare come va assicurata la tutela dei diritti incisi da provvedimenti di giurisdizione volontaria?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La disciplina delle nullità per vizi formali o extraformali deve prevedere — ove possibile — meccanismi di sanatoria a carattere retroattivo, e questo solo per il giudizio di primo grado o anche in fase di impugnazione? Più in generale le forme e i termini del processo devono essere predeterminati dal legislatore, o in tutto o in parte rimessi alla discrezionalità del giudice; nella prima ipotesi sono da prevedere momenti di discrezionalità quanto alla decisione immediata con sentenza di questioni pregiudiziali di rito astrattamente idonee a definire il giudizio, di questioni pregiudiziali di merito istruite o che non necessitino di istruzione (v. art. 187, 2° e 3° comma); o quanto alla valutazione di superfluità della ulteriore istruzione probatoria in ipotesi di richiesta di assunzione di prove volte a mutare il risultato della prova già acquisita (v. art. 209); o quanto alla modificazione delle domande o delle eccezioni (v. art. 420, 1° comma)?

Il discorso potrebbe continuare, ma l'elencazione svolta mi sembra sia ampiamente sufficiente a mostrare come la soluzione di ciascuno dei problemi indicati dipenda dal diverso punto di equilibrio che si intenda dare alle contrapposte spinte derivanti dalla componente privatistica o dalla componente pubblicistica del processo.

Così ad esempio la prevalenza della componente privatistica, della libertà insita nel diritto soggettivo fatto valere in giudizio, indurrà ad attribuire natura privata al diritto o potere d'azione e ad individuarne il contenuto nella aspirazione ad un provvedimento di merito (quando non addirittura a un provvedimento di merito favorevole all'attore); ad individuare nella tutela dei diritti soggettivi lo scopo immediato del processo o della giurisdizione; ad affermare il monopolio delle parti in ordine ai fatti da allegare e ai mezzi di prova da acquisire al giudizio; ad escludere il giuramento della parte liberamente valutabile dal giudice; ad introdurre regole di prova legale ricollegate in senso lato alla autonomia privata, quali i limiti alla prova per testimoni dei contratti; ad esaltare il potere delle parti nella assunzione della prova testimoniale; a limitare le conseguenze sfavorevoli alla parte o al terzo in caso di inottemperanza all'ordine di esibizione o ispezione del giudice; a limitare al massimo o addirittura ad escludere che il giudice possa desumere elementi di conoscenza dal contegno processuale delle parti; a ridurre al minimo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le conseguenze della inattività delle parti; a considerare come assolutamente neutro il comportamento del convenuto concretatosi nella sua contumacia; a ricollegare la previsione di processi differenziati a cognizione piena unicamente al criterio del valore; a prevedere un processo a cognizione piena nel quale la determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* sia rimessa esclusivamente alle parti senza alcun potere di direzione o di collaborazione del giudice; a spostare il più avanti possibile, a ridosso della decisione, il maturare delle pur ineliminabili preclusioni in tema di domande eccezioni e prove; a ritenere che la violazione delle preclusioni eventualmente residuate, o dei limiti di ammissibilità o delle regole di assunzione delle prove, sia subordinata ad eccezione di parte; ad attribuire al convenuto il diritto alla decisione immediata sulle questioni pregiudiziali di rito impedienti la trattazione del merito, o sulle questioni pregiudiziali di merito; a prevedere controlli immediati sui giudizi di ammissibilità o rilevanza dei mezzi di prova; a strutturare il giudizio di appello come *novum iudicium* e a dare prevalenza allo *ius litigatoris* nel giudizio di cassazione; a limitare i motivi di revocazione straordinaria; a restringere al massimo i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato e conseguentemente a limitare le ipotesi di connessione e di sospensione; a limitare al massimo l'ambito di applicazione del litisconsorzio necessario e ad escludere l'intervento coatto su istanza del giudice; a limitare l'attuazione della *par condicio creditorum* nella espropriazione forzata alle sole ipotesi di creditori muniti di diritti di prelazione sui beni aggrediti; ad introdurre un sistema di misure coercitive caratterizzato da pene pecuniarie da corrispondere al creditore; ad essere neutri in ordine a scelte motivate da esigenze di efficienza; ad escludere l'introduzione di strumenti particolari per reprimere l'abuso del diritto di difesa del convenuto; a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso procedimenti sommari cautelari o non cautelari tipici, ferma l'esigenza di una misura cautelare atipica di chiusura; a prevedere la reclamabilità immediata davanti ad un giudice collegiale dei provvedimenti sommari aventi efficacia extraprocessuale; ad essere neutri in ordine alla specie di strumentalità dei provvedimenti cautelari; a tutelare al massimo i diritti incisi da provvedimenti di giurisdizione volontaria; ad essere neutri e comunque non sensibili in ordine alla disciplina della sanatoria delle nullità per vizi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formali o extraformali; a predeterminare per legge nella misura più ampia possibile le forme e i termini del processo; ad escludere momenti di discrezionalità del giudice che possano limitare il diritto del convenuto ad una decisione immediata con sentenza sulle questioni pregiudiziali di rito, astrattamente idonee a definire il giudizio, impedienti la trattazione del merito e sulle questioni pregiudiziali di merito istruite o che non necessitino di istruzione, ovvero in tema di valutazioni di superfluità della ulteriore istruzione probatoria in ipotesi di richiesta di assunzione di prove volte a mutare il risultato della prova già acquisita, ovvero in tema di modificazione delle domande o delle eccezioni ecc. ecc.

Per rispetto del lettore evito di indicare analiticamente come la soluzione dei singoli problemi è in gran parte opposta a quella ora indicata ove si dia prevalenza alla componente pubblicistica del processo insita nel carattere pubblico della giurisdizione o dello strumento processo.

È opportuno osservare come nessun ordinamento adotta un sistema processuale integralmente ispirato alla prevalenza dell'una o dell'altra delle componenti.

La storia del processo è storia dei diversi punti di equilibrio raggiunti con riferimento ai singoli istituti tra le due componenti in eterno conflitto, due componenti che riflettono gli eterni valori contrapposti libertà-autorità, certezza-giustizia.

2. *Il codice del 1865 e l'irrompere della componente pubblicistica del processo tramite l'opera di Giuseppe Chiovenda.*

Avvicinandomi al tema specifico di questo articolo è da dire che il c.p.c. del 1865 (nella sua versione originaria ma anche a seguito della riforma del procedimento sommario del 1901) era un codice ispirato chiaramente alla prevalenza della componente privatistica rispetto a quella pubblicistica (6). Le parti avevano non solo come è ovvio il monopolio in ordine alla proposizione della domanda (e

(6) Sul c.p.c. del 1865 v. per tutti, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna 1980, p. 107 ss., 151 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, *Riv. dir. civ.* 1966, I, p. 67 ss., ripubblicato in *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli 1997, p. 3 ss., 8 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle eccezioni rilevabili soltanto su istanza di parte) ma anche poteri pressoché esclusivi in ordine alla determinazione dei tempi del processo, in ordine alle prove, in ordine al provocare decisioni immediate con sentenze immediatamente impugnabili su qualsiasi questione pregiudiziale di rito o di merito oltre che in materia di prova; istituti quali la possibilità di desumere elementi di conoscenza dal contegno processuale delle parti erano sconosciuti; il giudice era privo di qualsiasi potere di collaborazione con le parti per la determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, non aveva alcuno dei poteri discrezionali cui si è sopra accennato; al posto del litisconsorzio necessario era previsto il molto più equivoco ed oscuro istituto dell'intervento coatto anche d'ufficio (art. 205) ecc. ecc.

Il grande significato dell'opera di Giuseppe Chiovenda consistette nell'avere, sotto l'influenza della dottrina e della legislazione tedesca della seconda metà del diciannovesimo secolo, tentato di spostare l'asse portante del sistema processuale civile dalla prevalenza della componente privatistica alla prevalenza di quella pubblicistica (7).

Sotto questo aspetto Chiovenda appare davvero come un capo-scuola anni luce distante da Lodovico Mortara. Questi, pur avendo energicamente sottolineato nel primo volume del suo commentario la centralità della giurisdizione statuale, nelle sue proposte di riforma del 1923 (8), pur cercando di attribuire al giudice poteri di direzione del processo, e prevedendo che sulle prove decidesse il giudice delegato con ordinanza irrevocabile impugnabile solo con la sentenza che definisce il giudizio, continuava a prevedere la disciplina di un processo improntato sulla prevalenza del carattere privatistico caratterizzata dalla assenza di preclusioni e dalla assenza di poteri discrezionali attribuiti al giudice in ordine alla immediatezza o no della decisione con sentenza immediatamente impugna-

(7) V. per tutti CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nel ventennio fascista (1941)*, oggi ripubblicati con diverso titolo in *Opere giuridiche*, I, p. 523 ss.; S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1964, ripubblicato in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, p. 100 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi*, Milano 1991.

(8) Pubblicate sulla *Giur. it.* 1923 e 1924 e in volume autonomo nel 1924.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bile delle questioni pregiudiziali di rito o di merito, o in tema di chiusura dell'istruizione per superfluità (9).

Completamente diversa si presenta l'opera di Giuseppe Chiovenda: dalla affermazione del carattere pubblico della azione e della giurisdizione egli desume il principio della massima strumentalità possibile del processo rispetto al diritto sostanziale, principio a sua volta tradotto nelle celebri massime secondo cui il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire, ogni modo d'attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile, e infine secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione. Sulla base di tali principi egli cerca di ricostruire — a seguito di indagini di carattere storico e comparatistico — un sistema che chiamerei dinamico volto ad ampliare la tutela giurisdizionale dei diritti: si pensi soprattutto al tentativo di introdurre in via interpretativa istituti quali la sentenza costitutiva che, in ipotesi di inadempimento del contratto preliminare, produca gli stessi effetti del contratto definitivo non concluso, o l'azione assicurativa generale (10). Considerata dall'angolo visuale della tutela giurisdizionale dei diritti a mio avviso l'opera di Chiovenda conserva ancora pressocché intatta tutta la sua freschezza ed attualità (11).

Molto più delicata è la valutazione delle proposte di riforma di Chiovenda, proposte sfociate come è noto in un progetto molto parziale redatto nel 1919 (12). Fulcro della proposta è l'attuazione di un processo orale concentrato immediato da svolgersi integralmente davanti al collegio, tutto caratterizzato dalla attribuzione al giudice di una « posizione centrale d'organo pubblico interessato a rendere

(9) Sulla figura di Mortara v. gli scritti citati alla precedente nota 7, cui adde S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui*, cit., p. 459 ss.

(10) V. se vuoi il mio *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 16 ss. e in *Studi in onore di Mario Nigro*.

(11) Quasi tutti i miei studi ripubblicati in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, sono in questo senso. V. se vuoi il mio *Attualità di Giuseppe Chiovenda*, *Foro it.* 1995, V, 1 ss.

(12) Ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1931, p. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustizia nel modo migliore e più pronto possibile » (13). Di qui l'attribuzione al giudice di ampi poteri di collaborazione con le parti nella determinazione tendenzialmente definitiva del *thema decidendum* e del *thema probandum*, la previsione di ampi poteri istruttori attribuiti al giudice « per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia » (14), l'introduzione di un pur limitato sistema di preclusioni, la decisione con sentenza, in ipotesi di disaccordo delle parti, delle questioni relative alle prove, la decisione sempre con sentenza delle questioni impedienti la trattazione del merito ma con attribuzione al giudice del potere discrezionale di farle decidere immediatamente o ad istruzione esaurita, la impugnazione necessariamente differita delle sentenze non definitive.

Difficile è valutare complessivamente l'opera di Chiovenda. Se infatti il suo sistema è tutto fondato sul carattere pubblico dell'azione e della giurisdizione, tali premesse servono a Chiovenda soprattutto per allargare al massimo la tutela giurisdizionale dei diritti, la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale e ai suoi bisogni di tutela: i presupposti pubblicistici conducono cioè ad un ampliamento della tutela dei diritti dei privati. Ancora i presupposti chiaramente pubblicistici in tema di azione e giurisdizione non inducono in alcun modo Chiovenda ad ampliare i limiti oggettivi o soggettivi della cosa giudicata, e ciò in considerazione del rispetto della libertà dell'attore o del diritto di difesa dei terzi (15). Diversa è invece la valutazione che si trae dalle sue proposte di riforma: in esse i presupposti pubblicistici dell'azione e della giurisdizione, in uno con l'esigenza di realizzare un processo rapido, inducono Chiovenda ad allargare probabilmente oltre misura i poteri *lato sensu* discrezionali del giudice e a comprimere i poteri delle parti soprattutto sotto il duplice angolo visuale di ottenere immediatamente una sentenza dal collegio, e del potere di reagire immediatamente a sentenze non definitive (16).

---

(13) Così CHIOVENDA nella *Relazione al progetto* cit. alla nota precedente, p. 38.

(14) Così l'art. 29 del progetto.

(15) V. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli 1935, part. nn. 124 e 133.

(16) V. in particolare gli artt. 28 e 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il sistema e il progetto di riforma di Chiovenda esercitarono una grande influenza sulla dottrina formatasi dagli anni venti in poi: se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc. l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca, con la sola voce contraria di Salvatore Satta, voce contraria che sembra però fermarsi — almeno in quegli anni — ai presupposti teorici dell'azione e dello scopo del processo più che all'analisi dei singoli istituti (17).

Il nucleo principale posto da tale impostazione, e cioè l'opposizione libertà della parte-potere del giudice non è sviluppato: soprattutto, nella vigenza di un codice che consentiva il controllo immediato della parte su ogni provvedimento del giudice e che limitava ai minimi termini i poteri discrezionali del giudice, il problema delle garanzie delle parti a fronte dei poteri del giudice non costituì oggetto specifico di analisi. Né a ciò la dottrina fu sollecitata dalle riforme del 1928 e 1934 delle controversie di lavoro, che pure ponevano come regola generale la decisione con ordinanza non appellabile delle questioni relative alle prove, e la non impugnabilità immediata delle sentenze non definitive su questioni di rito o di merito; né dai progetti preliminare e definitivo Solmi che agli artt. 335 e 350 si limitavano a prevedere la possibilità di riserva di impugnazione ma non escludevano l'appellabilità immediata delle sentenze parziali su questioni (18).

L'unico discorso forte sulle garanzie costituite dalla predeterminazione delle forme e dei termini in materia processuale fu quello svolto, sia pure in modo estremamente sintetico, da Calamandrei e Allorio contro le tendenze nazionalsocialiste volte ad aumentare

(17) V. S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 32 ss. ripubblicato in *Soliloqui e colloqui*, p. 177 ss.. Per indicazioni bibliografiche sulla polemica che questo scritto suscitò v. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 247 s.

(18) Per le reazioni al carattere poliziesco di talune disposizioni del progetto preliminare Solmi del 1937, v. Ministero di Grazia e Giustizia, *Osservazioni e proposte sul progetto di c.p.c.*, Roma 1938.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza limiti i poteri discrezionali del giudice nella gestione del processo (19).

3. *Il codice del 1940 e la compatta difesa dei processualcivilisti.*

In questo contesto si giunge alla emanazione del nuovo codice di procedura civile del 1940 (20).

A differenza del c.p.c. del 1865, il nuovo codice è ispirato chiaramente alla prevalenza della componente pubblicistica rispetto a quella privatistica. Le parti conservano il monopolio in ordine alla proposizione della domanda (e delle eccezioni rilevabili soltanto su istanza di parte) ma perdono qualsiasi potere sulla determinazione dei tempi del processo, potere che è trasferito al giudice, e vedono pesantemente sanzionata con la estinzione immediata qualsiasi ipotesi di inattività; i poteri istruttori d'ufficio sono aumentati, ma il principio generale resta quello della disponibilità delle prove; al giudice sono conferiti non solo ampi poteri di collaborazione con le parti nella determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* (è introdotto, tra l'altro, l'istituto dell'interrogatorio libero delle parti, disponibile dal giudice in qualsiasi momento), ma anche il potere discrezionale insindacabile di decidere se, sorta una questione pregiudiziale di rito, astrattamente idonea a deferire il processo, che impedisca la trattazione del merito o una questione pregiudiziale di merito, rimettere subito la causa al collegio per provocare immediatamente una sentenza sulla questione, o invece procedere all'istruzione e fare decidere la questione ad istruzione esaurita; le sentenze che si pronuncino su questioni senza definire il giudizio non sono mai immediatamente impugnabli; tutti i provvedimenti relativi alle prove sono emanati dal giudice istruttore con la forma della ordinanza revocabile e mai immediatamente appellabile

(19) V. CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1938, I, p. 336 ss. ripubblicato in *Opere giuridiche* I, p. 386 ss.; ID., *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 22 ss. ripubblicato in *Opere giuridiche*, I, p. 427 ss., 447 ss.; ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 220 ss., ripubblicato in *Problemi di diritto*, Milano 1957, III, p. 151 ss.

(20) La storia della gestazione del codice del 1940 può oggi leggersi in CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, con ricca pubblicazione di documenti. V. inoltre TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, p. 253 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o reclamabile; al giudice è attribuito il potere di dichiarare chiusa l'istruzione quando « ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, l'ulteriore assunzione », indipendentemente dal se le prove ancora da assumere sono volte a mutare o confermare il risultato della prova già acquisita; è introdotto un apparentemente rigido sistema di preclusioni ancorato alla conclusione della fase preparatoria, preclusioni però superabili anche in appello a seguito dell'esercizio di un potere sostanzialmente discrezionale del giudice; vi è di più, ove la causa sia di competenza del tribunale tutti questi poteri discrezionali sono conferiti alla nuova figura del giudice istruttore, cioè di un organo giudiziario privo del potere decisorio in ordine alla domanda. Nel quarto libro è introdotta una disciplina estremamente poco garantista dei sequestri, a differenza di quanto previsto per le denunce e soprattutto per i neonati provvedimenti d'urgenza; la disciplina comune ai procedimenti in camera di consiglio continua ad essere rimessa pressoché esclusivamente alla discrezionalità del giudice, pur potendo incidere in modo irreversibile su di veri e propri diritti soggettivi.

Sul piano della architettura è poi da notare che il libro primo del codice non comincia più con il principio della domanda ma con la disciplina della giurisdizione e della competenza.

Il codice è accompagnato da una dotta relazione tutta infiorettata da richiami all'autoritarismo dello stato fascista alla cui stregua si giustifica l'aumento dei poteri del giudice e la sostituzione del principio di autorità a quello di libertà (21), ancorché in un equivoco paragrafo si difende « il principio dispositivo, proiezione del diritto soggettivo » (22) ed in un altro il principio della legalità delle forme processuali, principio la cui rigidità è però da temperare con il principio della adattabilità rimesso « alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice » (23).

---

(21) V. in particolare i nn. 2, 3, 5, 12.

(22) Così il titolo del n. 13 della relazione, su cui v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1941, part. p. 290 ss.; id. *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, I, p. 234 ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano 1951, II, p. 693 ss.

(23) V. n. 16 della relazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il nuovo codice è accolto trionfalmente dalla dottrina che si dedica immediatamente al suo commento (24).

Poi il 21 aprile del 1942 entra in vigore, e il fallimento del processo ordinario di cognizione è pressoché immediato. Forse per le infelici disposizioni transitorie che prevedevano l'applicazione immediata del nuovo rito a tutte le controversie pendenti, anche se cancellate dal ruolo, certamente anche per la tragica situazione di guerra che l'Italia stava vivendo con numerosissimi magistrati, segretari, cancellieri richiamati alle armi, il nuovo processo stenta molto a decollare nel suo primo anno di vita (25). Sopravvenuto il 25 luglio e l'8 settembre 1943 la reazione soprattutto degli avvocati comincia ad essere sempre maggiore, il codice viene tacciato di fascista, di mussoliniano, di autoritario e, probabilmente anche perché la sua applicazione richiedeva costosi mutamenti di costume non esigibili in quel particolarissimo momento storico, se ne chiede la immediata abrogazione con il ritorno al vecchio liberale codice del 1865 e al procedimento sommario del 1901 (26).

La reazione dei processualcivilisti è immediata ed assolutamente compatta. Cominciano Andrioli e Micheli che in un saggio divenuto celebre redatto nel novembre 1944 (27) svolgono una articolata e completa difesa del nuovo codice. « Ora non è dubbio — sarebbe anzi farisaico il negarlo — che mentre per quel che concerne l'esercizio dell'azione il codice del 1940 non è meno democratico del suo predecessore, sul piano più propriamente processuale l'ago della bilancia si è decisamente spostato dalla facoltà delle parti ai poteri del giudice: in una parola si è passati dall'impulso di parte all'impulso d'ufficio almeno tendenzialmente »; ma — hanno cura di

(24) Si vedano gli scritti di D'Amelio, Conforti, Redenti, Carnelutti e Calamandrei pubblicati sul primo fascicolo della *Rivista di diritto processuale civile* del 1941. Si vedano anche i primi commenti costituiti dalla *Guida pratica* di Satta cit., le *Istituzioni* di Carnelutti, le *Istituzioni* di Calamandrei e il *Commento* di Andrioli. Sulla vicenda v. oggi CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 53.

(25) Sulla vicenda v. oggi CIPRIANI, *op. ult. cit*., p. 66 ss., 80 ss.

(26) Sulla vicenda v. oggi ampiamente CIPRIANI, *op. cit.*, p. 80 ss.

(27) V. ANDRIOLI-MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile, Quaderno dedicato alla Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario*, in *Ann. dir. comp.* XVIII, 1946, p. 199 ss. dalle cui p. 201, 202, 203 e 204 sono tratte le citazioni riportate nel testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aggiungere immediatamente gli autori, anticipando i risultati dell'indagine — « politicamente l'impulso d'ufficio è tanto poco autoritario quanto l'impulso di parte è democratico, perché i criteri del *modus procedendi* sono apolitici ». « Il profilo pubblicistico del processo civile non è una "trovata" dei regimi totalitari; in Italia esso è stato posto in rilievo dal Chiovenda dei cui sentimenti liberali nessuno poteva dubitare, e all'estero ha avuto ampio svolgimento legislativo e dottrinale.... L'elaborazione dottrinale in Italia sul codice del 1865, poi, a cominciare da Mortara, giù giù con il Chiovenda, il Calamandrei, il Segni, si è tutta ispirata al carattere pubblico della funzione giurisdizionale, pur nella costruzione di un sistema sul codice del 1865: tanto prepotente era l'esigenza accusata dalla scienza di mettere il nostro processo al passo non solo con i progressi fatti all'estero ma con l'innegabile evoluzione subita dallo stesso Stato italiano, del cui ordinamento il processo civile del 1865 faceva parte ». « Dai suesposti rilievi [relativi soprattutto all'ordinamento inglese] risulta chiaro che l'evoluzione dei giudizi civili, nel senso di rafforzare i poteri del giudice non è condizionata, né logicamente, né cronologicamente dall'instaurazione di uno stato totalitario, ma risponde al progresso delle condizioni tecniche e processuali che è ormai in atto da più di dieci lustri e che anche i paesi più democratici hanno accolto ritenendolo affatto conciliabile con le premesse politiche e costituzionali cui si ispirano. Il nocciolo di questa evoluzione non va, dunque, ricondotto ad un principio politico statolatrico, ma piuttosto alla esigenza — che lo Stato moderno sente vieppiù — di utilizzare nel miglior modo possibile l'attività giurisdizionale ». « In altri termini, se è vero che la concezione autoritaria dello Stato ha favorito l'introduzione di un processo, in cui al giudice sono conferiti ampi poteri circa la condotta del procedimento, è pur vero che tale tipo di processo era stato auspicato dalla pratica e dalla scienza processualistica italiana in nome di quelle esigenze tecniche che si erano ormai imposte in ogni paese e che nascono non già da considerazioni estrinseche, di ordine politico od occasionale, ma che sorgono dall'interno stesso del processo, dalla logica, si vorrebbe dire, del processo civile ».

Prosegue, voce insospettabile, Salvatore Satta [28] che pubblica

[28] Che pure nel 1940 su *Ius* (*Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul Foro italiano del 1947 un saggio « In difesa del codice di procedura civile » ([29]). Dopo avere osservato che la resistenza della cultura processualcivilistica italiana contro le proposte di abrogazione del codice del 1940 (codice « che rappresenta il frutto, sia pure imperfetto, di un lungo travaglio di pensiero ») è dovuta a « libertà ed amore di libertà » nello spirito di Giuseppe Chiovenda, pone con estrema chiarezza i termini del problema: « Ora, è innegabile che alla base del processo sta un affare privato delle parti, ma è del pari innegabile ce nel processo si celebra l'atto più solenne della vita dello Stato, che è la realizzazione dell'ordinamento giuridico. Se peraltro si analizza questa realizzazione nelle sue componenti e nelle sue risultanti, non si tarda a riconoscere che l'interesse dello Stato e l'interesse del privato vengono in sostanza a coincidere, poiché la realizzazione dell'ordinamento significa appunto l'attuazione del diritto che lo Stato riconosce e garantisce con la legge. Qui sta il punto: si deve abbandonare il processo al dominio dei litiganti, e ridurre il giudice, cioè lo Stato, ad una semplice o anche complicata macchina per fabbricare sentenze; o deve lo Stato intervenire attivamente e fattivamente per mezzo del giudice affinché colui che è assistito dal diritto ne ottenga effettivamente il riconoscimento? ». « Sarà più opportuna legge quella che si affida... al libero gioco » delle parti contrapposte, « sperando nel reciproco controllo e nella reciproca eliminazione, e contentandosi di costringere la loro azione nei trabocchetti dei termini e delle nullità; o quella che impone al giudice come un dovere di partecipare attivamente al processo e dirigerlo verso il suo fine, sempre s'intende nei limiti segnati dall'invulnerabile disposizione delle parti? ». « Per uno di quei paradossi dei quali si compiace talora la storia, e che si spiega forse pensando che la negazione della libertà è un implicito omaggio alla libertà, il cui senso non è mai tanto vivo come in coloro che la calpestano, proprio il regime fascista doveva creare le condizioni ambientali

---

p. 93 ss.), richiamandosi a Chiovenda aveva svolto numerose critiche al nuovo codice ed in particolare alla contrapposizione giudice istruttore-collegio. Ma già nel 1941, nella *Guida pratica* cit. aveva pressoché del tutto abbandonato le critiche osservando tra l'altro a p. 40 che « la struttura del nuovo processo diminuirà enormemente la durata delle cause, perché eliminerà gran parte dei motivi di incidente, e renderà superflue le decisioni interlocutorie in proposito ».

([29]) In *Foro it*. 1947, IV, 45 ss. da cui sono tratte le citazioni riportate nel testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adatte per l'attuazione delle riforme, la quale non rispecchiò l'interesse di questo o quel gerarca, ma consacrò l'idea e la concezione di un secolo ». « Orbene, io mi rifiuto di credere che gli avvocati italiani, colti e intelligenti, sentano la nostalgia del codice morto soltanto perché questo offriva loro il destro di esercitare in sconfinata misura l'arte del cavillo, o perché consentiva, attraverso le interlocutorie, un più largo profitto, o favoriva, coi trabocchetti dei termini e delle nullità, con gli ambagi dei rinvii e delle cancellazioni dal ruolo, la prevalenza del più forte ».

Questi due saggi ben dimostrano il tono e il senso della difesa del codice del 1940 opposta dalla cultura processualcivilistica italiana alle richieste di abrogazione provenienti dagli avvocati.

L'evoluzione della vicenda ([30]) è nota: evitata l'abrogazione, i processualisti civili riuscirono attraverso una miriade di interventi ad annacquare la riforma del codice che sfociò poi nella l. 14 luglio 1950 n. 581. La novella del 1950 non ebbe alcun carattere eversivo rispetto al sistema di processo ordinario di cognizione introdotto dal testo originario del codice del 1940. Osserverà ancora Salvatore Satta ([31]): posto di fronte al dilemma di confermare o negare la fiducia al giudice istruttore — cardine della riforma del 1940 — il legislatore del 1950 ha « creduto di sfuggire al dilemma con espedienti di carattere tecnico, rispettando il giudice, e moderandone ad un tempo i poteri »; in tal modo la riforma del 1950 conservando intatto il potere discrezionale del giudice istruttore in ordine alla scelta del momento cui rimettere la causa al collegio ove sia sorta una questione pregiudiziale di rito impediente la trattazione del merito o una questione pregiudiziale di merito, e prevedendo la reclamabilità immediata al collegio delle sole ordinanze in tema di ammissibilità e rilevanza delle prove, « non risolve il problema del giudice ma lo pone ». Per il resto la riforma del 1950 introduce il sistema della citazione a udienza fissa, sopprime le preclusioni ricollegate alla prima udienza di trattazione (preclusioni invero già saltate nella

([30]) Ampiamente riportata da CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 80 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 389 ss.; v. se vuoi anche il mio, *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, p. 35 ss.

([31]) *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1951, p. 9 da cui sono tratte le frasi virgolettate nel testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratica a causa dell'amplissimo uso effettuato dai giudici della clausola dei gravi motivi), reintroduce la cancellazione della causa dal ruolo come fase di quiescenza prodromica alla estinzione in ipotesi di inattività delle parti, introduce il regime della impugnabilità immediata (salva la possibilità di riserva) delle sentenze non definitive.

Nella sostanza con la novella del 1950 la cultura processualcivilistica, pur dovendo cedere qualcosa, specie sul versante della impugnazione immediata delle sentenze non definitive e su quello della estinzione (sul regime di preclusione non vi era stato mai accordo tra i processualisti, e lo stesso codice del 1940 accoglieva una soluzione di compromesso), vinse la sua battaglia a difesa del nuovo codice: il codice del 1940 era il frutto, ancorché imperfetto, della scuola processualcivilistica italiana che da Giuseppe Chiovenda in poi (e secondo alcuni da Lodovico Mortara) aveva accentuato la componente pubblicistica rispetto a quella privatistica.

La polemica sul se il codice del 1940 fosse o no fascista, fosse o no autoritario sarebbe progressivamente sfumata e i processualisti civili, recuperata la loro tranquillità, avrebbero potuto ancora dedicarsi allo studio del processo accentuandone la componente pubblicistica.

Nel 1955, intervenendo nel corso di un vivace incontro tra magistrati, professori universitari e avvocati sul giudice istruttore (32), Piero Calamandrei con la sua consueta chiarezza coglierà più che il problema, il modo con il quale i processualisti lo affrontavano ed hanno continuato ad affrontarlo quasi fino a ieri. Nella « prevenzione di una parte degli avvocati contro il codice vigente vi è — come esattamente ha rilevato il collega Andrioli — anche una ragione di carattere più generale, che tocca la nozione stessa del processo e i fini della giustizia civile. Si tratta dell'urto tra due concezioni del processo civile, quella privatistica e quella pubblicistica. Nella concezione privatistica, che taluno continua a ritenere preferibile, il giudice ha la posizione dell'arbitro in una partita sportiva. Le parti si scambiano i colpi e quando il gioco è terminato il giudice calcola i punti e segna i risultati. Il codice del 1942, pur non potendosi considerare un codice integralmente chiovendiano

(32) V. Atti dell'incontro su *Il giudice istruttore nel processo civile*, Milano 1955.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(perché vi manca la integrale attuazione del principio della oralità, secondo il quale tutte le prove dovrebbero essere assunte, come nel dibattimento penale, dinanzi al collegio), si ispira tuttavia alla concezione pubblicistica, per la quale anche il processo civile persegue uno scopo di pubblico interesse. Tale concezione pubblicistica ha il suo organo nel giudice istruttore: se non si vuole distruggere la sua stessa ragion d'essere, la funzione del giudice istruttore non può essere quella di assistere passivo allo scambio delle scritture, lasciando che le parti vuotino come meglio credono il loro sacco, o scoprano, come altri preferisce che si dica, le loro batterie, per poi intervenire all'ultimo momento, per niente altro che per prendere in consegna i fascicoli. Il giudice istruttore, se deve rispondere allo scopo per cui fu istituito, deve essere uno stimolatore delle parti, un ricercatore attivo della verità, anche quando le parti non sanno o non vogliono scoprirla. La funzione che il codice ha voluto dare al giudice istruttore (che può piacere e non piacere, questa è un'altra questione) è stata questa: che egli, quando le parti si presentano dinanzi a lui dopo lo scambio preliminare delle scritture preparatorie (atto di citazione e comparsa di risposta), si adopri, non solo attraverso lo studio di queste scritture, ma soprattutto attraverso il contatto diretto con le parti a mettere in luce quali sono le questioni essenziali della causa ». « Se si vuol lasciare in vita il giudice istruttore con una funzione utile, se si vuole che esso continui ad avere un senso, non si può abbandonare la fase istruttoria alle parti, lasciate libere di scambiarsi di rinvio in rinvio le difese scritte, e riservare al giudice istruttore il compito puramente formale di arrivare a cose fatte, quando ormai non gli resta che prendere atto delle conclusioni e rimettere la causa al collegio.... La realtà è che molti giudici istruttori, o per timidezza o per comodità, non si servono neanche dei poteri che hanno: se avessero il coraggio di servirsene, il processo funzionerebbe meglio di quanto oggi funzioni. Se il giudice istruttore fosse meno disposto a concedere rinvii ad altra udienza, o termini per la presentazione di memorie scritte, a poco a poco i difensori si abituerebbero a considerare l'udienza istruttoria non come un luogo di ritrovo per scambiarsi difese scritte, com'era l'udienza presidenziale nel procedimento sommario, ma come il centro vivo del dibattito, l'occasione più propizia per esporre a viva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voce le loro ragioni, seduti intorno al tavolino dell'istruttore, e sotto la sua direzione » (33).

A fronte degli avvocati (34) che si lamentavano del potere sostanzialmente discrezionale, e comunque insuscettibile di un controllo immediato, del giudice istruttore di scegliere il momento in cui fare decidere (con sentenza immediatamente impugnabile) le questioni pregiudiziali impedienti la trattazione del merito o le questioni pregiudiziali di merito, i processualcivilisti ponevano un vero e proprio *fin de non ricevoire* fondato sul carattere pubblico del processo.

La concezione ora riassunta da Calamandrei avrebbe continuato ad essere assolutamente prevalente almeno negli studiosi attenti ai problemi della riforma del processo di cognizione. Essa sarebbe stata alla base della riforma del 1973 sul processo del lavoro (che però prevedeva l'introduzione di un rigido sistema di preclusioni e la trattazione del processo da parte di un giudice monocratico, senza l'infausta contrapposizione giudice istruttore-collegio), e dei molti studi che ne sostennero l'entrata in vigore e l'applicazione (35); essa sarebbe stata alla base della riforma poi sfociata nella l. 353/1990 (che però anch'essa prevedeva la trattazione del processo normalmente da parte di un giudice monocratico, e l'introduzione di un articolato regime di preclusioni).

---

(33) V. intervento all'incontro citato alla nota precedente, Atti, p. 242 ss.

(34) V. nel corso dello stesso incontro cit. alla precedente nota 32 l'intervento di CASTELLET, p. 302, 303. V. anche, per ampie informazioni, gli scritti di CIPRIANI, *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, in *Rass. for.* 1992, p. 71 ss. e *Gli avvocati italiani e l'« esperienza fallita »*, in *Rass. for.*, 1997, p. 179 ss., ripubblicati in *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli 1997, p. 75 ss., 103 ss.

(35) Nota esattamente CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile* (A proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.), in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 24 ss., ripubblicato in *Ideologie e modelli del processo civile* cit., p. 121 ss., 145 ss., come la dottrina non abbia colto (anzi abbia rifiutato) l'occasione offerta dalla lettera del nuovo testo dell'art. 420, 4° comma, c.p.c. per offrire quanto meno nel processo del lavoro una interpretazione garantista del sistema relativo alla decisione immediata delle questioni pregiudiziali di rito. Vero è però che nel 1973 (e nel 1990, nonostante il contenuto di *Proposte di riforme urgenti del processo civile*, in *Foro it.* 1998, V, 271) era rimasta intatta la sospensione del processo *a quo* ricollegata dall'art. 48 alla proposizione del regolamento di competenza (anche) contro sentenze non definitive affermative della competenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Direi che la prevalenza dell'elemento pubblicistico su quello privatistico affermata da Chiovenda all'inizio del secolo ha continuato a permeare di sé tutti gli studi sulla riforma del processo, così come a partire dagli anni 70 il discorso di Chiovenda è stato ripreso e sviluppato sul terreno della tutela giurisdizionale dei diritti e della effettività della tutela (36).

4. *La Costituzione del 1948 e i ritardi della dottrina processualcivilistica.*

Sostanziale continuità quindi negli anni a cavallo della entrata in vigore della costituzione degli studi della scuola processualistica italiana.

Prima di proseguire è opportuno soffermarsi ora sull'entrata in vigore nel 1948 della costituzione repubblicana.

Non da oggi vado rilevando come i processualcivilisti italiani nel dibattito sulla abrogazione o sulla riforma del codice del 1940, caddero in una grossolana miopia.

Il sistema di tutela giurisdizionale civile quale emergeva dalla legislazione entrata in vigore intorno al 1942 non poteva che riflettere il sistema di diritti così come previsto a livello di legislazione sostanziale: cioè un sistema tutto pensato, ricostruito e codificato sui valori emergenti della proprietà e dell'impresa, un sistema nel quale la persona era considerata pressoché esclusivamente nell'ottica dello stato e capacità delle persone e della famiglia e nel quale i diritti di libertà formali e sostanziali erano totalmente assenti.

Anziché verificare se ed in quale misura il codice di procedura civile del 1940-1942 rifletteva o no, specie nel quarto libro relativo alle c.d. azioni tipiche, i valori del tempo in cui era stato emanato, i processualcivilisti concentrarono la loro attenzione pressoché solo sul processo ordinario di cognizione (cioè su di un processo atipico, come tale indifferente al contenuto dei diritti che vi si fanno valere), sull'eterno dibattito tra la componente pubblicistica e la componente privatistica del processo civile, senza avvedersi nemmeno che

(36) V. la precedente nota 11. Considera inoltre MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 2ª ed., Milano 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la rivoluzione copernicana in atto a livello di rango di situazioni protette nel diritto sostanziale (ed *in primis* l'irrompere della tutela della persona) avrebbe imposto un radicale ripensamento dell'armamentario, degli strumenti di tutela offerti dalla legislazione processuale entrata in vigore intorno al 1942 (37). Un simile ripensamento avrebbe dovuto attendere gli anni 70 per essere iniziato.

A queste mie osservazioni Franco Cipriani ha replicato (38) osservando sostanzialmente che esse sono ingenerose: « Se penso — ha detto — che Carnelutti, Redenti e Calamandrei erano nati tra il 1879 e il 1889, ossia in anni nei quali non esisteva neppure il diritto del lavoro, mi dico che non possiamo rimproverare loro di non aver avvertito l'importanza della tutela giurisdizionale dei diritti di libertà ».

Non mi interessa in questo momento accertare chi abbia ragione e chi torto.

Mi interessa invece rilevare che la costituzione del 1948 conteneva una disposizione processuale di grande rilievo, l'art. 24, 2° comma secondo cui « la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ». Non è possibile in questa sede neanche accennare all'importanza immensa che questa disposizione ha avuto, specie a seguito dell'opera concretizzatrice della Corte costituzionale.

Mi sembra il caso, invece, di rilevare come i processualcivilisti (forse per le stesse ragioni addotte da Cipriani, forse perché troppo immersi nella loro battaglia a difesa del codice) non colsero — e non coglieranno per molti anni ancora — i possibili riflessi dell'art. 24, 2° comma, Cost. su almeno talune delle possibili conseguenze del prevalere della componente pubblicistica nella disciplina del processo: l'art. 24, 2° comma, Cost. come incide in modo determinante sulla concezione dei limiti soggettivi del giudicato (39), così incide sul processo nel senso di escludere o limitare al massimo poteri *lato*

(37) Così più o meno esplicitamente in, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it*., 1990. V, 1 ss.; nonché in *Giuristi e legislatori*, Milano 1997, p. 386.

(38) In *Giuristi e legislatori*, p. 417 ss.

(39) V. la fondamentale C. cost. 22 marzo 1971, n. 55 (est. Costantino Mortati), *Foro it.* 1971, I, 824, sentenza che ha occasionato una miriade di studi, fra i quali mi limito a rammentare per tutti, F. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sensu discrezionali del giudice specie se non suscettibili di controllo immediato da parte di un giudice diverso.

Una simile potenzialità dell'art. 24, 2° comma, sarebbe stata colta solo negli anni ottanta quando si cominciò per un verso a discutere circa la necessità della reclamabilità immediata dei provvedimenti cautelari (40), per altro verso Giovanni Fabbrini pubblicò la sua voce su i poteri del giudice (41), nella quale tentò di dimostrare la necessità che tutti i poteri processuali del giudice suscettibili di influire sul contenuto della sentenza finale (42) dovessero essere doverosi, cioè agganciati a fattispecie che non consentano discrezionalità nel loro esercizio, e controllabili. Le potenzialità di incidenza dell'art. 24, 2° comma Cost., in quest'ultima direzione devono ancora sotto molti aspetti essere esplorate, anche a seguito della introduzione della garanzia costituzionale del giusto processo (art. 111, 1° comma, Cost.).

5. *Gli studi di Franco Cipriani pubblicati dal 1991-1992 in poi.*

Ciò non ostante le discussioni cui ora ho accennato non attaccarono la struttura del processo ordinario di cognizione del 1942, ed in particolare i poteri *lato sensu* discrezionali che esso attribuiva al giudice istruttore in norme quali gli art. 187, 209 e 295.

Solo tre anni dopo la caduta del muro di Berlino Franco Cipriani in una serie di studi pubblicati dal 1992 (43) in poi avrebbe

---

(40) Dibattito poi sfociato nella introduzione dell'art. 669-*terdecies* a seguito della l. 353/1990.

(41) FABBRINI, *Potere del giudice, voce della Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano 1985, p. 721 ss., ripubblicata in *Scritti giuridici*, Milano 1989, I, p. 405 ss.

(42) Osserva FABBRINI, *op. cit.*, p. 409 s. « Nella struttura del processo è agevole cogliere l'esistenza di poteri del giudice dall'esercizio dei quali non discende effetto di sorta circa il contenuto della decisione finale. Non sempre si tratta di cose di poco momento: un'udienza di discussione collegiale fissata ad oltre due anni dall'udienza di precisazione delle conclusioni attenta alla effettività della tutela della parte che ha ragione, ma il tema può trovare sfogo o nel potenziamento degli uffici, dove i giudici siano oberati di lavoro, o nelle sanzioni disciplinari, dove i giudici siano vagabondi. Altro non sembra di dover osservare ».

(43) V. soprattutto la monografia *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, e gli studi pubblicati in varie riviste raccolti in *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli 1997. Nel 1991, Cipriani aveva pubblicato la sua prima

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

iniziato a sferrare un attacco frontale al processo di cognizione quale disciplinato dal c.p.c. del 1942 accusandolo senza mezzi termini di autoritarismo.

Seguiamone il pensiero. « Il nostro codice prevede un processo ordinario che non solo è strutturalmente molto macchinoso per via della divisione in fasi e della previsione di non pochi atti sostanzialmente inutili (se non, come talune sospensioni, ontologicamente controproducenti), ma anche ideologicamente ispirato a valori tanto illiberali e autoritari, quanto del tutto incompatibili coi principi della Costituzione repubblicana » (44). « È tempo di convincersi che un codice che toglie garanzie alle parti e dà poteri discrezionali al giudice, è, sotto ogni latitudine, un codice illiberale e autoritario » (45). Il c.p.c. del 1940 attribuiva, e in parte attribuisce tuttora, « al giudice ed in particolare all'istruttore, una miriade di poteri direttivi dichiaratamente o sostanzialmente discrezionali » (e si richiama quanto in base al testo originario del c.p.c. il giudice poteva fare alla prima udienza « quando occorra », per « fini di giustizia », « quando è necessario », « per gravi motivi » ecc.) (46). In particolare « è evidente che, dando al giudice istruttore il potere di stabilire il momento della decisione delle questioni impedienti, se prima o dopo l'assunzione delle prove, per un verso gli si attribuisce un enorme potere discrezionale e per altro gli si consente di capovolgere la logica e l'ordine del processo » (47). « Le norme processuali, come un tempo era chiaro a tutti, sono norme di garanzia e devono tutelare le parti anche e soprattutto (e talora esclusivamente: si pensi alle impugnazioni) nei confronti del giudice » (48). « Il nuovo codice, infatti, scontava l'errore di base, e cioè d'essere stato costruito, per una malintesa concezione "pubblicistica" del processo civile (in realtà paternalistica, autoritaria e illiberale), prospettandosi i problemi processuali non già « dal punto di vista del litigante che chiede

monografia di carattere storico, *Storia di processualisti ed oligarchi*. V. anche gli studi raccolti in *Avvocatura e diritto di difesa*, Napoli 1999.

(44) Così in *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 24 ss. e in *Ideologie e modello del processo civile*, p. 121 ss., p. 121-122.

(45) *Op. ult. cit.*, p. 126 in nota.

(46) Così in *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 87.

(47) *Op. cit*. supra nota 43, p. 128.

(48) Così in *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustizia », ma « dal punto di vista del giudice che deve amministrarla » (49). Analizzando la struttura e il funzionamento del processo di cognizione così come disciplinato dal procedimento sommario del 1901, Cipriani osserva, poi: « Fino al 20 aprile 1942, dunque, il nostro processo aveva, si direbbe un buon motore e, soprattutto, un discreto (stavo per dire eccellente) volano, che era fondato sull'interesse delle parti ad avere giustizia, ma che non era insensibile all'interesse pubblico a che non si abusi delle disponibilità del giudice » (art. 5 l. sul proc. sommario). « Quel volano, infatti, era azionato da un cambio che era nelle mani delle tre *personae* del processo e che perciò consentiva (e imponeva) di cambiare velocità a seconda delle necessità dei suoi protagonisti: lo faceva correre, se una delle parti, nel rispetto del diritto alla difesa dell'altra, voleva che corresse; lo faceva andare piano, se tutte le parti volevano che andasse piano; e lo faceva cancellare dal ruolo d'ufficio, se le parti pretendessero che dormicchiasse troppo sul ruolo. Il che significa che fino al 20 aprile 1942 il processo civile era essenzialmente un servizio che lo Stato assicurava ai cittadini, un servizio teso a soddisfare la domanda di giustizia, un *quid*, insomma che aveva ben poco a vedere col processo penale, nel quale lo Stato esercitava essenzialmente il suo diritto-dovere di punire coloro che avevano offeso la società. Dal 21 aprile 1942, invece, le cose cambiarono. E cambiarono perché, partendo dal presupposto che il processo civile si dovesse fare, come quello penale, nell'interesse pubblico, si voleva che (ferma restando, per fortuna, la domanda di parte) tutti i processi, non solo quelli che le parti volevano far correre, ma anche gli altri, procedessero ad alta velocità » il giudice arrivasse preparato su tutti in prima udienza, « sì che ogni causa fosse subito conciliata o decisa » (50). E lo stesso errore sarebbe da addebitare alla riforma del 1990 (51).

Agli studi che Franco Cipriani va pubblicando dal 1991 a mio avviso va riconosciuto un grosso valore; non solo per la freschezza intellettuale di uno studioso oramai maturo che si interroga sulla

(49) V. *op. ult. cit.*, p. 104, in cui si cita la relazione.
(50) V. *op. ult. cit.* p. 96-7.
(51) V. *op. cit. supra* nota 44, p. 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia della propria disciplina (52), ma anche perché costituiscono il primo vero momento di discontinuità nel pensiero giuridico processualcivilistico, discontinuità che abbiamo visto non vi era stata in modo alcuno a seguito della caduta del fascismo e della emanazione della costituzione repubblicana.

Necessità quindi di esaminare *sine ira ac amore* questi studi che sia pure con cinquanta anni di distanza riaprono un discorso che negli anni 50 sembrava oramai chiuso.

È da dire in via preliminare che di studi di Cipriani hanno trovato la cultura processualcivilistica impreparata: e ciò non solo per la sua scarsa sensibilità ad un riesame storico-critico delle proprie origini (53), non solo perché pubblicati in un momento in cui essa era impegnata nella attuazione della recente riforma del 1990 (e del 1991, riguardo al giudice di pace); ma anche e direi soprattutto perché essa si è pressoché tutta formata sulla critica del codice di rito del 1865 (e della riforma del procedimento sommario del 1901) considerato spregiativamente impostato sulla prevalenza della componente privatistica nel processo (54) e, nella parte apparentemente più avanzata, tutta tesa a cogliere le nuove dimensioni sociali della giustizia, anche a seguito dell'emergere delle nuove libertà sostanziali previste dalla costituzione del 1942 (55).

Su questa situazione di sostanziale continuità gli studi di Franco

---

(52) E questo sarebbe già sufficiente a rendere incomprensibile le reazioni astiose che essi hanno suscitato in particolare in Luigi Montesano.

(53) Si vedano al riguardo gli scarsi echi suscitati agli interventi di Tarello (oggi raccolti in *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989) sul processo e sui processualisti civili nel primo quarto del secolo diciannovesimo. Ma v. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, e DENTI, di cui v. da ultimo, *Giovanni Tarello e la storia della cultura processualistica*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura contemporanea*, Bologna 1989, p. 141 ss. ripubblicato in *Sistemi e riforme*, Bologna 1999, p. 173 ss.

(54) Il processo di cognizione emergente dal c.p.c. del 1865 (e dal procedimento sommario del 1901) era considerato spregiativamente un affare privato delle parti, « l'esigenza prevalente essendo — soltanto — quella di garantire il massimo di libertà all'individuo parte nel processo ». Così TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 147.

(55) Sintomatici al riguardo sono gli studi di Mauro Cappelletti e Vittorio Denti raccolti rispettivamente in *Giustizia e società*, Milano 1972 e *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971. In generale v. le considerazioni di TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 353 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cipriani sono intervenuti duri come un macigno proprio nel mentre, a seguito del crollo del comunismo, l'ideologia liberale riprendeva quota nelle sue forme più sfrenate. Di qui probabilmente l'impossibilità di esprimere su di essi un giudizio che pretenda essere esaustivo, perché troppo ancora parti del fortunale che dal 1989 ci ha colpito spesso nelle più intime convinzioni.

6. *Una valutazione del contributo di Franco Cipriani.*

Alcune osservazioni mi sembra siano possibili, ed anzi doverose.

Innanzi tutto è da notare che gli scritti di Franco Cipriani hanno ad oggetto pressoché esclusivo il processo ordinario di cognizione, specie di primo grado. A tale riguardo è da osservare che il codice del 1940 non è solo disciplina del processo ordinario di cognizione ma anche nuova disciplina della competenza, della connessione, della nullità degli atti, della parte generale delle impugnazioni, della esecuzione forzata, dei provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700. Sotto questi aspetti il progresso del codice del 1940 rispetto al codice del 1865 è immenso (56), ed alla loro luce emerge tutta la pochezza culturale insita nella proposta dell'avvocatura di integrale abroga-

(56) V. per tutti il giudizio di SATTA, *Intervento all'incontro sul giudice istruttore*, p. 228: « Orbene qualunque sia il giudizio che ciascuno voglia dare del nostro codice, noi non possiamo né dobbiamo dimenticare che esso è uno dei fenomeni più straordinari che si siano prodotti nel campo della legislazione nel nostro paese, e forse in tutti i paesi. Questo codice infatti si può definire la cristallizzazione del pensiero giuridico processuale italiano, che ha la sua compiuta espressione nel nome di Giuseppe Chiovenda (e con ciò naturalmente non voglio togliere nulla agli altri illustri collaboratori e rappresentanti a giusto titolo della nostra scienza). Chi studi attentamente il nostro codice, come io mi impegno da alcuni anni di fare, al lume della concreta esperienza giurisprudenziale...., resta sorpreso nel rilevare come esso sia per molti aspetti quasi la traduzione in norme di legge dell'opera chiovendiana. Questo fatto è per il giurista di un'importanza capitale, perché si può dire che esso chiuda tutto un ciclo di pensiero, aprendone un altro. Io non credo di esagerare dicendo che, sotto questo aspetto, il codice, con la critica che esso eccita della dottrina che lo ha ispirato, segna l'inizio di un rinnovamento della scienza processuale, e non passeranno molti anni senza che se ne vedano i frutti. Dicendo queste cose è chiaro io mi riferisco sopratutto a quella solenne parte generale che costituisce materia del primo libro del codice ». Ed ancora ne la voce *Codice di procedura civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, p. 283 conclusivamente osserva « Con tutto ciò il giudizio della scienza sul codice che regola oggi il nostro rito può e deve essere positivo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del codice del 1940. Ancora, il carattere limitato dell'oggetto dell'analisi di Cipriani presenta a mio avviso due vistose lacune: per un verso la mancata considerazione che il processo ordinario di cognizione sta via via perdendo la sua centralità a favore di forme di tutela sommaria, per altro verso che una volta imboccata la strada delle garanzie davvero strano è il silenzio mantenuto circa l'inciviltà della applicazione della procedura camerale *ex* art. 737 ss. (cioè di un processo pressoché tutto rimesso al potere discrezionale del giudice) alla tutela di diritti soggettivi o di interessi suscettibili di incidere irreversibilmente su diritti (57).

Detto dei limiti oggettivi delle indagini di Cipriani è giunto il momento di pronunciarsi sul merito delle loro critiche.

In primo luogo esse mi sembra abbiano dimostrato con l'evidenza della loro imponente documentazione, come la redazione del codice del 1940, pur sfruttando i progetti preliminari e defnitivo Solmi, avvenne tutta fra l'ottobre 1939 e l'aprile 1940, cioè in appena sei mesi. Il nuovo codice cioè fu redatto in grande fretta, senza il tempo necessario per una meditazione attenta che specie le norme sul processo ordinario e sui processi speciali avrebbero richiesto (58). Tanto accadde perché il nuovo codice fu voluto come opera del regime, ed a tale operazione è indubbiamente grave che si prestarono persone del calibro di Redenti Carnelutti e soprattutto Calamandrei, il quale si assunse anche l'ingrato compito di redigere la relazione.

In secondo luogo mi sembra sia da condividere il rilievo (mosso da Cipriani anche alla riforma del 1990) secondo cui in un contesto di risorse scarse « si rivela una pura illusione e un controsenso » (59), imporre che tutte le cause, anche quelle che le parti non hanno interesse a trattare, debbano essere trattate immediatamente, pre-

(57) Mi sia consentito rinviare al riguardo ai miei studi, *Usi e abusi della procedura camerale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 393 ss.; *Per un nuovo modello di processo minorile, Foro it.* 1998, V, 124 ss.; *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia*, 2000, n. 3.

(58) Lo riconosce lo stesso CARNELUTTI, *Intervento all'Incontro sul giudice istruttore*, p. 185

(59) Così CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 969 ss. ripubblicato in *Ideologie e modelli del processo civile*, p. 27 ss., e p. 41 e altrove.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendere che il giudice arrivi preparato su tutte in prima udienza allo scopo di conciliarle o avviarle alla decisione (60). Il rilievo mi sembra oggi ineccepibile, e l'opinione contraria il frutto di una malintesa concezione pubblicistica del processo (61).

Ancora ineccepibile mi sembra la constatazione statistica secondo cui sotto il vigore del c.p.c. del 1865 il processo ordinario di cognizione — rimesso peraltro per oltre il 70 % alla competenza dei giudici onorari — aveva una durata ragionevole (appena 100 giorni), mentre col nuovo codice la sua durata è andata progressivamente aumentando, anche a causa del concorrere di tre fattori: il non adeguamento delle competenze dei giudici onorari (una, parziale, inversione di tendenza si ha solo nel 1995 con l'entrata in funzione dei giudici di pace), l'aumento vertiginoso delle controversie sopravvenute, ed il troppo limitato aumento degli organici della magistratura togata (62).

In quarto luogo (ma sarebbe da dire *in primis* riguardo all'oggetto specifico di questo articolo) mi sembra che correttamente Cipriani attribuisca ad una malintesa concezione pubblicistica del processo, o

---

(60) Trattasi di rilievo diffuso: v. già ANDRIOLI, *Abrogazione del codice di procedura civile ?*, in *Riv. dir. proc.* 1946, p. 150 ss. e p. 158; RUISI, *Intervento* all'*Incontro sul giudice istruttore*, p. 149; REDENTI, *ibidem*, p. 308; PERA, *Intervento al Convegno sul processo di cognizione a trent'anni dal codice*, Atti, Milano 1974, p. 98 s.

(61) Il problema potrebbe essere risolto prevedendo che all'udienza di prima comparizione ex art. 180 il giudice fissa l'udienza di trattazione ex art. 183 solo se una parte glie lo richiede, altrimenti la causa entra in fase di quiescenza e può essere riattivato entro uno o due anni su istanza di attore o convenuto.

(62) Su questi temi, anche per indicazioni sull'aumento delle cause sopravvenute e sulla durata dei processi, mi permetto di rinviare a *Appunti sull'arretrato*, in *Foro it.* 1995, V, 284 ss.; *Giuristi e legislatori: il processo civile, Foro it.* 1997, V, 17 ss. (e in *Giuristi e legislatori*, Atti, Milano 1997, p. 385 ss.); *Brevi note sul giudice di pace*, in *Dir. e giur.* 1996, p. 214 ss.; *Giudice unico togato di primo grado e tentativi della giustizia civile di uscita dal tunnel*, in *Foro it.* 1998, V, 341 ss.; *La giustizia del lavoro dopo il d. leg. 80/98*, in *Foro it.* 1999, V, 57 ss.

Una soluzione agli eterni problemi della disfunzione del processo di cognizione, sarebbe quindi possibile solo ove: a) si elimini l'arretrato al 30 aprile 1995, tramite il ricorso straordinario ai giudici onorari aggregati (l. 276/1997) e ai giudici di pace (l. 479/1999); b) si aumenti la competenza civile per valore del giudice di pace portandola fino a 30 o 50 milioni e per materia estendendola alle controversie previdenziali; c) si aumentino gradualmente gli organici della magistratura togata; d) si adotti l'espediente di cui alla nota precedente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad autoritarismo il potere del giudice istruttore o del giudice monocratico di tribunale di stabilire a sua discrezione se, a fronte di una eccezione di competenza o di difetto di giurisdizione, provvedere per la sua decisione immediata o invece procedere all'assunzione delle prove sul merito della controversia e disporre che la questione sia decisa ad istruzione esaurita. È ben vero, infatti, che la dottrina, nel tentativo di razionalizzazione dell'art. 187, ha affermato che questo potere non è un potere arbitrario, ma va esercitato sulla base della delibazione della fondatezza o meno della eccezione sollevata (63), ed è ben vero che si potrebbe esigere che di tale delibazione il giudice dovrebbe dare conto nella motivazione dell'ordinanza che disponga per l'assunzione delle prove, ma è anche vero che dietro l'eccezione di incompetenza o di difetto di giurisdizione vi è il diritto costituzionalmente garantito della parte al rispetto della garanzia del giudice naturale precostituito per legge e il rango di tale diritto (alla stessa stregua del diritto ad un giudice terzo e imparziale che è dietro l'istanza di ricusazione) impone una decisione immediatamente impugnabile (64): tanto a meno di non volere svuotare o sminuire il contenuto di situazioni soggettivamente protette che sono alla base di tali eccezioni pregiudiziali di rito, perché il controllo successivo del collegio o dello stesso giudice monocratico in sede di decisione ad istruzione esaurita non potrà mai reintegrare la parte del fatto che il processo si sia nel frattempo svolto davanti ad un giudice non naturale (o un giudice non terzo e imparziale).

Ho parlato di questioni pregiudiziali di rito sorte a seguito di eccezione di incompetenza o di difetto di giurisdizione (o, sarebbe da aggiungere, di illegittima designazione del giudice persona fisica), e non anche di questioni pregiudiziali di difetto di legittimazione ad agire, o di interesse ad agire, o di capacità processuale (o, sarebbe da aggiungere, in genere di eccezioni che facciano sorgere una questione pregiudiziale di merito), poiché in queste ipotesi mi sembra

(63) Vedi le mie *Lezioni*, p. 125 ss.

(64) Ma senza l'effetto sospensivo oggi previsto dall'art. 48. V. anche la precedente nota 35. Per uno spunto nel senso di cui nel testo v. il mio *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.* 1984, V, 89 ss., 105, nonché *Per l'attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale*, in *Foro it.* 2000, V, 121 ss. V. anche il punto 13 lett. f del disegno di legge delega per il novo c.p.c. del 1981 (*Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1981, p. 685).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non vi sia alcuna ragione di rango superiore (quale il diritto al giudice naturale, o ad un giudice terzo e imparziale) la quale imponga la decisione immediata della questione con decisione immediatamente impugnabile. Con riferimento alle altre questioni pregiudiziali di rito o di merito mi sembra che l'equilibrato rapporto poteri delle parti potere del giudice imponga solo che questi si pronunci immediatamente con provvedimento motivato sulla questione, ma ove la questione stessa sia risolta nel senso di non definire il giudizio nessun superiore principio impedisca che la decisione sia presa con ordinanza revocabile e riesaminabile con la decisione a termine dell'istruzione (65), decisione questa sì immediatamente impugnabile. La scelta a favore dell'una o dell'altra soluzione, mi sembra rientri nella discrezionalità del legislatore ordinario, il quale sarà inevitabilmente influenzato dal diverso punto di equilibrio che voglia sul punto individuare tra componente privatistica e pubblicistica del processo.

Detto questo mi sembra però doveroso aggiungere immediatamente che Cipriani ha ben colto come la questione sia in gran parte ricollegata alla contrapposizione giudice istruttore-collegio, giacché una volta eliminata tale contrapposizione e attribuito il processo al giudice monocratico di tribunale non si vede perché non si debba preferire sul piano della opportunità la più garantista soluzione della decisione immediata immediatamente impugnabile (66).

Là dove non mi sento invece di seguire Cipriani è sul punto della appellabilità immediata delle decisioni sulle questioni relative alla ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova: e ciò soprattutto per la ragione tecnica che i giudizi sulla rilevanza sempre e quelli sulla ammissibilità talvolta sono dotati di una intrinseca decisorietà, cioè di una anticipazione della sussunzione della fattispecie concreta sotto la fattispecie legale astratta, sussunzione che il giudice deve essere libero di poter fare al momento della decisione definitiva di merito. Non mi nascondo però che l'incontrollabilità immediata dei giudizi sulla ammissibilità favorisce l'acquisizione al processo di prove spesso inammissibili, la cui acquisizione però è destinata a

(65) Uno spunto in tal senso è anche in FABBRINI, *Potere del giudice*, p. 415 ss.

(66) Ma senza automatica efficacia sospensiva. V. le precedenti note 35 e 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« pesare » comunque al momento della decisione definitiva (67): di qui forse l'opportunità di pensare ad un controllo sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 669-*terdecies*, oltre a subordinare ad un controllo preventivo di ammissibilità anche la produzione di documenti (che poi è il tramite attraverso cui si inseriscono nel processo prove c.d. atipiche).

7. Segue.

Avviandomi alla conclusione di questo articolo, articolo che purtroppo per i lettori dei Quaderni è finito con lo scivolare troppo sul tecnico, mi sembra opportuno accennare ai punti nei quali le analisi svolte da Franco Cipriani non mi sembrano condivisibili.

Viene in primo luogo in considerazione l'impressione che spesso in Cipriani l'accusa di autoritarismo rivolta al codice del 1940 equivalga alla sua qualifica di codice fascista. Se l'equiparazione tenesse davvero allora si dovrebbe pervenire all'assurdo di qualificare come fasciste e non già solo, eventualmente, come autoritarie le riforme del 1973 o del 1990. Vero è, mi sembra, che l'autoritarismo insito nel processo ordinario di cognizione disciplinato dal codice del 1940 (oltre ad essere molto spesso la conseguenza sul piano tecnico della infelice scelta compromissoria del giudice istruttore) (68), altro non è se non accentuazione di quella componente pubblicistica del processo che nella nostra cultura risale a Giuseppe Chiovenda.

È, poi, da considerare che spesso Cipriani critica il codice del 1940 perché, anziché tenere presente, fare i conti con la realtà, immutabile, dell'uomo, ha volontaristicamente puntato sul dover essere. « Il processo non doveva più essere quello che, purtroppo o fortunatamente, era sempre stato (e sempre sarà), e cioè una lotta, una battaglia fra parti contrapposte che tentano entrambe di vincere (o di perdere il meno possibile), ma... un luogo nel quale, alla illuminante presenza del giudice, si discute pacatamente degli aspetti

(67) In tal senso v. CIPRIANI, *Sull'abrogazione del reclamo immediato al collegio*, *Giur. it*. 1997, ripubblicato in *Ideologie e modelli del processo civile*, p. 269 ss., part. a p. 271.

(68) Il che è ben evidenziato da Cipriani nei suoi scritti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della controversia, si chiariscono lealmente i punti oscuri e si eliminano gli equivoci e gli errori, non solo quelli della controparte, ma anche, per correttezza, i propri sì da far trionfare la verità e da rendere presto e bene giustizia a chi ha effettivamente ragione » (69).

Obiezioni di questo tipo sono da sempre state mosse da chi vuole conservare l'esistente, contro chi vuole innovare i costumi. Su di esse ho già altrove preso posizione (70). In questa sede mi sembra invece opportuno rilevare come esse mirano ad escludere la possibilità, anche per le cause che una o entrambe le parti vogliono effettivamente trattare, dello svolgimento di una fase preparatoria nella quale il giudice collabori con le parti nel tentativo di determinare in modo tendenzialmente definitivo *thema decidendum* e *thema probandum*, possibilmente semplificandoli. A mio avviso una simile posizione è certamente possibile, ma solo nell'ottica di un liberismo sfrenato che accentui di conseguenza al massimo la componente privatistica del processo. Non so se questa sia davvero la posizione di Cipriani, certo è che io non mi sento in modo alcuno di condividerla, in forza di opzioni di fondo che trascendono l'arida realtà del processo civile. Per questi motivi, che nulla hanno più di tecnico, io non qualificherò mai come « norme perditempo » le disposizioni in tema di interrogatorio libero delle parti o di tentativo di conciliazione ecc. (71).

Non condivisibile è, infine, il rilievo di Cipriani secondo cui tutte le cause che non arrivano a sentenza (circa il 60 % delle cause di primo grado), sono cause che le parti non hanno interesse a trattare (72): una cosa è dire che è irrazionale imporre di trattare immediatamente tutte le cause, anche quelle che le parti non hanno interesse a trattare (73), altra cosa è ritenere che quel 60 % delle cause abbandonate in primo grado sono cause che le parti non hanno interesse a trattare. Quel 60 %, specie in un processo dai tempi abnormi quale il nostro, nasconde spesso invece veri e propri

---

(69) Così CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 22-23.

(70) Ne *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice* (citato alla precedente nota 30) a p. 55 ss.

(71) Così invece CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, a p. 141 e altrove.

(72) Così CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, p. 39 ss. e altrove.

(73) Vedi retro nota 61 e testo corrispondente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi di diniego di giustizia, casi nei quali la parte più debole è costretta o a rinunciare al diritto o ad accettare transazioni inique. Anche se si tratta di casi che non giungeranno mai davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Vorrei concludere rilevando come sia stato merito di Franco Cipriani richiamare con argomenti nuovi l'attenzione sul difficile equilibrio tra pubblico e privato nel processo civile, equilibrio sempre instabile, ma che forse i processualisti italiani degli anni 40 e 50 avevano troppo sbilanciato a favore della componente pubblicistica. E dico questo pur restando convinto che, posto che la nostra costituzione negli art. 24, 3, 2° comma, e oggi 111, afferma il principio della effettività della tutela giurisdizionale, e posto che oggi è da ritenere che la rapidità del processo sia elemento essenziale della tutela giurisdizionale, il problema tecnico della disciplina dello strumento processo deve pur sempre essere risolto alla luce di questo principio politico che trova il suo riconoscimento nella Costituzione e che si fonda su « una concezione sostanziale e non individualistica delle libertà » (74) (75).

(74) Così nella mia replica al *Convegno sul processo di cognizione a trent'anni dal codice* (v. retro nota 60), a p. 161-162 richiamando una espressione di Salvatore Satta.

(75) Il discorso svolto nel testo dovrebbe comportare anche una modifica dell'art. 209 c.p.c. nella parte in cui consente che il giudice possa dichiarare chiusa per superfluità l'istruzione anche ove i mezzi di prova dichiarati superflui siano volti a contrastare il risultato della prova già acquisita. Sul punto v. per tutti, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 74 ss., 96 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

28

(1999)

Continuità e trasformazione:
la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica

TOMO II

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FULCO LANCHESTER

LA DOTTRINA COSTITUZIONALISTICA ITALIANA TRA IL 1948 E IL 1954

1. Premessa. — 2. I giuspubblicisti italiani tra Stato liberale, fascismo e democrazia. — 3. Alcuni dati sulla giuspubblicistica italiana nel secondo dopoguerra. — 4. Alle origini del dibattito giuspubblicistico repubblicano. — 5. La costituzione congelata e la discussione sulla sua rivedibilità e sulla sua normatività. — 6. La critica alla costituzione ed in particolare le ipotesi di innovazione istituzionale. — 7. Conclusioni.

1. *Premessa.*

In queste note cercherò di evidenziare alcuni scampoli del viaggio della dottrina giuspubblicistica italiana dai paradigmi dello Stato nazionale accentrato di tipo ottocentesco alla faticosa ricerca di nuovi, che, all'interno del processo di globalizzazione dell'economia e di integrazione europea, ne giustifichino il ruolo e l'azione (1).

(1) V., anche se con taglio e fini differenti, P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000 e L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 1999. Con l'espressione *dottrina giuridica* intendo un gruppo specifico di individui specializzati, nell'ambito della divisione del lavoro istituzionale, che si concentrano nell'università e si contrappongono ai cosiddetti *operatori del diritto*, impegnati nella attività forense e nell'amministrazione (giurisdizionale o non). Essa costituisce un settore specifico e delimitato della classe dirigente e svolge negli ordinamenti di *civil law* un compito importante di produzione di *paradigmi* capaci di conformare anche la giurisprudenza e l'attività degli operatori del diritto all'interno dell'amministrazione.

La dottrina intesa in questo modo, ovviamente, non costituisce un circolo chiuso per le naturali interrelazioni e gli scambi esistenti con gli altri settori(operatori del diritto, compresa la burocrazia), ma la parte rilevante (il nucleo duro) della stessa è costituito(e quindi risulta identificabile), negli ordinamenti continentali, da docenti universitari, che contribuiscono in modo *originale* all'elaborazione dell'ideologia dell'ordinamento e, nella maggior parte dei casi, la replicano. La dottrina, così individuata sulla base di un criterio *posizionale*, normalmente si articola in *scuole*, ovvero in gruppi di individui uniti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le riflessioni che opererò, concentrandomi in questa sede sui primi anni successivi all'approvazione del testo costituzionale, si fondano su di un percorso di ricerca, che si sta sviluppando ormai da alcuni anni e che ha per oggetto, appunto, il ruolo dei giuspubblicisti nell'ambito dello Stato nazionale in Europa, del difficile processo di democratizzazione e della progressiva costruzione dell'Unione europea.

2. *I giuspubblicisti italiani tra Stato liberale, fascismo e democrazia.*

In questa specifica sede considero assodate le analisi effettuate in Italia nell'ultimo ventennio, relative alla dottrina del periodo liberale, a quella del ventennio fascista ed al periodo costituente.In particolare mi limito solo a ricordare come, sin dall'inizio degli anni Ottanta, sia stata operata una ricostruzione della dinamica interna alla giuspubblicistica nell'ambito di una indagine sulla « tradizione giuspubblicistica italiana », riferendosi con questa espressione al « ceto professionale dei giuristi, e quindi ad una definita comunità scientifica », ed in particolare ai cultori del diritto pubblico (costituzionalisti ed amministrativisti) (2).

---

da credenze e metodi, seguaci o discepoli di un particolare maestro o indirizzo, che individuano diverse impostazioni metodologiche e politiche, particolarmente rilevanti nei momenti di cambiamento. In questa prospettiva le scuole possono avere un rilievo *locale*, *nazionale* o *internazionale*, in cui un ruolo importante per la loro affermazione e la loro sopravvivenza hanno i meccanismi di riproduzione delle stesse sulla base di una normativa che tiene conto sia di regole interne che esterne al gruppo.

(2) V. i lavori di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato - persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia-P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 45 ss.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, che illuminano le tesi di Fioravanti nel saggio cit. *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari-Roma, Laterza, 1990, pp. 3 ss. e in quello *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, pp. 408 ss.; ma anche F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994 e idem, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'indagine, partita dall'opera di Vittorio Emanuele Orlando nell'ultimo ventennio del sec. XIX, è proseguita analizzando quella dei suoi allievi, per poi approfondire il ruolo innovatore di Mortati alle soglie degli anni Trenta. Nell'ambito di questa analisi, si è sottolineato con forza come gli anni Trenta abbiano rappresentato per la dottrina costituzionalistica italiana « una fase storica di grande fervore intellettuale, nel corso della quale la definitiva messa a nudo di un notevole invecchiamento di molte delle precedenti costruzioni teoriche s'intreccia con affannosi tentativi di rinnovamento, più o meno consapevoli sul piano teorico, più o meno formalizzati, più o meno legati alla contingenza storica del regime fascista » (3). Da una simile ricerca è stato anche messo in evidenza come sia esistita una significativa dicotomia tra costituzionalisti ed amministrativisti, dove i secondi — collegati in maniera differente alle personalità di due eminenti allievi di Orlando (Santi Romano e Oreste Ranelletti) — avevano proseguito nell'utilizzazione delle categorie tradizionali dello Stato-persona, mentre i primi più sensibili alle novità della società di massa avevano affrontato argomenti nuovi, recuperando suggestioni che sempre erano state presenti nella giuspubblicistica italiana. Mentre Orlando avversò la costruzione del regime fascista, perché lo considerava come antitesi del classico Stato liberale di diritto fondato sull'equilibrio cui aveva dedicato la propria elaborazione, Romano e Ranelletti continuarono ad agire anche all'interno del fascismo, ritenendo che nonostante l'eliminazione del pluralismo persistesse lo Stato di diritto sotto la specie della sua variante amministrativa.

Lungi dall'aver omogeneizzato il settore giuspubblicistico, l'orlandismo era, infatti, stato caratterizzato dall'egemonia culturale di un drappello sottile di studiosi, con un programma ed una organizzazione che fuoriuscivano dal mondo accademico, gruppo che si era allargato e consolidato in maniera significativa proprio nel momento in cui era scoppiata la crisi dello Stato liberale. I paradigmi disciplinari della scuola giuridica nazionale avevano infatti trovato una

(3) V. M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit. ma ora anche P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, cit. pp. 215 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più ampia esplicazione con i discepoli di Orlando (ossia, per semplificare, con Romano, Donati e Ranelletti) che con lo stesso fondatore e si erano diffusi più nel settore amministrativistico che in quello costituzionalistico.

I giovani costituzionalisti di allora, sulla scia dell'azione suggestiva e di rottura di teorici eterodossi come Sergio Panunzio e Carlo Costamagna, approfondirono — invece — i temi trascurati dalla tradizione giuspubblicistica (relativi al governo, all'indirizzo politico e al partito politico), che — per alcuni — si condensarono in una « dottrina della Costituzione » contrapposta al tradizionale dogma dello Stato persona. Più in particolare, alle spalle della « crisi di partecipazione » derivante dal primo conflitto mondiale, l'attenzione per il tema delle forme di Stato e delle forme di governo, attraverso l'enucleazione del « principio politico » e delle condizioni pregiuridiche che le caratterizzano, costituirono non soltanto un indirizzo volto alla comprensione della realtà e le cosiddette « zone grigie » del diritto costituzionale, ma anche il tentativo effettuato da alcuni di giuridicizzare il politico (4).

Durante il periodo fascista, rispetto alla posizione continuista dei giuristi tradizionali e a quella radicale degli « impegnati », l'indirizzo, che lega l'elaborazione più originale della dottrina costituzionalistica fascista a quello della stessa Costituzione repubblicana, è — dunque — quello, rappresentato da personaggi come Chiarelli, Mortati, Crisafulli.

Il progetto innovatore dello Stato autoritario, basato sui paradigmi corporativi e sul rinnovamento intenso delle strutture dello Stato, vide in un primo periodo coinvolti i giovani esponenti della giuspubblicistica italiana assieme a quelli più radicali. L'incertezza sugli sviluppi costituzionali del regime comportò, infatti, una relativa coesistenza formale tra la linea di continuità dell'orlandismo e quella del rinnovamento radicale fino alla metà degli anni Trenta e poi una rottura significativa nel periodo successivo.

Nella seconda metà degli anni Trenta si operò, invece, un distacco tra i giovani costituzionalisti e la cosiddetta dottrina « *engagée* » proprio in corrispondenza con l'accelerazione del processo di innovazione istituzionale e il porsi del confronto con l'esperienza

(4) V. F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti…*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tedesca. L'incrinarsi del compromesso diarchico tra monarchia e fascismo e la tendenza ad accelerare la formazione di uno Stato totalitario aveva suscitato, infatti, problemi e tensioni in merito al « compromesso » tra le componenti essenziali del regime, proponendo il tema della compatibilità del nuovo assetto con lo stesso Statuto albertino.

Nel periodo della ricostruzione istituzionale, compreso nel triennio 1945-47, i giuspubblicisti italiani furono presenti in tutte le fasi del processo costituente, riproducendo in parte la dicotomia per materia e per metodo prima evidenziata (5). Ai fini di queste note si può dire che proprio dal gruppo di giuspubblicisti che, nell'ambito della discussione sul nuovo Codice civile entrato in vigore ancora in periodo fascista (1942), aveva approfondito il problema dei principi e dei fini dell'ordinamento, uscirono i contributi più utili per la dottrina del secondo dopoguerra. Questo gruppo di giuristi fornì, anche nella fase costituente, l'apporto più interessante, pur venendo temporaneamente isolato nella prima fase di congelamento del testo costituzionale.

La dottrina tradizionale, dopo il momento di sconcerto dovuto agli avvenimenti bellici e a quelli post-bellici derivanti dall'epurazione, trovò — invece — un significativo equilibrio nel recupero dell'« asetticità » del metodo giuridico ed avallando la messa in mora della Costituzione.

I giuristi, ed in particolare i giuspubblicisti, si riconvertirono, dunque, al nuovo ordinamento democratico, così come aveva fatto gran parte della classe dirigente italiana. Ciò avvenne, però, in forte continuità con interessi e linee culturali professate in precedenza, naturalmente aggiornate in modo opportuno ed influenzate dagli avvenimenti politici. Con le elezioni del 18 aprile 1948 venne infatti certificata non soltanto la fine della unità tra i partiti antifascisti, ma la stessa Costituzione repubblicana — approvata dall'Assemblea costituente nel dicembre 1947 — risultò congelata per alcuni anni, influendo in maniera intensa sullo stesso dibattito giuspubblicistico.

(5) IDEM, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Alcuni dati sulla giuspubblicistica italiana nel secondo dopoguerra.*

Il panorama descritto del mondo giuspubblicistico evidenzia come — durante il primo lustro degli anni Quaranta — il dibattito fosse ampio ed articolato sia prima che dopo lo stesso crollo del regime nel 1943.

Ai fini di queste note risulta però essenziale concretizzare l'immagine astratta (e spesso distorta) che si ha della dottrina giuridica e delle scuole giuspubblicistiche nel senso specifico prima evidenziato. Astratta, perché non si quantificano le dimensioni di un settore ristretto dal punto di vista quantitativo; distorta, perché non ci si rende conto che l'influenza della dottrina di allora non può essere valutata secondo il metro contemporaneo. Non sembri, dunque, un fuor d'opera approfondire questo aspetto di *contesto* prima dell'analisi specifica del tema relativo al rapporto tra giuspubblicistica italiana e Costituzione repubblicana. Esso risulta, infatti, capace di fornire un'utile ed integrativa bussola all'indagine.

In sintesi, la cosiddetta dottrina giuspubblicistica del secondo dopoguerra era — dal punto di vista numerico — ristretta su livelli simili a quelli successivi al primo conflitto mondiale, simbolo di una Università ancora formalmente di *élite* e con una stratificazione generazionale precisa, ma profondamente mutata sotto il profilo qualitativo. Sotto un profilo generale, all'inizio degli anni Venti del secolo XX i professori ordinari delle università italiane assommavano a circa 1200 a fronte di circa 50.000 studenti e lo stesso numero saranno circa trenta anni dopo (mentre gli studenti aumentano a più di 226.000) (6).

Si può dunque affermare che dal punto di vista strutturale per quanto riguarda i docenti la situazione dell'Università italiana alla fine del secondo conflitto mondiale fosse nel 1950 molto più simile a quella degli anni Venti che a quella di vent'anni dopo o dell'ultimo decennio del secolo XX (v. tab. 1).

---

(6) I professori di ruolo prima dei provvedimenti urgenti del 1972 erano, invece, circa 2000 a fronte di una popolazione studentesca di 760.000 unità. Oggi il settore universitario allargato conta — invece — circa 50.000 docenti, di cui 12.986 ordinari, 15.121 associati e 19.090 ricercatori, mentre il complesso degli studenti supera ancora il milione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tab. 1 STUDENTI UNIVERSITARI IN ITALIA

Anno	Giurisprudenza	Scienze politiche	Economia e commercio	Totale	Totale generale
1866/67	3403	—	—	3403	9304 (1)
1882/83	5090	23	—	5113	12877
1921/22	8566	195	6161	14922	49134
1931/32	10310	770	8490	19570	47614
1951/52	38315	2406	26982	67703	226543 (2)
1961/62	46574	9887	58168	114629	287975 (3)
1971/72	73293	40182	70050	183515	759872 (4)
1981/82	144053	41464 (5)	113340	298857	1024681 (6)
1991/92	242983 (7)	110996 (8)	256705	610684	1474719 (9)
1998/99	284697 (10)	92905 (11)	175325	552927	1573052

(1) Compresi 1345 studenti iscritti a corsi vari.
(2) Compresi 4693 studenti iscritti a corsi vari.
(3) Compresi 7395 studenti iscritti a corsi vari.
(4) Compresi 9579 studenti iscritti a corsi vari.
(5) Più 10064 iscritti alla Facoltà di Sociologia.
(6) Compresi 23111 studenti iscritti a corsi vari.
(7) Più 1463 iscritti al corso di laurea in Scienze dell'amministrazione.
(8) Più 14436 iscritti alla facoltà di Sociologia.
(9) Compresi 22050 studenti iscritti a corsi per diploma universitario.
(10) Più 1007 iscritti al corso di laurea in Scienze dell'amministrazione.
(11) Più 21984 iscritti a Sociologia, 3818 iscritti a Relazioni pubbliche e 345 a Scienze della comunicazione.

Le differenze tra le dimensioni della dottrina giuspubblicistica contemporanea e quelle di cinquanta anni fa risultano, dunque, ancor più evidenti, se si fa riferimento al numero dei docenti di questo preciso settore delimitato da coloro che insegnano materie inserite in settori scientifico disciplinari (per utilizzare caselle attualmente vigenti) che fanno riferimento al Diritto costituzionale, al Diritto pubblico comparato, alle Istituzioni di diritto pubblico e al Diritto amministrativo (7). Nel 1952 gli ordinari di Diritto costitu-

(7) Faccio riferimento ai nuovi settori scientifico disciplinari JUS-08 già N08X (Diritto costituzionale), JUS-21 già N11X (Diritto pubblico comparato), JUS-09 già N09X(Istituzioni di diritto pubblico), JUS-10 già N10X (Diritto amministrativo), in cui vengono ricomprese le materie del settore giuspubblicistico in senso stretto. Una simile scelta esclude in modo formale dall'analisi settori collegati a quelli succitati e che con gli stessi hanno avuto in origine relazioni molto strette; penso ad esempio agli internazionalisti, ai filosofi del diritto ed agli storici del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale erano — infatti — diciotto (8), di cui quattro straordinari (tredici nel 1922); nel 1999 sessantuno (cui si devono aggiungere ventiquattro docenti di Diritto pubblico comparato). Quelli di Istituzioni di diritto pubblico cinque nel 1952 (9) (nel 1922 l'unico ordinario era Oreste Ranelletti alla Bocconi) e oggi settantuno. Infine rispetto ai ventitre ordinari di diritto amministrativo del 1952 (10) (nel 1922 erano quindici) nel 1999 ve ne sono oramai centonove (v. tab. 2) (11).

Tab. 2 DOCENTI ORDINARI DI MATERIE GIUSPUBBLICISTICHE NELLE UNIVERSITÀ ITALIANE

	1922	1932	1942 (*)	1952	1962	1971	1999
Diritto costituzionale	13	6	11	18	15	19	61
Istituzioni di diritto pubblico	1	4	8	5	11	19	71
Diritto pubblico comparato	—	—	—	—	—	—	24
Diritto amministrativo	15	16	18	23	20	22	109
Totale	29	26	37	46	46	60	265

(*) + 6 ordinari di Diritto corporativo

Questi dati giustificano in maniera evidente come si possa ipotizzare una sostanziale continuità quantitativa tra la dottrina degli anni Venti e quella del trentennio successivo (12). Ma gli stessi devono essere approfonditi per valutare quale fosse l'incidenza della *dottrina*. Una simile analisi non si inserisce nella linea polemica della mancata

(8) Alla stessa data gli incaricati di diritto costituzionale che non fossero ordinari erano Giacobelli, Villari, De Bernardis, Meloni, Galeotti, Benvenuti, Sica e Bon Valsassina.

(9) Nello stesso 1952 ricoprivano per incarico l'insegnamento di Istituzioni di diritto pubblico: Sailis, Galli, Cavallo, Silvestri, Galeotti, Rasponi, Jannaccone, Bozzi, Carbonaro, Curri, Benvenuti, Trabucchi.

(10) Erano incaricati di Diritto amministrativo nell'anno 1952 Giacobelli, Franchini, Sinagra, Treves, Vignocchi, Carbonaro, Galateria, Silvestri, Rovelli, Ferrero, Cannada Bartoli, Bon Valsassina.

(11) I dati del 1922 e del 1952 sono recuperati dagli annuari statistici del Ministero della pubblica istruzione;quelli del 1999→http://php3. sp2.cineca.it/murst-dae/pers_docente/ricerca_docenti.php3.

(12) È infatti da tenere in debita considerazione che se il Diritto costituzionale soffrì di una limitata e comprensibile riproduzione nel primi due lustri del « regime », al numero dei docenti ordinari dell'inizio degli anni Venti vennero ad aggiungersi quelli delle Facoltà di Scienze economiche, passate sotto il controllo del Ministero dell'Educazione nazionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

epurazione, ma piuttosto sulla demarcazione tra impostazione inserita nell'alveo più tradizionale della scuola giuspubblicistica nazionale e quella più consapevole delle modificazioni introdotte dalla crisi di partecipazione derivante dall'ingresso delle masse nella società politica.

In questa specifica prospettiva risulta significativo che, all'inizio degli anni Cinquanta, tra il gruppo dei giuspubblicisti presi in esame solo Orlando, Lombardo Pellegrino, Zanobini, Solazzi e De Valles fossero entrati nei ruoli prima del 1925. La parte rilevante dei docenti in ruolo era invece costituita da professori selezionati proprio durante gli anni Trenta.

Se si analizza, infine, la situazione sotto il profilo specifico del *reclutamento*, tra il 1924 e il 1953 per il Diritto costituzionale si tennero, infatti, sette concorsi a cattedra (quattro a Camerino, due a Sassari ed uno a Cagliari) con undici ternati (13). Nello stesso periodo si erano tenuti quattro concorsi di Istituzioni di diritto pubblico (tre a Cagliari ed uno a Trieste) (14) con tredici vincitori, mentre nei dieci concorsi per il Diritto amministrativo tenutisi tra il 1925 e il 1953 erano stati, infine, selezionati ben ventisei docenti (15).

Per quanto riguarda la riproduzione concorsuale del secondo dopoguerra, è opportuno mettere in evidenza come essa sia stata — in analogia con ciò che era accaduto dopo il primo conflitto mondiale — sostanzialmente congelata sino alle soglie degli anni

---

(13) I vincitori furono: nel 1925 Crosa a Sassari;nel 1935 Esposito e Zangara a Camerino, nel 1936 Mortati, Biggini, Origone a Cagliari, nel 1939 Biscaretti e Crisafulli a Camerino, nel 1949 Guarino, Virga e Gueli a Camerino, mentre il concorso del 1945 a Camerino non diede vincitori, così come quello del 1953 a Sassari. Per la vicenda dei titolari di Diritto corporativo si rinvia a quanto contenuto in F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania…* non si tiene conto dei docenti nominati *per chiara fama* (tra cui ad es. Giuseppe Maranini), capitolo interessante, così come quello relativo alla revisione dei concorsi nel periodo del secondo dopoguerra... Per la *terna bianca* del concorso postbellico v., invece, anche il rapido accenno di G. Guarino al Convegno in onore di G. Cuomo (Napoli, 1999) in pubblicazione sulla *Rassegna parlamentare.*

(14) Nel 1932 a Cagliari erano stati selezionati Rovelli, Miele e Navarra; nel 1942 sempre a Cagliari Foderaro, Lavagna e Pierandrei, mentre nel 1953 (di nuovo a Cagliari) Cannada Bartoli, Silvestri e Lucatello ed a Trieste nel 1953 Prosperetti, Barile e Sica.

(15) Bonaudi e Lessona nel 1925; Tommasone, De Francesco, Ingosso e Bracci nel 1926; Bodda, Girala e Tosato nel 1933; Lucifredi, Guicciardi e Resta nel 1935; Jaccarino e Achille Giannini nel 1936; Amorth, Massimo S. Giannini e Romanelli nel 1939; Sandulli, Alessi e Gasparri nel 1942; Treves, Benvenuti e Del Prete nel 1950; Casetta, Franchini e Codacci Pisanelli nel 1953.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cinquanta. I concorsi per cattedre di Diritto costituzionale tra l'immediato dopoguerra ed il 1953 furono, infatti, tre (Camerino - Giurisprudenza 1945; Camerino - Giurisprudenza 1949 (16);

(16) Il concorso in oggetto è interessante per le vicende post-belliche, ma anche per le sue origini. Esso venne bandito con ordine ministeriale del 1° aprile 1943, come risulta anche dalle domande depositate al Ministero dell'Educazione nazionale. Si trattò di una procedura contrastata, cui presentarono domanda numerosi concorrenti (Vincenzo Gueli, Biagio Vincenti, Salvatore Maiorana, Giovanni Battista Rizzo, Flaminio Franchini, Giuseppe Domenico Ferri, Giuseppe Codacci Pisanelli, Salvatore Villari, Pasquale Del Prete, Giulio Da Re, Giacomo Fragapane, Guido Lucatello, Enrico Sailis) e che si trascinò per alcuni anni. Gli eventi bellici bloccarono le procedure, che vennero riaperte con il D.M. del 21 novembre 1945 e le elezioni dei membri della Commissione giudicatrice nel luglio dell'anno successivo [V. verbale del Consiglio superiore della pubblica istruzione relativo ai concorsi indetti con D.M. 21 Novembre 1945 del 5 luglio 1946 in cui risultarono eletti Tosato (voti 118), Donati (111), Esposito (107), Crosa (77), Mortati (70). Primi dei non eletti: Tesauro (38), Orlando (36), Marchi (29), Ambrosini (28), Zanobini (23)]... A causa della morte di Donato Donati nel settembre 1946, la Commissione dovette essere integrata con il primo dei non eletti Alfonso Tesauro (V. Decreto del Ministro della Pubblica istruzione Gonella del 1 ottobre 1946). Per ragioni varie la prima riunione non potè tenersi al Ministero che nel gennaio 1947, per poi proseguire nei locali della Camera dei deputati, a causa degli impegni dei due membri (Mortati e Tosato) appartenenti alla Assemblea costituente. I lavori, conclusisi verso la fine di febbraio, non diedero alcun esito, non avendo alcun candidato riportato almeno tre voti. Nella relazione pubblicata sul Bollettino ufficiale del Ministero della pubblica istruzione (V. *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso a professore straordinario alla cattedra di diritto costituzionale della Università di Camerino* (B.U., parte II, del 26-2-1948), estr., p. 6.) la Commissione, « unanime, aggiun[se] però che, malgrado l'esito, il concorso [avesse] rivelato che vi [erano] studiosi degni di ogni considerazione, che integrando la produzione scientifica [avrebbero potuto] cimentarsi con ogni probabilità in un concorso futuro ». La stessa Commissione concludeva di essersi « ispirata, nel suo giudizio, a criteri di giusta severità, nell'intento di giovare alla scienza e all'insegnamento del diritto costituzionale ». Essa si augurava che « uguale criterio presied[esse] ad ogni conferimento di cattedra di questa materia, rispettandosi, anche nei trasferimenti, più che in passato, l'autonomia di questo ramo fondamentale del diritto ».

I risultati del concorso, trasmessi al Consiglio superiore in data 22 febbraio 1947 che diede il prescritto parere in data 17 ottobre 1947, vennero approvati con D.M. alla fine di ottobre dello stesso anno, dando origine ad un ricorso al Consiglio di Stato.

Per un ricordo di questa vicenda, che diede luogo a un lungo contenzioso giurisdizionale da parte di alcuni concorrenti (i cui termini vengono limpidamente riassunti nella memoria di Carlo M. Iaccarino in ACS — Ministero P.I. F. 820 — Busta 390) e che vedeva commissari Emilio Crosa, Alfonso Tesauro, Egidio Tosato, Carlo Esposito e Costantino Mortati v. G. Guarino al Convegno in onore di Giuseppe Cuomo sulla *transizione costituzionale*, Napoli, novembre 1999 in pubblicazione su *Rassegna parlamentare*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sassari Giurisprudenza 1953 (17). Il primo ed il terzo di questi concorsi furono caratterizzati da terne *bianche.* Due furono, invece, i concorsi per le Istituzioni di diritto pubblico (Cagliari - Facoltà di Magistero nel 1951 (18); Trieste - Facoltà di Economia e Commercio nel 1953 (19). Né si creda che molto più numerosi siano stati i concorsi per il Diritto amministrativo, che furono nell'immediato dopoguerra solo due: il primo nel 1950 a Catania-Giurisprudenza (20); il secondo nel 1953 a Camerino (21), anche perché solo con i primi anni Sessanta si pervenne, per tutti i settori giuspubblicistici, ad un allargamento incisivo delle maglie concorsuali con la pubblicazione di numerosi bandi (22).

4. *Alle origini del dibattito giuspubblicistico repubblicano.*

Durante gli anni compresi tra il 1948 e il 1954 la situazione di tensione internazionale ed interna provocò, com'è noto, da un lato la pressoché totale inattuazione del dettato costituzionale sia per quanto riguardava le norme organizzative sia per quelle di principio, dall'altro il tentativo di pervenire — attraverso l' innovazione del sistema elettorale — anche alla riforma della Costituzione. Nel 1955 il processualista e costituente Piero Calamandrei riassumerà la sua analisi del periodo in questione affermando che lo scritto *La Costi-*

(17) Il terzo concorso vide come commissari Crosa, Chiarelli, Esposito, Mortati, Biscaretti di Ruffìa.

(18) I commissari furono Carlo Esposito, Costantino Mortati, Enrico Guicciardi, Vincenzo Sinagra e Giuseppe Maranini, mentre i vincitori furono Eugenio Cannada Bartoli, Vincenzo Silvestri, Guido Lucatello.

(19) Commissari Giuseppe M. De Francesco, Giuseppe Chiarelli, Carlo Esposito, Enrico Guicciardi, Giorgio Cansacchi, mentre la terna vincitrice era composta da Ubaldo Prosperetti, Paolo Barile e Vincenzo Sica.

(20) Commissari: Giuseppe M. De Francesco, Giovanni Miele, Pietro Bodda, Enrico Guicciardi e Aldo Sandulli; ternati Giuseppino Treves, Feliciano Benvenuti e Pasquale del Prete.

(21) Commissari: Guido Zanobini, Giuseppe M. De Francesco, Pietro Bodda, Enrico Guicciardi, Aldo Sandulli; ternati Elio Casetta, Flaminio Franchini, Giuseppe Codacci Pisanelli.

(22) Per notizie ed indicazioni su questo periodo si rinvia a F. LANCHESTER, *Livio Paladin e la dottrina costituzionalistica italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzione e le leggi per attuarla (23) avrebbe potuto « più appropriatamente intitolarsi *la Costituzione inattuata*, o ancor più esattamente *come si fa a disfare una Costituzione* » (24). Gli anni del *congelamento costituzionale* costituirono in effetti il frutto complesso di una situazione politica di contrapposizione interna ed internazionale, ma furono anche accompagnati da una deriva culturale che non accettava la *normatività* della Costituzione, affondando le radici nell'esperienza di più di ottanta anni di costituzione flessibile. Il primo aspetto è troppo noto per essere ripreso in questa sede;il secondo si correla, invece, strettamente con l'analisi delle impostazioni ben visibili all'interno della dottrina giuspubblicistica italiana sin dagli anni Trenta, alle spalle della legge sul Gran Consiglio del fascismo che aveva introdotto per la prima volta nell'ordinamento la categoria delle leggi costituzionali. Il dibattito che ne scaturì si incrocia, dopo la caduta del fascismo, con le strategie delle forze politiche che si posero alla base del nuovo ordinamento e risulta individuabile in modo estrinseco perlomeno dalla Commissione Forti in poi.

All'interno della Commissione Forti avevano infatti, significativamente, convissuto vecchio e nuovo e l'esame delle relazioni redatte all'interno della prima sottocommissione (ed in particolare quelle di Massimo S. Giannini e Costantino Mortati) e dei Cenni sui lavori della Commissione, redatti da Gaetano Azzariti, evidenziano gli elementi di continuità e di novità rispetto al recente passato (25).

---

(23) V. P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, ora ripubblicato da Giuffrè, 2000. Calamandrei assunse anche l'incarico di Diritto costituzionale nella Facoltà giuridica fiorentina, considerando il settore strategico per la rinascita dell'ordinamento. V. per questo quanto scritto dallo stesso Calamandrei nella *Presentazione* al volume di P. BARILE, *Orientamenti per la Costituente*, Firenze, La Nuova Italia, 1945: « *L'ora che viviamo non sembra fatta per i giuristi ….. Ma un'eccezione si deve fare per il diritto costituzionale: perché, alla vigilia della costituente …, le questioni politiche che si presentano preliminarmente non possono non essere, insieme, questioni di diritto costituzionale. In questo campo politica e diritto si completano e si sovrappongono* » (p. V).

(24) IDEM, p. 3.

(25) M.S. GIANNINI, *Potere costituente - Costituzione rigida o flessibile*, Ministero per la Costituente - Commissione per gli studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato, *Relazione alla Assemblea costituente, vol. I. Problemi costituzionali - organizzazione dello Stato*, Roma, Stabilimento tipografico Fausto Failli, 1946, pp. 37 ss. e C. MORTATI, *I diritti pubblici subiettivi*, in idem, pp. 79 ss.; G. AZZARITI, *Cenni sui lavori della sottocommissione*, in *ibidem*, pp. 3 ss. Tra le altre relazioni v.: R. AGO, *I rapporti internazionali dello*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella Relazione su *Potere costituente - Costituzione rigida o flessibile* Massimo S. Giannini, che aveva — in modo significativo — tenuto conto della categoria della *elasticità* introdotta pochi anni prima da Luigi Rossi nell'ambito della discussione sulle innovazioni istituzionali del regime fascista (26), aveva dichiarato « (la) preferibilità di una Costituzione rigida a una flessibile " Egli, però, aveva scritto che ciò " non significa(va) …che la costituzione stessa [dovesse] essere anelastica o scarsamente elastica " perché in Italia " si avrà un moto progressivo — ormai palese per il confluire in certe direzioni delle principali forze politiche del Paese — che sarebbe dannoso arrestare entro formule costituzionali eccessivamente ristrette » (27). Il profondo senso storico di Giannini si univa, infatti, con la posizione allora prevalente nell'ambito della sinistra a non ingessare il testo costituzionale, perseguendo una visione di tipo incrementale della stessa.

Una simile posizione troverà accostamenti ed approfondimenti negli anni successivi, anche in relazione alla sempre maggiore attenzione prestata dallo stesso ai temi costituzionalistici. L'attenzione va, invece, piuttosto da un lato alla Relazione sui *Diritti pubblici subiettivi* di Mortati e ai *Cenni sui lavori* di Gaetano Azzariti. Nella citata relazione Mortati, in assonanza con l'impostazione cattolica, aveva, infatti, richiamato « l'attenzione sulla rilevanza che la dichiarazione dei diritti fondamentali riveste nella predeterminazione del complessivo assetto costituzionale », per cui « il diverso modo di intendere questi diritti … dà vita ad un particolare tipo di Stato, ed è il tipo di Stato che necessariamente influisce sulla forma del governo ». In questa relazione si evidenzia sia il salto di qualità rispetto alle concezioni stataliste tradizionali, sia la persistenza di elaborazioni

---

Stato nella nuova costituzione italiana, pp. 76 ss.; G.B. Boeri e G.B. Rizzo, *Organi e funzioni legislative*, pp. 191 ss.; V. Gueli e C.M. Jaccarino, *Partecipazione diretta dei cittadini alle funzioni amministrative*, pp. 393 ss.; V. Gueli, *La responsabilità per gli atti dei pubblici funzionari nei suoi aspetti d'importanza costituzionale*, pp. 421 ss.; A.D. Giannini, *Guarentigie giurisdizionali dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, pp. 443 ss.

(26) V. M.S. Giannini, *Potere costituente - Costituzione rigida o flessibile*, cit., p. 39.

(27) Idem, p. 43; di qui il suggerimento di strumenti di revisione costituzionale « né troppo macchinos (i) né troppo facil (i) » (p. 50).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

operate sin dagli anni Trenta. La cesura fondamentale rispetto al passato liberale e fascista era rappresentata dalla rottura con le concezioni autoritarie dello Stato che vedevano i diritti fondamentali come un riflesso e l'affermazione della centralità della persona umana sia come singolo sia come associato all'interno dell'ordinamento.

In continuità con l'elaborazione del precedente decennio Mortati sottolineava, invece, la strumentarietà delle « norme dirette a porre il sistema degli organi « rispetto « al fine politico specifico del tipo di Stato che si intende realizzare ». La determinazione del fine politico concretizzava — a suo avviso — « la base comune d'intesa delle varie forze politiche, le quali si pongono a sostegno di una concreta forma statale, ed è ovvio che quanto più precisa, approfondita ed organica sia tale base tanto più saldo debba riuscire l'assetto statale cui si dà vita » (28). Di qui le note e calzanti osservazioni relative alla necessità di un « accordo sostanziale effettivo » …fra le « forze politiche più efficienti » « intorno al sistema dei diritti e doveri fra cittadino e Stato, essendo la concretezza e la saldezza di questo accordo subordinata la vitalità della Costituzione » (29).

Emerge qui il tema del compromesso costituzionale in un ordinamento pluralistico che verrà riproposto, in modo critico, dieci danni dopo anche da Pietro Calamandrei nella sua impietosa analisi sull'inattuazione costituzionale. In linea di continuità con la discussione del precedente quindicennio, Mortati aveva precorso — invece — il dibattito in Assemblea costituente e quello successivo alla promulgazione della Costituzione, evidenziando come « (i)l grado maggiore o minore di concretizzazione che la concezione politica generale riesc(e) a raggiungere in ordine alla posizione del cittadino nello Stato ed alla valutazione degli interessi sociali riconosciuti degni di tutela, conduce a una diversa formulazione dei principi relativi a tali punti, che conferisce ai medesimi o il carattere di norme vere e proprie … o invece solo il carattere di direttive programmatiche di massima » (30). Mortati, dopo essersi schierato contro la tesi

(28) V. C. MORTATI, *Diritti pubblici subiettivi*, in *idem*, pp. 79 ss.
(29) *Ibidem.*
(30) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che avrebbe voluto inserire in Costituzione solo norme cogenti, aveva dimostrato di considerare l'importanza di una solenne proclamazione dei diritti fondamentali « da porre come premessa della Costituzione » (31). Per Mortati, il cui psicodramma personale e generazionale era stato evidenziato nella prefazione alla traduzione della Costituzione di Weimar (32), « (l)e massime da inserire nella premessa [sarebbero state]... da ricavare dalle altre parti della Costituzione per via di astrazione e di sintesi, allo scopo di rappresentare in una visione di insieme il nucleo caratteristico di tutto il sistema » sia a scopo ermeneutico sia a fini pedagogici ed educativi (33).

Il costituzionalista calabrese si rendeva, però, già perfettamente conto che, in un contesto di forze politiche pluralistiche l'eccessiva eterogeneità delle stesse, poteva condurre « o a raccogliere, inserendoli nella Costituzione in giustapposizione fra loro, principî che siano espressione di orientamenti e di fini diversi …; oppure a formulare delle disposizioni cui non corrisponda un contenuto univoco, l'accordo da cui esse risultano consistendo proprio nel non dare vita ad una decisione positiva, che tuttavia viene fatta apparire come assunta, attraverso l'impiego di formule vaghe, non suscettibili di applicazione in una direzione determinata » (34).

Gaetano Azzariti, la cui posizione avrà notevole importanza negli anni successivi, nei *Cenni sui lavori* aveva — invece — evidenziato una singolare diffidenza proprio nei confronti del controllo sulla costituzionalità della legge (35) che egli sembrava considerare come una sottrazione al sindacato dell'autorità giudiziaria. Egli riteneva che un sindacato di costituzionalità delle leggi volto ad impedire « che il potere legislativo ordinario non invad[esse] il campo del potere costituente » avrebbe potuto assumere « un carattere nettamente politico, che lo [avrebbe fatto] uscire dal campo puramente giudiziario e [avrebbe finito per prescindere] perfino, in

(31) *Ibidem.*

(32) V. F. Lanchester, *Costantino Mortati e Weimar*, in *Alle origini della Costituzione*, a cura di S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 309 ss.

(33) *Ibidem.*

(34) *Ibidem.*

(35) V. G. Azzariti, *Cenni…*, cit., in particolare pp. 8 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una certa misura, dalle finalità di tutela dei diritti individuali garantiti dalla Costituzione » (36).

Il problema, che già nel periodo precostituente veniva ad essere al centro della discussione, era — dunque — quello della *normatività* della Costituzione e del suo valore all'interno dei concreti contesti storico-sociali. La novità di un ordinamento fondato su una costituzione rigida e basata su principi che si imponevano come direttiva al legislatore ordinario per alcuni finiva per costituire una vera e propria cesura teorica e pragmatica con le carte puramente organizzative del passato, divenendo il vero discrimine tra le impostazioni tecniche, con riflessi ovviamente politici.

5. *La costituzione congelata e la discussione sulla sua rivedibilità e sulla sua normatività.*

Il citato polemico scritto del processualista e parlamentare Piero Calamandrei riassumeva, dunque, un dibattito ampio che aveva i suoi prodromi nel periodo pre-costituente, stigmatizzando *l'inadempimento costituzionale* che aveva finito per investire « in maniera generale e si potrebbe dire sistematica, tutte le parti della Costituzione », sia per quanto riguardava la parte organizzativa dell'apparato costituzionale che quella « ordinativa della società » (37). Esso, tuttavia, approfondiva soprattutto il lato politico della questione, mentre invece il profilo più direttamente *tecnico* era stato analizzato dal gruppo dei giuspubblicisti in senso stretto.

In un simile contesto, proprio durante il periodo 1948-1954, fortissime furono le pulsioni verso il recupero del metodo giuridico tradizionale al fine di giustificare il blocco esistente (38) ed i giuspubblicisti che avevano cooperato in prima persona alla redazione del testo costituzionale risultano tutti costretti sulla difensiva, lasciando il passo alle interpretazioni continuiste o critiche del testo costituzionale.

In una simile prospettiva si muove non soltanto la dottrina

(36) *Idem*, p. 9.

(37) *Ibidem*, p. 87.

(38) V. in modo esemplare A. GIANNINI, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, pp. 87 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizionale, che interpreta il testo costituzionale sulla base dei paradigmi fondamentali della scuola giuspubblicistica orlandiana e della continuità statutaria (39), ma anche la giurisprudenza, iniziando dalla sentenza della Corte di cassazione relativa alle norme precettive e programmatiche.

La contrapposizione internazionale ed interna rendeva molto sottile e di sopravvivenza il dibattito tecnico e politico sulla normatività della costituzione e sui paradigmi del diritto costituzionale. Esso coinvolse soprattutto gli esponenti della dottrina giuspubblicistica degli anni Trenta, che — dopo aver anche fornito (in modo diretto o indiretto) alla Costituente il proprio contributo tecnico — approfondirono ed espressero negli anni del congelamento costituzionale gli strumenti per il radicamento e l'applicazione della Costituzione.

La linea prevalente sembrava essere allora quella del recupero della continuità, con il richiamo all'asetticità del metodo giuridico e con l'interpretazione restrittiva della distinzione tra norme direttive e norme precettive della Costituzione (v. sent. sez. un. pen. 7 febb. 1948). Al centro della discussione costituzionalistica si poneva, d'altro canto, non tanto l'attuazione della nuova Costituzione, ma le sue carenze e la sua revisione (40). L'analisi della produzione del periodo potrebbe passare per strade differenti: la valutazione dei primi commenti sulla nuova costituzione (41) oppure quello delle due principali riviste giuspubblicistiche del periodo (la *Rassegna di diritto pubblico* e la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*). Entrambe le operazioni porterebbero ad evidenziare la contrapposizione tra l'impostazione più tradizionale, tesa a sottolineare l'esigenza di una continuità con le categorie del passato, e quella volta ad esplicitare l'importanza *rivoluzionaria di una costituzione rigida*. La *Rassegna di diritto pubblico*, diretta da Alfonso Tesauro, sarà per alcuni anni la

(39) V. ad es. E. Crosa, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1951, n. 1, pp. 91 ss.

(40) Scampoli e semplari di simili posizioni sono recuperabili negli scritti selezionati e raccolti da: F. Gentile - P.G. Grasso, *Costituzione criticata*, Napoli, ESI, 1999, pp. 76-254.

(41) V. A. Amorth, *La Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948; G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, Marzorati, 1948; C. Cereti, *Corso di diritto costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1948.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rivista di impostazione giuspubblicistica maggiormente impegnata, cui si contrapporrà all'inizio degli anni Cinquanta la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, il cui nume ispiratore sarà Massimo S. Giannini. Aspettando la pubblicazione della *Giurisprudenza costituzionale*, diretta proprio da giuristi degli anni Trenta come Esposito, Mortati e Giannini, questi due periodici si troveranno su posizioni contrapposte soprattutto nei primi anni Cinquanta ed esprimeranno in modo *plastico* una contrapposizione tecnico-metodologica e politica.

Nel 1951 proprio Massimo S. Giannini, presentando su *Società* il documento di circa quaranta giuristi per l'applicazione del testo costituzionale (42), aveva parlato, richiamando Gaetano Azzariti (43), di *Costituzione fluida* sulla base dell'inattuazione sistematica delle sue prescrizioni. Giannini considerava, opportunamente, che la *fluidità* della costituzione fotografasse la « paradossale situazione di …. una costituzione che, a differenza dello statuto albertino del 1848, non [era] flessibile, ma rigida », ossia « *relativamente immodificabile* (nel senso che può essere modificata solamente seguendo una procedura determinata) » e « giuridicamente *soprordinata a tutte le altre norme giuridiche…* » (44). La costituzione avrebbe dovuto quindi « esser seguita da leggi rivolte per attuarla », aventi carattere di esecuzione del dettato costituzionale, per cui la persistente inattività nell'adozione degli istituti previsti dalla stessa portava alla *fluidità*, ovvero all'esistenza di una costituzione rigida, « la quale tuttavia non [poteva] trovare applicazione per mancanza delle leggi dirette ad integrarla e, quindi, ad attuarla » (45). L'antinomia intrinseca della situazione stava — per Giannini — nel fatto che la costituzione non poteva funzionare né come costituzione rigida(perché mancavano gli strumenti attuativi), né come flessibile perché contenente « in sé stessa il divieto di funzionare altrimenti che come

(42) V. M.S. GIANNINI, *La costituzione « fluida »*, in *Società*, 1951, n. 3, pp. 497 ss.

(43) Di cui v. in particolare G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951; sulla sua opera v. F. LANCHESTER, *Gaetano Azzariti: tecnico della legislazione*, in *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., pp. 177 ss.

(44) M.S. GIANNINI, *La Costituzione "fluida"*, p. 497.

(45) *Ibidem*, p. 498.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzione rigida » (46). Di qui l'impossibilità per la stessa opera adeguatrice della magistratura di superare i limiti della situazione quando si passi da elementi di tipo intersubiettivo a quelli di tipo organizzativo.

In questa dimensione ritengo risultino di particolare interesse per valutare continuità e cesura nella produzione costituzionalistica del periodo i contributi pubblicati su gli *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi* (47), il costituzionalista bolognese che dal 1924 aveva ricoperto a Roma la prima cattedra di Diritto pubblico comparato in Italia (48). Un primo abbozzo dell'opera in questione, promossa dieci anni prima dalla Facoltà di Scienze politiche e dall'Istituto di diritto pubblico e dottrina dello Stato dell'Università di Roma « La Sapienza » attraverso una circolare inviata « a tutti i docenti delle Università italiane, cultori di materie pubblicistiche ed affini » (49), era stata considerata — a causa degli

(46) *Ibidem*, p. 499.

(47) Milano, Giuffrè, 1952.

(48) V. su questo F. LANCHESTER, *Metodo nel diritto costituzionale comparato. Luigi Rossi e i suoi successori*, in « *Momenti e figure* », cit., pp. 3 ss.

(49) Dall'indice provvisorio dell'opera (compilato nel 1943) pubblicato alle p. IX e X dell'opera risultavano aver aderito, tra gli altri, gli esponenti più brillanti della giovane dottrina costituzionalistica degli anni Trenta: Alessi (Diritto amministrativo), Ambrosini (Diritto coloniale - Roma), Bacillari (Diritto costituzionale - Bari), Baldi Papini (Diritto amministrativo, inc., Firenze), Battelli (Svizzera), Benedicenti (inc), Biscaretti (Diritto costituzionale - Catania), Bottai (Diritto corporativo - Roma), Origone, Mortati, Esposito, Crosa, Caristia (Istituzioni di diritto pubblico - Catania), Cesarini Sforza (Fil. del dir. - Roma), Cioffi (inc. Roma), Chiarelli (Diritto corporativo - Roma), Colitto, Crisafulli (Diritto costituzionale - Trieste), Crosa (Dir. costituzionale - Torino), Curcio (Storia delle Dottrine politiche), De Cocci (ass.), De Francisci, Del Giudice (poi inc. di Diritto del lavoro - Roma), De Mattei (Storia delle dottrine politiche - Roma), De Simone Saverio (poi inc. Diritto del lavoro - Bari), De Stefani (già Diritto finanziario - Roma), Esposito (Diritto costituzionale - Padova), Ferrero (inc. Diritto amministrativo - Perugia), Ferri G. D., Foderaro (Istituzioni di diritto pubblico - Camerino), Fragola, Franchini, Groppali (Istituzioni di diritto pubblico - Venezia), Gueli, Giannini M. S. (Diritto amministrativo - Sassari), Giannini A., Leicht (Storia del diritto - Roma), Levi L., Magnino, Marongiu (Storia del diritto - Macerata), Maraviglia (Istituzioni di diritto pubblico - Roma), Mazzei, Miele (Diritto amministrativo - Pisa), Monaco (Diritto internazionale - Modena), Monti (Storia del diritto - Bari), Mortati (Diritto costituzionale - Macerata), Naldoni, Origine (Diritto costituzionale - Trieste), Panunzio (Dottrina generale dello Stato - Roma), Pergolesi (Diritto costituzionale - Bologna), Perassi (Diritto internazionale - Roma), Resta (inc. Diritto amministrativo -

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avvenimenti politici del periodo — obsoleta. Nel 1948 venne quindi operato un nuovo invito a contribuire, questa volta limitato « esclusivamente a cultori di diritto costituzionale », cosicché l'opera venne a consistere di venticinque contributi originali, preceduti dalla commemorazione di Rossi tenuta da Santi Romano nell'aprile 1943. Tra questi (50) risultano particolarmente significativi del dibattito costituzionalistico alle soglie degli anni Cinquanta quelli di Biscaretti di Ruffia, Chiarelli, Crisafulli, Esposito, Gueli, Mortati, Orlando, Pierandrei, Valentini (51). Se si esclude la riflessione di Orlando, che abbraccia e affronta il tema del mutamento epocale di prospettiva derivante dalla crisi del soggetto Stato, alcuni di questi operano in sostanza una riflessione corale sul tema dei limiti alla revisione

---

Roma), Riva Sanseverino (Diritto corporativo - Pisa), Santonastaso, Sertoli Salis (Diritto coloniale - Pavia), Solazzi Siro (ma è più probabile che sia Gino che non solo aveva sottoscritto il vaglia per le onoranze, ma era stato anche supplente di Rossi a Bologna nel 1910), Sperduti, Udina (Diritto internazionale - Trieste), Vassalli F. (Diritto romano - Roma), Venditti (incaricato di Diritto del lavoro - Napoli), Viesti (inc. Legislazione del lavoro - Bari), Zanobini (Diritto amministrativo - Roma). Tra i titoli preannunziati, è opportuno ricordare che avrebbe dovuto essere pubblicato in quella raccolta il saggio di GIUSEPPE CHIARELLI su *Il pensiero giuridico italiano ed i problemi del diritto pubblico italiano* (pubblicato su *Stato e diritto* e vero e proprio atto d'addio nei confronti del regime della parte più intelligente della giuspubblicistica italiana).

(50) R. DE MATTEI, *'Regimen Ecclesie' e 'regimen mixtum' nel pensiero politico del seicento*, pp. 115 ss.; C. ESPOSITO, *I partiti nella costituzione italiana*, pp. 131 ss.; G.D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa (Contributo all'interpretazione dell'art. 76 della Costituzione)*, pp. 165 ss.; M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, pp. 195 ss.; C. LAVAGNA, *Prime considerazioni per uno studio sulla migliore struttura del parlamento*, pp. 267 ss.; L. LEVI, *Sulla partecipazione di rappresentanti degli organi di controllo alla amministrazione di enti controllati*, pp. 279 ss.; A. MARONGIU, *Parlamenti e governi nella storia costituzionale italiana*, pp. 297 ss.; G. MIELE, *Riflessi della costituzione sull'ordinamento del contenzioso tributario*, pp. 331 ss.; R. MONACO, *Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale*, pp. 359 ss.; A. ORIGONE, *La libertà religiosa e l'ateismo*, pp. 417 ss.; F. VASSALLI, *La decadenza dei senatori dalla carica*, pp. 547 ss.; V. ZANGARA, *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, pp. 593 ss.; D. DE COCCI, *Il concetto giuridico di libertà*, pp. 653 ss.; A. VOLPICELLI, *La certezza del diritto e la crisi del diritto e la crisi odierna*, pp. 705 ss.

(51) Il saggio di Crosa, datato settembre 1942 e dedicato a *Il concetto di costituzione nell'antichità classica e sua modernità*, appare — ovviamente — più esterno al dibattito, cui lo stesso Crosa partecipa, però, intensamente adattando la particolare metodologia storica e dogmatica che lo caratterizza (su Crosa v. F. LANCHESTER, *Momenti e figure…* cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzionale e alla interpretazione del testo in questione operata e sui principali elementi istituzionali, partendo idealmente dal testo di Luigi Rossi sulla elasticità dello Statuto (52), altri l'argomento della rappresentanza e della forma di governo. Tutti si occupano in sostanza del tema del regime politico e della sua connessione con il contesto costituzionale sulla base del ganglio problematico che aveva interessato la dottrina costituzionalistica proprio alle soglie del conflitto. Il tema del *regime* e delle forze che si pongono alla base dell'ordinamento costituzionale era ovviamente all'ordine del giorno e se ne può trovare importante traccia in quegli anni anche nell'opera della generazione di costituzionalisti più giovani come Gueli, Barile e Martines, sulla base dell'adozione di un metodo realistico (53). Si tratta di un filone sempre presente nella letteratura costituzionalistica, ma che — nel tempo — verrà attenuandosi sulla base della teoria del *diritto vivente*, identificato con la giurisprudenza ed in particolare quella costituzionale.

L'argomento dei limiti alla revisione costituzionale partiva idealmente dalla posizione di Rossi ed in continuità con la elaborazione degli anni Trenta, ma veniva ovviamente rivisitato in maniera attuale (con il ricorso intenso alla letteratura più recente in materia: ad es. Galeotti e Barile). Erano, infatti, quelli gli anni in cui alla richiesta (anche polemica) di applicazione della costituzione si contrapponeva l'impossibilità di farlo e la necessità di pervenire ad una sua drastica revisione in relazione alla natura delle forze presenti all'interno dell'ordinamento.

Nel suo saggio Mortati (54), che aveva concretizzato proprio alla fine degli anni Quaranta il progetto della prima edizione delle Istituzioni di diritto pubblico (55), dopo aver messo in evidenza che

(52) In *Scritti in onore di S. Romano*, vol. I, 1939, pp. 25 ss.

(53) V. V. Gueli, *Il regime politico*, Roma, La Scienza, 1949, che però costituiva la rielaborazione di uno scritto degli anni Trenta; P. Barile, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951; e poi T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

(54) V. C. Mortati, *Concetto, limiti e procedimento della revisione costituzionale*, cit., pp. 377 ss.

(55) V. C. Mortati, *Corso di istituzioni di diritto pubblico - Anno accademico 1948-1949 - Appunti dalle lezioni*, Padova, 1949, il cui progetto è rinvenibile nel saggio pubblicato in risposta alle osservazioni sullo studio delle materie pubblicistiche da parte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« l'attività di revisione occupa sempre un grado sopraordinato rispetto alla legge, …[ed] è correlativamente posta su piano inferiore nei confronti della costituzione » (56), sottolineava che « (l)a riconoscibilità di un atto come proprio di un ordinamento, la sua imputabilità ad esso [era] condizionato al rispetto non solo delle forme da esso prescritte, ma anche e sopratutto del fine che gli è proprio » (57). Da ciò conseguiva per Mortati che « mentre la costituzione [era]sottratta ad ogni possibilità di sindacato, la revisione [era] certamente e sempre soggetta a controllo relativamente all'osservanza dei requisiti di forma prescritti pel suo esercizio... » (58). La rigidità della costituzione corrispondeva dunque « alla naturale funzione della costituzione … della durata nel tempo », cosicché gli « appar[iva] ovvio che le forze da cui la costituzione emana[va facessero] ricorso ai mezzi che riten[evano] idonei ad assicurare la sua stabilità » (59).

In questa dimensione l'individuazione dei limiti espliciti ed impliciti alla revisione costituzionale non poteva che scontrarsi nuovamente (60) con le analisi di Biscaretti di Ruffia, che — ad avviso di Mortati — aveva basato il suo ragionamento dal punto di vista meramente logico senza riferimenti a sistemi positivi; oppure senza fare riferimento al sistema (61).

Il tema affrontato era, ovviamente, meno asettico di quanto potesse sembrare e si collegava alle tesi di revisione costituzionale con la procedura dell'art. 138 dello stesso art. 139 Cost. operate dal

---

di S. Romano (v. per questo F. LANCHESTER, *Momenti e figure...*, cit.); per la recensione alla II ed. del 1952 con il titolo classico di *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1952 v. G. MIELE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1954, n. 4, pp. 135-138.

(56) *Idem*, p. 378.

(57) *Ibidem*, p. 379.

(58) *Ibidem*, p. 389 (qui però c'è una contraddizione, perché avrebbe dovuto operare esplicitamente una osservazione sui limiti anche qualititativi alla revisione).

(59) *Ibidem*, pp. 389-390.

(60) Per le polemiche precedenti con Biscaretti, allievo anch'egli di Luigi Rossi oltre che di S. Romano, si rinvia a F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990 ora in *Momenti e figure …*, cit., pp. 49 ss.

(61) *Ibidem*, p. 391.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Biscaretti (62), oppure alle ipotesi di Marino Bon Valsassina (63) e di Giampiero Orsello (64) di utilizzazione del referendum di cui all'art. 75 per la revisione (65).

Proprio negli stessi *Studi Rossi* il Biscaretti nel saggio su « taluni » limiti giuridici alla revisione costituzionale (66) riaffermava l'opposizione alla dottrina dei limiti assoluti (ossia invalicabili) alla revisione costituzionale. Biscaretti, al contrario di Mortati ed in collegamento con una parte rilevante della dottrina più tradizionale (67), sosteneva in sostanza l'impossibilità di assicurare la giuridificazione del politico che si articola nel potere costituente e di revisione, ma cercava di articolare la propria tesi attraverso la *positivizzazione* dei limiti alla revisione, collegati con l'esistenza di altri ordinamenti. L'analisi portata avanti dal Biscaretti non faceva soltanto riferimento all'agganciamento nei riguardi di un altro ordinamento giuridico statale, derivante dalla esperienza costituzionale del Commonwealth britannico (68), o a quella nei riguardi dell'ordinamento giuridico di uno Stato federale (69), ma in modo significativo trattava dei limiti che lo stesso ordinamento internazionale poteva comportare alle strutture costituzionali statuali (70). In questa dimensione il Biscaretti prefigurava, alle spalle della recente costi-

(62) V. P. Biscaretti di Ruffia, *Sui limiti della revisione costituzionale*, in « Ann. sem. giur. Univ. Catania », III, 1949.

(63) V. M. Bon Valsassina, *Referendum abrogativo...*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1949, cui Mortati contrappone una interessante confutazione dell'argomento di Bon secondo cui il referendum si collegherebbe con la sovranità popolare attraverso la classica osservazione che anche il popolo è *sub lege*.

(64) V. G.P. Orsello, *Revisione costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1950, I, in cui si affida al parlamento lo stabilire l'applicabilità dell'art. 75 in materia cost.

(65) V. per questo il saggio contrario di Elia, Possibilità di un mutamento costituzionale..., in *Cronache sociali*, 1949, p. 234.

(66) V. P. Biscaretti di Ruffia, *Sull'« agganciamento » ad altri ordinamenti giuridici taluni « limiti » della « revisione costituzionale »*, cit., pp. 19 ss.

(67) V. ad es. F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1948, p. 17; E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1951, p. 484; R. Monaco-G. Cansacchi, *La nuova costituzione italiana*, Torino, Giappichelli, 1951, p. 120.

(68) V. P. Biscaretti di Ruffia, *Sull'agganciamento ad altri ordinamenti giuridici...*, cit., pp. 24 ss. dove si fa riferimento all'esperienza australiana e canadese successiva allo Statuto di Westminster.

(69) *Ibidem*, pp. 28 ss. Con riferimenti ai casi svizzero, tedesco.

(70) *Ibidem*, pp. 33 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzione delle Nazioni Unite e dello stesso Consiglio di Europa, la costituzione di standard internazionali vincolanti per i singoli ordinamenti statuali.

Una simile impostazione, anche se non sviluppata in tutte le sue interessanti implicazioni, incominciava a colpire « lo schema classico dell'assoluta ed intangibile sovranità statale » (71), che una parte della *dottrina giuspubblicistica* considerava ancora come incontrovertibile a dispetto della posizione realistica del grande vecchio del diritto pubblico italiano Vittorio Emanuele Orlando. L'analisi dello scritto di quest'ultimo su *La rivoluzione mondiale e il diritto* (72) costituiva infatti una rivisitazione delle categorie e dei soggetti del diritto in un'epoca in cui la nuova forma istituzionale che sembrava profilarsi, sulla base della *catastrofe* dello Stato nazionale ottocentesco, era quella del « Super-Stato, che può avere origine o da una supremazia conseguita per una superiore potenza ovvero da un accordo costituito da un'associazione di Stati » (73).

Una simile visione metagiuridica, collegata ad una vera e propria successione di personificazioni giuridiche storicamente situate, stava sullo sfondo dell'analisi del contributo di Giuseppe Chiarelli sull'*Elasticità della costituzione* (74), che — richiamandosi in modo esplicito all'opera di Rossi — riprendeva la discussione sulla natura della Costituzione rigida e sui limiti alla revisione costituzionale. Chiarelli, dopo aver forzato e semplificato il pensiero di Rossi che in realtà si connetteva indissolubilmente con il mortatiano concetto di costituzione materiale (75), sosteneva che la giurisprudenza aveva utilizzato prima la distinzione tra norme programmatiche e precettive e, poi, quella tra norme ad attuazione immediata o differita al

(71) *Ibidem*, p. 41.

(72) V. V.E. ORLANDO, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, cit., pp. 717 ss.

(73) *Idem*, p. 777.

(74) V. G. CHIARELLI, *Sull'elasticità della costituzione*, cit., pp. 45 ss.

(75) In effetti l'elasticità della costituzione identifica il fenomeno del gioco tra costituzione formale e materiale, indicando i limiti sostanziali di ogni modifica formale al di là del tipo di procedure adottate. In questa prospettiva Rossi introdusse la nozione nell'ambito della discussione sulle riforme incrementali del regime fascista per sottolineare i limiti delle stesse all'interno della forma statutaria. Sul collegamento, indistinguibile, tra Rossi e Mortati nell'ambito di una simile riflessione v. F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale*, cit., pp. 25 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fine di « dare elasticità alla Costituzione ». In questa dimensione, che spiegava le teorie sulla *cedevolezza* (Esposito), sulla *fluidità* (Azzariti) e sulle *modificazioni tacite* (Pierandrei) della Costituzione (76), Chiarelli metteva in evidenza come « uno dei fenomeni più importanti dell'evoluzione costituzionale moderna [fosse stata] l'assunzione, tra i fini del costituente, di scopi economico-sociali, verificatisi specialmente dopo la prima guerra mondiale, che [aveva] positivamente allargato la materia costituzionale, comprendendo in essa... principi... costituzionalmente rilevanti » (77). Il tema dei principi — fondamentale per comprendere la nuova impostazione come si vedrà anche in Crisafulli — veniva messo in evidenza dal Chiarelli con il ribadirne la natura di *fonte del diritto*, ma anche relativizzandole perché « la norma costituzionale non [poteva] spiegare questa efficacia integratrice dell'ordinamento giuridico, finché non [si fosse] tradotta in un corpo di norme particolari » (78).

La contraddittorietà della situazione stava, a parere di Chiarelli, nel fatto che « l'obbligo costituzionale del legislatore di emanare le leggi ordinarie di quei principi non [poteva] dar luogo che a sanzioni politiche, e non [poteva] annullare la discrezionalità del legislatore ». Ed « (è) in quest'ambito che si manifesta l'elasticità dell'ordinamento costituzionale. Quella elasticità che anche in un sistema di costituzione rigida, di costituzione allargata a tutti i rami dei rapporti sociali e garantita dalla giurisdizione di legittimità delle leggi, resta sempre come insuperabile esigenza di vitalità dell'ordinamento » (79).

Nella parte finale del suo contributo Chiarelli, in modo sostanzialmente criptico, aggiungeva da un lato che altri strumenti costituzionali, non ancora attivati, potevano fornire il fine del perseguimento di adesione del diritto positivo « alla effettiva coscienza giuridica del popolo »; dall'altro che l'elasticità del sistema costituzionale si rivelava sia sotto il profilo del rapporto tra ordinamento

(76) V. G. Chiarelli, *Sull'elasticità della costituzione*, cit., pp. 48-49. Chiarelli proponeva, dunque, una classificazione delle norme costituzionali in base ad un doppio criterio relativo alla *completezza* della norma e al *contenuto* della volontà normativa da essa espressa. In merito a questo secondo criterio egli distingueva tra norme regolatrici di rapporti ed attività e norme enunciatrici di principi generali.

(77) *Idem*, p. 53.

(78) *Ibidem*, p. 55.

(79) *Ibidem*, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interno ed ordinamento internazionale (soprattutto in relazione all'art. 11 della Cost.), sia sotto quello della relazione tra norme immediatamente regolatrici di rapporti ed attività e le norme predeterminatici di principi (80).

In questa specifica prospettiva risulta, invece, esemplare per la sua lineare drasticità il lungo saggio di Vezio Crisafulli su *Le norme « programmatiche » della costituzione* (81), in cui si riconosceva, tra l'altro, la precettività delle disposizioni costituzionali programmatiche nei confronti degli organismi legislativi e la connessione stretta tra queste e i principi generali del diritto (82). A differenza di Chiarelli che lascia alla discrezionalità politica del legislatore l'applicazione delle norme programmatiche, Crisafulli — collegandosi anche alla impostazione di Mortati ne *La Costituzione in senso materiale* — ritiene che le singole norme costituzionali (anche programmatiche) abbiano una efficacia che si impone non soltanto agli organi legislativi ma « in genere per tutte le manifestazioni della potestà statale » (83).

D'altro canto, in stretta coordinazione con queste riflessioni, proprio Crisafulli nel saggio su *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (84), pubblicato negli studi in memoria di Orlando sottolineò come, « salvo pochissime eccezioni, non sembrava che la dottrina più recente [avesse] compiuto un serio sforzo per adeguarsi ai principi nuovi enunciati dalla Costituzione in merito al rapporto Stato-società e conseguentemente alla posizione e alla rilevanza giuridica del popolo nell'ordinamento vigente », cosicché « certe affermazioni del testo costituzionale [sembravano] scomode disturbatrici di una routine dottrinale » (85). Per Crisafulli, che individuava in maniera corretta le radici ideologiche delle posizioni dogmatiche che facevano riferimento alla sovranità dello Stato, la

(80) *Idem*, pp. 56-57.

(81) V. V. CRISAFULLI, *Le norme « programmatiche » della Costituzione*, in *Studi Rossi*, cit, pp. 61 ss.

(82) *Idem*, pp. 62-64.

(83) *Ibidem*, p. 80.

(84) V. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, Cedam, 1955 (le cit. sono effettuate dall'estr.).

(85) *Idem*, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

falsificazione di simili posizioni poteva essere operata non soltanto sulla base del testo della Costituzione (in particolare l'art. 1), ma anche della stessa logica giuridica. Sulla base dell'articolazione del concetto di Stato (Stato-società e Stato-governo), che richiamava d'altro canto tradizionali schemi moschiani (86), Crisafulli contrapponeva, infatti, al « dogma » della 'esclusiva sovranità dello Stato-soggetto... una diversa impostazione, centrata viceversa sul principio della sovranità popolare e sul conseguente carattere strumentale assunto dallo Stato-soggetto (87). Di qui le conclusioni che sottolineavano due punti. In primo luogo, come l'ordinamento italiano si caratterizzasse anche « per il tentativo... di dare al principio della sovranità popolare una concretezza di contenuto quale raramente si riscontra in altre esperienze costituzionali muoventi anch'esse da tale principio », per cui (e qui provvedeva a citare il saggio di Mortati su *Il lavoro nella Costituzione*) (88) sinché fosse continuata la discrasia fra principio di sovranità e realtà sociale, ne avrebbero sofferto « anche gli istituti più propriamente politici, in senso stretto, connessi al principio di sovranità popolare » (89). In secondo luogo, anche Crisafulli rilevava la necessità di superare la gravissima « sfasatura » tra testo costituzionale e sua applicazione (90).

6. *La critica alla costituzione ed in particolare le ipotesi di innovazione istituzionale.*

Un simile contributo introduce nell'ambito del dibattito non meno caldo relativo ai nuovi istituti previsti dalla costituzione repubblicana sia sul piano della forma di governo che del tipo di Stato, dove la natura delle forze politiche che avevano dato vita al compromesso costituzionale conduceva alla discussione sull'opportunità di attuarli o meno, se non — addirittura — di innovarli.

Al centro si poneva ovviamente il tema dei partiti, elementi costitutivi dell'ordinamento, ma non regolati proprio per la natura

(86) *Ibidem*, pp. 12 ss.
(87) *Ibidem*, p. 54.
(88) In *Il diritto del lavoro*, 1954, nn. 5-6.
(89) *Ibidem*, p. 56.
(90) *Ibidem*, p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli stessi. Esso era stato affrontato alla Costituente e l'art. 49 della Cost. rappresenta plasticamente lo stato della discussione sul metodo e quello sull'applicazione della Costituzione. Carlo Esposito nel suo saggio sui partiti politici estrinsecava l'eccezionalità della situazione italiana e la opportunità di adottare meccanismi di democrazia protetta (91). Non si trattava, però, solo della crociata antipartitocratica che proprio in quegli anni Giuseppe Maranini aveva iniziato a proporre con insistenza anche sulla base della polemica francese contro la IV Repubblica (92). Il tema dei partiti, gli elementi costitutivi della nuova democrazia che non erano in alcun modo né potevano essere regolati, richiamava antichi temi di sfiducia nei confronti degli stessi presenti nella dottrina giuspubblicistica. Eppure la fondamentalità del loro contributo e della loro eventuale regolazione veniva riconosciuta proprio alle soglie degli anni Cinquanta non soltanto attraverso le prime analisi *ex-professo* (penso a quella di Pietro Virga in cui novità e schemi dommatici si sovrapponevano) (93), ma anche per l'impatto che ebbe l'opera di Maurice Duverger su *Les partis politiques* (94). Massimo S. Giannini aveva d'altro canto sottolineato, nella prefazione al volume di Burdeau pubblicata l'anno precedente, come la costruzione della forma di governo parlamentare fosse completamente astratta se non si teneva conto della variabile partitica e della sua importanza nelle società di massa (95).

Un simile tema richiamava, in modo ovviamente originale, il dibattito weimariano di Triepel, Koellreutter e Leibholz ed era stato compreso anche dal grande vecchio del diritto costituzionale ita-

---

(91) V. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Studi di diritto costituzionale* in memoria di LUIGI ROSSI, cit., pp. 131 ss.

(92) V. G. MARANINI, *Governo parlamentare e partitocrazia*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1951, I, pp. 18 ss.

(93) V. P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948, su cui v. la acida recensione di G.D. FERRI su *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, n. 2, pp. 138 ss. che aveva dedicato al tema L'organizzazione dei partiti politici in Inghilterra nel suo svolgimento storico e nella sua fase attuale, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, n. 1, pp. 48 ss. e poi riprenderà il tema sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1953, n. 3, pp. 577 ss. *Ancora sui partiti politici. Considerazioni sulla struttura dei partiti politici.*

(94) Paris, Colin, 1951.

(95) V. M.S. GIANNINI, *Prefazione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare*, Milano, Comunità, 1950.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liano. Vittorio Emanuele Orlando nel suo ultimo ed incompiuto contributo dedicò la propria attenzione proprio al tema del partito politico ed all'opera di Duverger, che avvicinava la dottrina italiana anche a schemi di tipo polititologico (96). Un simile tema veniva naturalmente a collegarsi con il tema del partito antisistema e della correntocrazia, da un lato, e delle misure di innovazione istituzionale soprattutto sul lato elettorale dall'altro.

L'argomento in questione, che verrà in maniera oramai classica analizzato durante gli anni sessanta da Sartori e Elia sulla base delle suggestioni weimariane di Karl D. Bracher (97), porta necessariamente all'analisi dello scontro dei primi anni Cinquanta sul tema del sistema elettorale sia sul livello locale che su quello nazionale. Se le istituzioni repubblicane erano vincolate dalla rigidità della revisione costituzionale, l'unico strumento per stabilizzarle dall'assalto attuale o potenziale delle opposizioni bilaterali antisistema non poteva che passare attraverso il meccanismo elettorale, cui veniva attribuito un potere salvifico.

La forma di governo parlamentare italiana dopo le elezioni del 1948 aveva cominciato a funzionare, in assenza degli strumenti di garanzia e di contropotere, sulla base di una dinamica che in seguito venne definita in modo improprio di tipo britannico. Il timore di una vittoria delle opposizioni antisistema o, più realisticamente, di un indebolimento della coalizione di governo portò sin dal dicembre del 1948 alla progettazione di una riforma elettorale adatta a statizzare il centro ed il partito pilone dello stesso. Di qui le posizioni polemiche di autori come Maranini e Perticone, che, sulla base del classico riferimento all'esempio britannico, peroravano l'adozione di sistemi elettorali maggioritari di tipo selettivo. Di qui però le ipotesi più coerenti nei confronti del perseguimento della stabilizzazione ed anche della revisione della Costituzione come quelle di Tesauro, che prospettavano — invece — il progetto di rafforzamento delle coa-

(96) V. E. Orlando, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953, II, pp. 603 ss.

(97) V. G. Sartori, *Sistemi di partito …*; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX; il riferimento a K.D. Bracher è ovviamente relativo a *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Stuttgart, Ring-Verl., 1957.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizioni di governo attraverso il premio di maggioranza, ma anche le cautele che in alcuni settori dello stesso mondo costituzionalistico cattolico (penso ad Ambrosini (98)) venivano poste alle ipotesi più drastiche. Alfonso Tesauro in una serie di interventi « militanti » sulla *Rassegna di diritto pubblico* espresse in maniera coerente la linea di stabilizzazione, che — come si è detto — non escludeva anche la modifica della Costituzione sulla base di un opportuno adeguamento al modello empirico inglese, ma con lo sguardo attento ai problemi europeo continentali (99).

La soluzione prospettata da Tesauro non si poneva teoricamente in contrasto con le impostazioni portate avanti dal primo dopoguerra in poi dal partito popolare e trovava profonda corrispon-

---

(98) Gaspare Ambrosini nel saggio *Parlamento, suffragio universale, sistemi elettorali* (in *Il centenario del Parlamento 8 maggio 1848 - 8 maggio 1948*, Roma, Segretariato generale della Camera dei deputati, 1948, pp. 343 ss.) aveva infatti sostenuto che l'essenza del regime rappresentativo si situa nell'« assicurare la rappresentanza a tutti, e non alla sola maggioranza » (pp. 350 ss.), cosicché nella tradizionale contrapposizione tra John S. Mill e Walter Bagehot sugli scopi dell'atto elettivo egli si schierava in modo netto con il primo mettendo in primo piano la funzione rappresentativa, ma vi aggiungeva in maniera più esplicita altre due funzioni. La prima era presente già in Mill quando propagandò il sistema di Hare alla fine degli anni Cinquanta del secolo XIX ed era la funzione di contropotere nei confronti della maggioranza del meccanismo elettivo basato sulla formula proporzionale. Mill, sostanzialmente, cercava di difendere chi più sapeva dalla democratizzazione avanzante; Ambrosini i gruppi di cittadini ed i loro interessi. Egli vi aggiungeva, però, anche una funzione integratrice provocata dalla adozione della formula di ripartizione proporzionalistica. Le minoranze escluse dal Parlamento sarebbero state « fatalmente portate ad esprimere le loro proteste e a svolgere la loro propaganda nel Paese rumorosamente e con mezzi spesso illegali e violenti », mentre con la loro presenza in assemblea avrebbero potuto « invece svolgere la loro azione sul terreno legale, esponendo le loro ragioni e sottoponendole così alla critica della maggioranza, la quale ha con ciò stesso la possibilità di contrastarle con la discussione e di dimostrarne eventualmente l'infondatezza ». Simili osservazioni – correlate a quelle di altri autori del periodo — erano evidentemente funzionali alla situazione italiana di allora, dove vi erano « contrasti fondamentali … non … suscettibili di venire composti né superati con la discussione », ma dove la rappresentanza delle minoranze poteva « contribuire a limitare i casi di contrasti extralegali e a spostarne normalmente la trattazione e la soluzione sul terreno legale ».

(99) V. A. TESAURO, *Il sistema bicamerale nell'esperienza costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1951, pp. 1 ss.; *I sistemi elettorali e le recenti esperienze costituzionali*, idem, pp. 345 ss. *Il sistema parlamentare nell'ordinamento inglese ed in quello francese e italiano*, 1952, I, pp. 125 ss.; *Il disegno di legge per la riforma elettorale*, idem, pp. 321 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denza nelle esigenze del partito cattolico e delle altre formazioni della coalizione degasperiana, sviluppando la stessa ricerca sul tema elettorale. Essa provocava, però, anche reazioni profondamente allarmate. In questa prospettiva il dibattito venne animato non tanto dalle analisi puntuali sulla legislazione straniera operate da Silvio Furlani (100) oppure dal giovane Pietro G. Grasso (101), né dalle ricostruzioni sulla natura dell'elettorato di Zangara, Prosperetti o Preti (102), quanto dalle riflessioni di Carlo Lavagna, che — collocandosi nella linea dell'identificazione dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, dichiarava che lo stesso sistema elettorale di tipo proporzionalistico risultava essere costituzionalizzato e per ciò stesso non modificabile. In due saggi che possono essere definiti *classici*, Lavagna da un lato *blindava* letteralmente il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi sul lato della specularità, dichiarando illegittima ogni soluzione di tipo selettivo (103), dall'altro — alle spalle del fallimento della cosiddetta legge truffa — prospettava in modo coerente la strategia dell'integrazione maggioritario-minoritaria all'interno del sistema parlamentare (104), che venne razionalizzata in maniera esplicita da Lelio Basso proprio alla fine degli anni Cinquanta (105).

La dottrina in quegli anni rinnovellava, dunque, la classica discussione internazionale (su cui si era soffermata anche l'Assem-

(100) V. S. Furlani, *Il sistema elettorale delle liste collegate*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951 (I), pp. 1009-1024; *Un nuovo sistema elettorale misto tedesco*, in *idem* 1953 (III), pp. 180-203; e poi *La legge elettorale tedesca per il secondo Bundestag,* in *ibidem* 1954 (IV), pp. 628-643; *Sulla rappresentanza parlamentare delle minoranze nazionali*, in *ibidem*, 1955 (V), pp. 213-226 e 972-986; *La legge elettorale tedesca del 1956 per il Bundestag*, in *ibidem*, 1957 (VII), pp. 211-228; *La legge elettorale greca del 1958*, in *ibidem*, 1959 (IX), 360-377.

(101) V. P.G. Grasso, *Sui sistemi elettorali a collegio uninominale con rappresentanza delle minoranze*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1955, (V), pp. 603-647.

(102) V. Zangara, *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, cit., pp. 593 ss.; U. Prosperetti, *L'elettorato politico attivo*, Milano, Giuffrè, 1954; L. Preti, *La sentenza penale e il diritto di voto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956.

(103) V. C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*; in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952 (II); pp. 849-875.

(104) V. C. Lavagna, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956 (VI); pp. 392-422.

(105) V. L. Basso, *Il principe senza scettro*, Milano, Feltrinelli, 1958.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blea costituente) sulla centralità parlamentare e sul ruolo del Governo nell'ordinamento, ma soprattutto sembrava affrontarne i temi con nuova lena. In questa prospettiva deve essere considerato significativo che l'argomento dei regolamenti parlamentari venisse preso in considerazione dal Virga, dal Martines e dal Bon Valsassina (106), facendolo uscire da un ghetto che aveva sicuri addentellati metodologici. Così come è opportuno considerare rilevante che la più giovane dottrina si stesse cimentando sul lato dei rapporti tra Capo dello Stato e Governo (107).

Una simile impostazione si inserì — dopo l'aspro scontro sulla legge elettorale — con la ripresa del processo di applicazione della Costituzione, in un clima in cui alla crisi della coalizione centrista corrispondevano sia la prefigurazione della alleanza di centro-sinistra con la linea della integrazione progressiva di parti del sistema partitico precedentemente escluse, sia la persistente proposizione di strade alternative.

7. *Conclusioni.*

Com'è noto, il mancato scatto del *premio di maggioranza* ed il mutato clima internazionale convinsero le forze politiche a percorrere la via dell'attuazione della Costituzione come strumento per la integrazione progressiva dei partiti emarginati del cosiddetto arco costituzionale. L'istituzione degli organi di garanzia (ed in particolare della Corte costituzionale) incominciarono a favorire lo scrostarsi delle strutture autoritarie dello Stato apparato e l'adeguarsi dei diritti di libertà ai parametri costituzionali. In questo arco di tempo

(106) V. P. VIRGA, *La verifica dei poteri*, Palermo, *Industrie riunite editoriali siciliane*, 1949; T. MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, Pavia, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, ops. sep. dal vol. XXXIII, 1952; M. BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, Padova, Cedam, 1955.

(107) v. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, Jovene, 1948; S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, Università Cattolica, 1949; P. VIRGA, *La crisi e le dimissioni del gabinetto*, Milano, Giuffrè, 1948. V. SICA, *Gli atti del presidente della Repubblica e la controfirma dei ministri*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, pp. 157 ss.; M. GALIZIA, *Nomina e fiducia. Il Presidente della Repubblica e la formazione del Governo*, Firenze, Noccioli, 1954 e L. PRETI, *Il governo nella costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1954.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la dottrina ed in particolare quella degli anni Trenta contribuì sia sul lato teorico, sia su quello della giurisprudenza costituzionale a portare avanti un'opera indispensabile di allargamento delle libertà individuali (108), recuperando i due pilastri interpretativi che avevano condotto i costituenti (sovranità popolare e diritti fondamentali).

In particolare, proprio la citata istituzione della Corte costituzionale e degli altri organi di garanzia contribuì ad accelerare il cambiamento, non privo di momenti contraddittori (penso ad esempio al tornante cruciale del Governo Tambroni), che influì anche sulla formazione e la prospettiva dei costituzionalisti. La generazione di giuspubblicisti immediatamente successiva a quella degli anni Trenta (penso a Guarino, Virga e Gueli, ma anche a Prosperetti, Barile, Sica e — poi proprio al limite del periodo — Abbamonte Galeotti, Ferrari) aveva risentito del contesto in cui aveva dovuto agire. Essa andò in cattedra nel momento in cui la Costituzione era, appunto, sostanzialmente *congelata* e l'ordinamento costituzionale vedeva la massima contrapposizione tra le forze che avevano cooperato alla Sua approvazione. La generazione successiva, di cui costituisce quasi un esempio paradigmatico Livio Paladin (109) si affacciò invece agli studi costituzionalistici non più nella temperie dello scontro, ma nella faticosa ed anche contraddittoria dinamica dell'applicazione costituzionale, sviluppando da un lato interessi regionalistici, dall'altro temi coerenti con la giurisdizione costituzionale.

I giuspubblicisti che pervennero alla cattedra universitaria durante gli anni Sessanta (110) non soltanto concentrarono la loro

(108) V. in modo esemplare P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953; per gli scritti sparsi di Barile nel periodo in questione v. *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1967.

(109) V. F. LANCHESTER, *Livio Paladin e la dottrina costituzionalistica italiana*, in *Quaderni costituzionali*, cit.

(110) Oltre al concorso di Ferrara nel 1962 (commissione: Giorgio Balladore Pallieri, Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Franco Pierandrei, Vincenzo Sica; ternati: Leopoldo Elia; Manlio Mazziotti; Livio Paladin) vennero espletati altri due concorsi. Il primo, bandito a Padova per il diritto pubblico americano (commissione: Giorgio Balladore Pallieri, Egidio Tosato, Franco Pierandrei, Giuseppe Guarino, Vincenzo Gueli; ternati: Antonio La Pergola; Giovanni Bognetti, Paolo Tesauro); il secondo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attenzione sui nuovi temi, ma proseguirono in modo attivo l'azione di ripensamento degli schemi tradizionali della scuola nazionale. In questa prospettiva su *Giurisprudenza costituzionale* (111) può recuperarsi la testimonianza palpabile non solo dell'attività della Consulta nel primo quindicennio di vita (ovvero del contributo fornito dalla stessa « al ridimensionamento od alla demolizione di leggi risalenti al periodo statutario e fascista » (112)), ma anche dello sforzo della dottrina giuspubblicistica di accompagnare e, a volte, precedere l'elaborazione giurisprudenziale (113).

La crisi del centrismo e la lenta e travagliata transizione verso il centro-sinistra favorì l'incrinarsi, anche nell'ambito della giuspubblicistica italiana, dei paradigmi disciplinari tradizionali che erano stati ripresi e difesi durante gli anni Cinquanta. Il saggio di Giuliano Amato, redatto nei primi anni Sessanta, sulla sovranità popolare nella Costituzione e la recezione dottrinale dello stesso costituisce un'indice significativo delle difficoltà del primo periodo, ma anche dei mutamenti che stavano avvenendo durante il secondo (114).

Alla generazione dei giuristi degli anni Trenta e Quaranta se ne stava, infatti, sostituendo un'altra che, sulla base di esperienze e formazione, si riconosceva molto meno nei paradigmi disciplinari tradizionali, era attenta al dato comparatistico e profondamente formata dalla novità della giurisprudenza costituzionale. Questo gruppo di intellettuali, fra cui i più giovani hanno costituito un vero ponte tra l'Università di élite e quella di massa, ha nella maggior

---

bandito a Cagliari per il Diritto costituzionale regionale (commissione: Alfonso Tesauro, Giorgio Balladore Pallieri, Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Vincenzo Sica; ternati: Salvatore Bartholini, Enrico Spagna Musso, Temistocle Martines).

(111) In questa specifica dimensione faccio rilevare che tra il 1956 ed il 1960 su Giurisprudenza costituzionale sono recuperabili 67 interventi di Carlo Esposito; 33 di Costantino Mortati, 60 di Vezio Crisafulli, 32 di Massimo S. Giannini.

(112) V. L. PALADIN, *Discorso commemorativo tenuto il 5 giugno 1986*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 1201.

(113) V. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza. Aprile 1979 - Dicembre 1983*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, pp. 261-262.

(114) V. G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, pp. 74 ss. Per individuare nella giusta dimensione il distacco tra questa posizione e quelle tradizionali che avevano accompagnato i primi commenti della nuova costituzione si v. ad es. G. MELONI, *La sovranità popolare e la nuova costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, pp. 163 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte dei casi dovuto convivere (se non vi si è addirittura inserito) con un ordinamento partitocratico bloccato, con la sua evoluzione e con la sua involuzione.

In un sistema in cui si approfondiva in misura sempre maggiore la convenzione proporzionalistica, l'alleanza di centro-sinistra si collegò alla scommessa regionalista per la riforma dello Stato, ma anche al fallimento delle ipotesi riformatrici. Dal 1968 in poi il sistema politico italiano entrò — com'è noto — in una fase di eterna transizione, caratterizzata dalla fase consociativa dei primi anni Settanta (Statuti regionali, regolamenti parlamentari, referendum, Statuto dei lavoratori) e dai governi di unità nazionale della seconda metà di quel decennio. La crisi economica e il pericolo terroristico compattarono le forze politiche, comportando accordi per la riduzione di spazi di libertà, ma espressero la persistenza della *conventio ad excludendum* nei confronti del Pci. Si addivenne durante gli anni Ottanta ad una serie di innovazioni infrasistemiche volte a smontare le regole consociative, ma non si riuscì ad evitare che il plusvalore posizionale impedisse al centro del sistema politico di divenire corruttore.

In questo quadro, in cui il pluralismo evidenziava anche l'impossibilità di una coerente *egemonia*, gli stessi giuristi della generazione fra le due guerre, che negli anni Quaranta e Cinquanta considerarono indispensabile per la difesa dei diritti fondamentali e dell'ordinamento democratico un assetto istituzionale fondato su proporzionalismo e governo di coalizione, espressero posizioni favorevoli all'introduzione di meccanismi istituzionali capaci di far assomigliare l'ordinamento alle cosiddette democrazie compiute (115).

Il ciclo dei giuristi degli anni Trenta che avevano contribuito alla redazione ed alla applicazione della Costituzione finiva, dunque, in maniera significativa con la riaffermazione dei principi costituzionali, ma con la richiesta di adeguamento degli strumenti istituzionali della forma di governo. In realtà si prefigurava una crisi più profonda e radicale per le concezioni che avevano reso omogenei gli innovatori della *teoria della Costituzione*. La deideologicizzazione e la conse-

(115) In una simile prospettiva sono significativi gli atteggiamenti di Mortati, di Crisafulli, di Lavagna, per non parlare di Sandulli e altri, favorevoli a innovazioni della forma di governo e del sistema elettorale, mentre sulla scia di una interpretazione realistica venivano giustificate molte delle pratiche spartitorie del sistema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guente diminuzione della partecipazione politica ponevano in difficoltà proprio gli strumenti partitici su cui si era fondata la teoria della costituzione, con la conseguente caduta di normatività della stessa.

Non è questa la sede per delineare, ancora una volta, le fasi della vera e propria crisi di regime che negli anni Novanta ha investito l'ordinamento costituzionale sulla base della strategia dell'innovazione dal basso attraverso il referendum. Gli avvenimenti degli anni Novanta, che hanno comportato un riallineamento profondo del sistema partitico italiano e la scomparsa (almeno formale)di tutte le formazioni che avevano contribuito alla approvazione del testo costituzionale, hanno prodotto un grande dibattito sulla *cesura* costituzionale avvenuta e sulla necessità di riqualificare il patto fondamentale o con interventi parziali o, addirittura, con la formazione di una vera e propria Assemblea costituente.

La crisi di regime che ha caratterizzato l'ordinamento (con la scomparsa di tutti i partiti rilevanti che avevano dato vita al patto costituzionale e con una modificazione intensa delle regole di selezione della classe politica) non ha ancora dato vita ad un assetto di forze capaci di stipulare quell'« accordo sostanziale effettivo »... fra le « forze politiche più efficienti » « intorno al sistema dei diritti e doveri fra cittadino e Stato, essendo alla concretezza e alla saldezza di questo accordo subordinata la vitalità della Costituzione » ritenuto indispensabile da Costantino Mortati già ai tempi della Commissione Forti. In un simile dibattito i giuspubblicisti prima sono stati assenti, poi sono intervenuti, ma il loro ruolo è stato sostanzialmente marginale. L'ordinamento è, d'altro canto, rimasto in bilico tra rinnovamento e continuità, così come dimostra la teorizzazione del *diritto costituzionale della transizione* da parte di alcuni giuspubblicisti, che, influenzati da più di ottanta anni di tradizione statutaria, sembrano non credere più alla normatività della costituzione rigida e sono alla ricerca di nuove prospettive, capaci di giustificare il loro ruolo. Essi paiono aver recuperato, inconsapevolmente, la prospettiva della *costituzione fluida*, su cui si era concentrato il dibattito nel momento del *congelamento* della Costituzione del 1948. Come ovvio, la prospettiva risulta profondamente differente sul piano pratico e l'interesse prevalente si gioca oramai sul rapporto tra settore nazionale e quello comunitario, che per molto tempo è stata relativamente trascurata dalla giuspubblicistica,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

benché la stessa sia stata sempre impegnata con una giurisprudenza comunitaria ed interna sempre più importante e pervasiva.

In un simile contesto si è incominciato a prendere piena consapevolezza dell'indebolimento della sovranità statuale nella sua supposta assolutezza esterna ed interna, derivante dai paradigmi ottocenteschi che identificavano lo Stato con la politica e lo Stato con il diritto. I fenomeni di internazionalizzazione dell'economia e lo sviluppo tecnologico, da un lato, e l'esigenza etica di un controllo attraverso il diritto dei comportamenti degli Stati nel rispetto dei diritti umani, dall'altro, hanno posto in forte crisi i modelli di riferimento della giuspubblicistica tradizionale.

Lo stesso fenomeno di integrazione regionale nell'area europea ha assunto una profondità ed una estensione che ricorda il processo di costruzione di assetti statuali federali, mentre risulta sempre più evidente come esista un pericoloso *deficit* di democraticità dell'Unione europea, cui corrispondono a livello nazionale istituzioni incapaci di decidere e controllare.

Per quanto riguarda i giuristi italiani, figli di una vicenda storico-culturale precisa, appare — però — necessario superare la contraddizione di non prendere sul serio la propria Costituzione rigida. Attraverso l'art. 11 della Cost. si è considerato possibile accettare implicitamente le profonde novità di questi ultimi anni senza considerare il tema delle compatibilità tra Costituzione del 1948 e processo di integrazione. L'incertezza del panorama politico, verificabile nella mancanza di risultati nel processo di revisione della seconda parte della Costituzione, ha trovato ricco *humus* in una cultura politica e giuridica che dell'*elasticità costituzionale* ha fatto una bandiera. D'altro canto, le ipotesi di affidare al mercato e alle spinte eteronome la ristrutturazione istituzionale possono essere comprensibili, ma inopportune e non giustificabili. Alla base di simili posizioni si pone la realtà di un processo di integrazione comunitario caratterizzato dall'amministrazione e la tradizione dello Stato amministrativo, che forti e peristaltici influssi possiede in Italia. Proprio il persistente blocco del processo di innovazione istituzionale dà, invece, conto della necessità di una maggiore consapevolezza della pericolosità di un simile percorso e l'opportunità di prendere la ristrutturazione istituzionale sul serio sulla base di una *comune cultura giuridica europea.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLO MARZUOLI

SU ALCUNI ASPETTI DELLA DOTTRINA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO TRA FASCISMO E REPUBBLICA: APPUNTI PER DEI GIUDIZI DA RIVEDERE

1. Nota introduttiva. — 2. Le valutazioni critiche sulla dottrina della fine degli anni trenta: per una maggiore problematicità. — 3. La dottrina degli inizi degli anni cinquanta: i giudizi correnti. — 4. *Segue*. Una limitata verifica. — 5. Riepilogo: gli elementi di novità. — 6. Fra metodo e merito (per riprendere il tema).

1. *Nota introduttiva.*

Il tema della continuità o discontinuità nella dottrina del diritto amministrativo tra fascismo e repubblica comporta particolari complessità, specie per il giurista « positivo ». L'ampiezza delle analisi allo scopo necessarie (1) si somma alla molteplicità dei punti di vista e dei vari livelli da cui si dovrebbe considerare l'argomento (2) e, soprattutto, l'una e l'altra inevitabilmente entrano a far parte del problema di quale sia oggi (e non ieri) il sistema del diritto amministrativo vigente. Non è però possibile procedere verso finalità proporzionate all'entità del compito da assolvere; si è perciò ripiegato su un obiettivo molto più modesto: la riconsiderazione di alcuni giudizi riguardanti la dottrina della fine degli anni trenta e quella del periodo immediatamente successivo alla Costituzione, degli inizi

(1) Come si può rilevare dall'ampio quadro delle opere (manuali, monografie, articoli) ricostruito in F. Benvenuti, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Archivio ISAP*, I, 2, Milano, 1962, p. 1239 ss.

(2) Come risulta, in relazione ad un orizzonte ancora più vasto, da A. Orsi Battaglini, *« L'astratta e infeconda idea ». Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni San Martino, La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli anni cinquanta, e per di più con l'accantonamento dei capitoli sulle situazioni soggettive e sulla giustizia.

L'indagine è dunque assai ridotta; tuttavia, entro i limiti detti, sembra delinearsi una linea interpretativa secondo cui certi giudizi appaiono talora troppo drastici perché sembrano privilegiare uno degli aspetti che vengono in rilievo. Lo stato della dottrina prima della Costituzione è in qualche misura inadeguato (anche se ciò non è automaticamente attribuibile alle responsabilità della dottrina medesima), ma in conseguenza di ragioni per un verso in parte diverse da quelle più frequentemente addotte e per un altro tali da far intravedere, di nuovo in dissonanza da alcuni giudizi diffusi, elementi di novità nelle opere caratterizzanti i primi anni cinquanta.

Naturalmente, per poter più costruttivamente mettere a confronto ipotesi e valutazioni occorrerebbero ben altri studi, da condurre per singole problematiche (3) e per gruppi o per singoli autori (4), ma sarebbe altresì preliminarmente indispensabile discutere e definire, in modo esplicito e diretto, i parametri (5) su cui si ritiene che debba essere impostato il discorso, e cioè assumere nel momento storico dato un'immagine il più possibile condivisa della trama essenziale della materia (o delle trame essenziali della materia).

Queste note, dunque, possono solo essere degli appunti.

2. *Le valutazioni critiche sulla dottrina della fine degli anni trenta: per una maggiore problematicità.*

Negli anni trenta il regime fascista si è progressivamente consolidato e gode di momenti di vasto consenso. Le istituzioni amministrative, i poteri e le funzioni dell'amministrazione vengono ampliati in misura massiccia con l'introduzione di modelli organizzativi e tecniche di disciplina di carattere organico. Tutto, o quasi, è

(3) Vedi, ad esempio, B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.* 1995, p. 483 ss.

(4) Vedi, ad esempio, il volume *Per Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 22, Milano, 1993.

(5) Vedi le problematiche sintetizzate in B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996), p. 683 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottoposto a misure di indirizzo o di controllo dello Stato; si riordinano e si estendono le strutture pubbliche; si sviluppano i modi dell'intervento pubblico e si assumono nuovi interessi. L'ambito che più di altri ne è investito è il settore economico-sociale, ma sono di particolare rilievo anche interessi per l'innanzi non sufficientemente curati. Un rapido (incompleto) cenno (6): enti territoriali, IMI, Corte dei Conti, autorizzazione per gli impianti industriali, acque e impianti elettrici, sanità, pubblica sicurezza, istruzione superiore, credito e banche, cose d'interesse storico artistico, bellezze naturali, urbanistica.

A fronte di queste novità la dottrina amministrativistica continua ad occuparsi e ad approfondire, con un notevole sviluppo, almeno sul piano quantitativo (7), le tematiche scaturenti dai concetti ricevuti (8).

È sufficiente fare riferimento all'opera assunta a contrassegno dell'epoca, al *Corso di diritto amministrativo* di Zanobini (9). Un pensiero ed una sistematica influenzati dalla scienza del diritto

---

(6) Per una illustrazione si rinvia a G. MELIS, *Il diritto amministrativo tra le due guerre*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, n. 2, 1990, p. 406 ss., e ai saggi di S. CASSESE in S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano 1974, in specie p. 65 ss.

(7) M. S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, p. 10; vedi, in particolare, le opere riportate in F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., specie p. 1243 ss.

(8) Per una puntuale analisi dei manuali si rinvia al saggio di E. GUSTAPANE, *I manuali di diritto amministrativo (1928-1940)*, in *Materiali per una storia*, cit., XX, n. 2, 1990, in specie p. 464 ss.

(9) Volume I (*Principi*), Milano, 1936; Volume II (*Giustizia amministrativa*), Milano, 1937; Volume III (*Organizzazione amministrativa*), Milano, 1939; Volume IV (*I mezzi dell'azione amministrativa*), Milano, 1942; e Volume V (*Le principali manifestazione dell'attività amministrativa*), uscito dopo la guerra (Milano, 1953). « Opera quasi gigantesca: … un ponte verso rive nuove, con il dare assetti sistematici ad una quantità di materie prima non toccate che monograficamente », M. S. GIANNINI, *Esperienza scientifica. Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 371; non un corso ma un lavoro con « tutti i requisiti formali e sostanziali di un primo volume di un organico e ben congegnato trattato », R. LUCIFREDI, *Recensione* (al volume I), in *Riv. dir. pubbl.* 1936, I, 532; un testo con immediata grande fortuna fra avvocati, magistrati, studenti, candidati a pubblici concorsi (vedi ancora R. LUCIFREDI, *Recensione ai volumi II e III*, in *Riv. dir. pubbl.* 1940, I, 180).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privato (10), espressione di una linea, se non formalista, definita « postpandettistica » (11), che tuttavia presta attenzione al diritto positivo (12), anche se in un contesto talora ritenuto marcatamente purista (13).

Il rapporto fra questa dottrina ed il suo tempo ed in particolare il rapporto con il fascismo sono stati oggetto di numerosi ed autorevoli giudizi, a cominciare da quelli espressi dai tre grandi Maestri che caratterizzano l'inizio del periodo repubblicano (G. Miele, F. Benvenuti, M.S. Giannini).

Il quadro può essere così sintetizzato. La grande maggioranza tenne un atteggiamento di molto moderata adesione o di più o meno profondo distacco (14).

L'interpretazione di questo atteggiamento, talora « autenti-

---

(10) Vedi ad esempio *Corso*, cit., I, p. 280, sulla ormai generalizzata accettazione della categoria dell'atto amministrativo negoziale. Sul « privatismo » della dottrina dell'epoca, in specie con riferimento a Zanobini, vedi S. CASSESE, *In onore di Massimo Severo Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1988, 311: « Nell'insieme la scienza del diritto amministrativo era chiusa in un circolo vizioso: da un lato si considerava come un ramo del diritto pubblico, nonostante che le amministrazioni si valessero abbondantemente del diritto privato; dall'altro operava con disegni e concetti propri del diritto privato ». Si ricordi però G. VACCHELLI, *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico*, in *Raccolta di scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 138 (dove il giudizio secondo cui sarebbe cominciato il distacco dalla « soggezione della sistematica del diritto pubblico a quella del diritto privato » e l'illustrazione di alcuni aspetti centrali della specificità del diritto pubblico).

(11) La correzione del giudizio, come noto, si deve a M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit., p. 10; vedi anche S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 33-36.

(12) M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit., p. 11; M. S. GIANNINI, *Esperienza*, cit., p. 371; E. GUSTAPANE, *I manuali*, cit., p. 470.

(13) Vedi S. CASSESE. *Cultura cit*., pp. 40-41, dove ricorda che A. Amorth, nella Recensione ai Principi di Miele parla di « purismo giuridico » (in *Rass. dir. pubbl.* 1953, p. 933).

(14) « Piccola » la « schiera di coloro che ritenevano che la fondazione del regime fascista comportasse modificazioni di metodo », M. S. GIANNINI, *Esperienza*, cit., p. 365; vedi anche L. PICCARDI, *Lo stato attuale della scienza del diritto amministrativo e le responsabilità dei giuristi, in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, p. 232. Per G. SALEMI, *Il diritto amministrativo italiano nell'ultimo cinquantennio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, pp. 240-241, parte della dottrina si « volse a studiare il nuovo ordinamento… con intendimenti obiettivi » e altra parte preferì « temi di ordine astratto ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ca » (15), è spesso nel senso che esso fosse una manifestazione non già di disimpegno ma di impegno politico (16), talora espressione del tentativo di controllare il fascismo dall'interno (17). Più semplice, e forse più condivisibile, nei suoi termini complessivi — naturalmente —, il giudizio di chi ha osservato che molti (i più) semplicemente si « disinteressarono del fascismo » (18), per la ragione che nella loro concezione della disciplina e dunque del ruolo rivestito e del proprio lavoro non vi era spazio per l'ingresso delle vicende del tempo.

Sotto questo profilo, certamente il più rilevante, vi è convergenza. La dottrina amministrativistica degli anni trenta era poco sensibile ad introdurre all'interno della scienza aspetti fortemente connotati dal contesto storico-politico.

« La coscienza della scientificità della scienza del diritto portava alla separazione netta tra la categoria del giuridico e quella del politico »; vi era il « convincimento che gli eventi politici fossero, rispetto al giurista in quanto giurista, solo dei fatti idonei a produrre innovazione istituzionale: una volta che questa si avverasse, pote(va) essere portata nell'ambito dell'attenzione del giurista, il quale agiva secondo le regole della scienza. Ma il sistema della scienza neutralizzava il fattore politico che potesse essere alla base delle innovazioni istituzionali » (19).

La non integrazione con il regime fascista, che agli occhi del giurista odierno potrebbe apparire un indice positivo, è invece generalmente considerata come un elemento negativo: non in sé —

---

(15) Perché proveniente da Maestri appartenenti (ma non circoscrivibili) a quegli anni, come G. MIELE e M. S. GIANNINI. Per una periodizzazione dell'opera di G. MIELE in due fasi (prima e dopo la guerra), con un ponte costituito dai Principi di diritto amministrativo del 1945, vedi M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 17 (1988), p. 273.

(16) Vedi M. NIGRO, *Rileggendo*, cit., p. 273-274, che così (correttamente) interpreta i giudizi di G. MIELE, *Recensione a C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico*, in *Riv. trim dir. pubbl.* 1954, 135, e di M. S. GIANNINI, *Postilla* a *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2 (1973), p. 267; S. CASSESE, *Cultura*,cit., p. 47.

(17) Vedi M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit., p. 14 (la « postpandettistica italiana rappresentò... il tentativo..di dominare dall'interno il fascismo, avviandolo verso una prassi di conservatorismo illuminato », e v. S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 47 ss., 51.

(18) M. NIGRO, *Rileggendo*, cit., p. 274.

(19) M. S. GIANNINI, *Esperienza*, cit., p. 368.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturalmente — ma per ciò che ne sarebbe la causa: una concezione della scienza del diritto e della scienza del diritto amministrativo « arretrata », non adeguata ai tempi (20).

Le critiche si appuntano sulla connotazioni essenziali e sulle più importanti conseguenze.

Quanto alle prime, vengono in rilievo due ordini di aspetti, uno di metodo ed un altro anche di merito.

Il metodo. La ritenuta e comunque praticata separatezza della scienza giuridica da quel che le sta intorno: è il carattere formalista come intrinseco difetto, anche se in alcuni compensato dalla considerazione del diritto positivo (Zanobini), peraltro oggetto di varie valutazioni (21).

Il merito. La critica è duplice. Per un verso, si osserva che domina l'idea (« vecchia », perché accompagna la nascita e la prima sistemazione del diritto amministrativo) che l'amministrazione e il diritto amministrativo vengano *prima* della storia e del diritto, e dunque anche — fatalmente — *senza* la storia e *senza* il diritto (il cui unico dato certo è invece proprio l'essere un prodotto della storia), che — insomma — siano insensibili alle trasformazioni istituzio-

---

(20) « Opacità di ottica » e « indigenismo » (M. S. GIANNINI, *Esperienza*, cit., p. 370); impegnata in « mitologie giuridiche » (M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit., pp. 14-15)

(21) Già si è detto che è Giannini (vedi la precedente nota n. 12) a sottolineare nettamente la presenza del diritto positivo nell'opera di Zanobini, efficacemente esemplificata nella positivizzazione dei problemi della legge di bilancio e del contratto di diritto pubblico (e infatti l'art. 11 legge n. 241/1990 darà ragione a Zanobini); si può ora citare un altro passo (M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit, pp. 9-10: « peccava — Zanobini — di modestia quando non si riconosceva pregi di sistematore profondo e originale nei settori della materia che potrebbero dirsi più tradizionali …. Il fatto è che l'opera di Zanobini, avendo segnato un punto fermo in materia, spesso ci fa dimenticare l'incertezza, se non il disordine, che sussistevano prima di lui ». In senso diverso S. CASSESE, *Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo degli anni trenta*, in S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976 (ma è del 1974, in Pol. dir.): l'attenzione al diritto positivo è « frutto di una concezione scarsamente prospettica dell'analisi giuridica stessa….mai un tentativo di considerare storicamente le variazioni avvenute...una serie di esposizioni, per così dire, planimetriche, il movimento non si vede », p. 294; un sistema costruito « a senso unico, dai principi al diritto positivo, non viceversa », p. 300. E vedi anche S. CASSESE, *In onore di M. S. Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 311 (« l'esposizione dei principi e la registrazione del diritto positivo andavano per strade diverse »). In termini decisamente positivi vedi invece E. GUSTAPANE, *I manuali*, cit., p. 470.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nali (22). Il rilievo è importante, anche perché questa concezione ben si congiunge con il carattere « pandettistico » del metodo e con la sua coloritura privatistica, di cui riassume, applica e riflette la propensione ad accantonare l'incidenza delle determinazioni storiche (23).

Per un altro verso, il ritardo è imputato all'idea che il fenomeno amministrativo sia da prendere in esame solo in quanto sia regolato dalla legge, mentre quelli sono proprio gli anni in cui l'amministrazione si sviluppa indipendentemente dalla legge (24).

Le conseguenze. La dottrina si attarda su « problematiche » (25) precedenti, per lo più astratte; non vede le novità di quegli anni, le profonde trasformazioni che si stanno compiendo, delle vere e proprie « riforme di struttura » (26), una nuova « costituzione amministrativa » (27). Il diritto amministrativo si muove, e si muove aprendosi al futuro (enti pubblici economici, società, grandi leggi),

(22) Il punto è di nuovo sottolineato da S. CASSESE, *Cultura* cit. p. 48 e pp. 54-55, ove (p. 54, in nota n. 2) rinvia al W. Cesarini Sforza, alle pagine in cui si parla di quegli « studi pubblicistici », « in campi meno vicini alla politica », in cui, « secondo non pochi giuristi, sarebbe meglio tutelabile il carattere scientifico dei loro studi »: sono le « zone felici del diritto pubblico, quelle nelle quali la scienza non ha storia o è storia senza rovine » (*Gli studi di diritto pubblico durante il fascismo*, in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, II, *Ricerche e questioni giuridiche*, Milano, 1967, rispettivamente p. 260 e p. 261) Vedi peraltro — in ordine al pensiero di W. Cesarini Sforza — anche la successiva nota n. 28)

(23) Questa connessione è ben illustrata (in termini più generali) da G. BERTI, *Il « rapporto amministrativo » nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, II, p. 44 (« il diritto dunque, nella sua tradizione romanistica e civilistica, ha costituito il punto di accordo e di unione tra la società e lo Stato, il solo modo cioè di far combaciare con una società, che prendeva coscienza di se stessa, una struttura politica, che in modo più o meno autoritario voleva coprire o continuare a coprire quella società »).

(24) S. CASSESE, *Guido Zanobini*, cit., p. 298.

(25) Di « problematiche » parla appunto M. S. GIANNINI, per intendere non i procedimenti di rilevazione dei dati e neppure i procedimenti logici di ridefinizione delle nozioni, ma i « procedimenti di diversa natura...che pongono e impostano i problemi giuridici » (*Profili storici*, cit., p. 248). E vedi anche Postilla, p. 270. E le problematiche sono « largamente » incomplete, specie sul versante del funzionamento interno dei poteri e sul versante degli obblichi concernenti il rapporto fra amministrazione e cittadino (*Profili*, cit., pp. 256-258).

(26) M. S. GIANNINI, *Esperienza*, cit., p. 370.

(27) S. CASSESE, *Guido Zanobini*, cit., p. 300.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre la scienza del diritto amministrativo, nonostante inequivoche sollecitazioni (28), rimane ferma (29), o addirittura in qualche caso clamorosamente sbaglia, come documenta Cassese (30). Per un doppio errore: il « legalismo » dei giuristi e la miopia, cioè la riconduzione delle novità a vicende solo nazionali e politicamente contingenti (31).Le eccezioni non mancano, è il caso di opere di autori destinati a segnare (in varia misura) il periodo repubblicano, come *Il potere discrezionale* di Giannini, che rompe con la tradizione mostrando la correlatività necessaria dell'interesse pubblico, la variabile gerarchia degli interessi, l'autonomia dell'amministrazione (32), o come alcune opere di Miele (33). L'insieme, però, è nel

(28) Vedi S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 49, con riferimento a W. CESARINI SFORZA, *Gli studi*, cit., p. 255, secondo cui i giuristi, « per loro natura conservatori », « tuttavia … dovrebbero essere sempre pronti a vedere, sotto il diritto, il fatto » e « ad antivedere, sotto un sistema che diviene sempre più fittizio, quello che potrà essere il sistema reale di domani ». Peraltro, questo assunto sembrerebbe in parziale contraddizione con quanto lo stesso W. Cesarini Sforza afferma a proposito delle « zone felici » (vedi sopra nota n. 22). Ciò, infatti, dovrebbe in realtà significare che zone felici non vi sono o che, quanto meno, rimane aperto il problema di stabilire qual è il criterio per stabilire quali sono e quali non sono tali, posto che, se si presuppone l'esistenza di zone felici, il criterio distintivo non può certo essere « quello che potrà essere il sistema reale di domani ».

(29) S. CASSESE, *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, n. 2, 1990, p. 420; S. CASSESE, Cultura, cit., pp. 48-49; S. CASSESE, *In onore*, cit., p. 310; G. MELIS, *Il diritto amministrativo*, cit., dove si segnalano una divaricazione fra la legislazione con i « suoi contraddittori ma spesso vitali sviluppi » e gli « schemi interpretativi » (p. 405), la realizzazione di « pianificazioni di settore » come « pragmatica risposta a quelle radicali trasformazioni economiche » (p. 408), il ruolo di una « ristretta élite tecnica » (p. 409).

(30) Il rilievo è di S. CASSESE, *Cultura* cit., pp. 48-49, con riferimento a G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Il pensiero giuridico italiano nel ventennale fascista*, in *Gli annali della università Italiana, scienza e Università italiane in un ventennio di regime fascista*, Roma, 1943, pp. 15-16, dove si scrive che il fascismo innova e arricchisce l'azione e l'organizzazione amministrativa ma senza mutare « l'ossatura fondamentale dello Stato », cosicché la dottrina può proficuamente continuare a occuparsi di opere sistematiche (la citazione è tratta dalle pagine di S. Cassese).

(31) S. CASSESE, *L'opera* cit., pp. 431-432; S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 51

(32) S. CASSESE, *L'opera* cit., pp. 423-426.

(33) In particolare *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931 (su cui vedi M. NIGRO, *Rileggendo*, cit., p. 282); *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senso indicato: dominano i temi del soggetto, dell'atto (34), della garanzia.

Il nesso fra la dottrina e il suo tempo è visto in negativo. L'elemento significativo è l'assenza di attenzione per ciò che di nuovo sta emergendo: per lo « Stato sociale », che si viene delineando proprio sul terreno dell'amministrazione, del suo diritto e delle sue istituzioni, né avrebbe potuto essere diversamente, come risultava ancora più evidente per il legame (più o meno contingente, ma sicuramente ben visibile) con il regime politico-istituzionale dell'epoca.

Che questo sia un « fatto » non è dubbio. Ma non è l'unico fatto a cui pensare.

A ben vedere, e senza dimenticare che abbiamo in dote l'esperienza ulteriormente maturata fino ad oggi (35), potremmo dire che la dottrina non avverte a sufficienza che è in corso la lotta fra il « vecchio » centro del diritto pubblico e del diritto amministrativo e un altro possibile centro, che si sta facendo largo con tutti i mezzi (compresa appunto la dittatura), costituito da un diritto che rappresenta il luogo in cui diventa permanente il conflitto fra la garanzia giuridica dell'individuo e il soddisfacimento dei bisogni sociali quale elemento fondante una (nuova? ulteriore? complementare?) legittimazione del potere pubblico. L'evoluzione delle leggi e delle istituzioni concretizza l'antagonismo strutturale, dominabile solo storicamente, fra il c.d. Stato di diritto e il c.d. Stato sociale, fra rispetto delle regola e conseguimento della finalità.

Dunque, le critiche sopra riferite finiscono per voler dire che vi era non tanto da comprendere ma da decidere se il diritto pubblico e il diritto amministrativo dovessero convertirsi, per usare formule « accademiche » (ma non prive di forza rappresentativa), in un nascente diritto dell'economia (36), determinato e conformato da una nuova centralità in luogo dell'antica.

---

(34) Vedi anche la valutazione di R. Lucifredi, *Oreste Ranelletti*, in *Rass. dir. pubbl. 1956*, p. 190.

(35) Ridottisima se misurata con un metro numerico; non proprio tale, invece, se il metro è quello della storia, della quantità e qualità dei fatti che hanno riempito il sessantennio.

(36) Si veda l'interessante indicazione bibliografica riportata in E. Gustapane, *I manuali* cit., p. 465, che, in effetti, sembra dimostrare il configurarsi di una « nozione di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ebbene, se questo è concettualmente e storicamente il punto, allora anche le valutazioni che si sono richiamate sembrano essere ispirate da premesse incomplete: danno per scontato che il compito dovesse essere solo quello di allinearsi a un centro nuovo, mentre non tengono sufficientemente conto del fatto che il vecchio era tutt'altro che compiutamente definito e realizzato.

In realtà, vi è un altro e più basilare difetto: l'interruzione del cammino necessario per giungere ad una effettiva articolazione dei significati del c.d. Stato di diritto, di cui vi sarebbe stato bisogno, come pure si mette ben in luce (37), per cercare di scioglierne l'intreccio con lo Stato c.d. amministrativo (38).

Ma non era quello il momento adatto per proporsi l'obiettivo di mettere a nudo e superare la componente autoritaria del c.d. Stato di diritto. Per non distaccarsi dal futuro occorreva distaccarsi dal presente e perciò insistere nelle tematiche tradizionali; le tendenze emergenti non avrebbero potuto essere esaminate e discusse in condizioni di libertà. Perché mai, insomma, la dottrina avrebbe dovuto aderire al richiamo di W. Cesarini Sforza (39) ad « antivedere », o magari ad assecondare (ché questo — nel contesto — è il vero significato di « antivedere ») il sistema: quale sistema? Quello che si vedeva in modo certo era soltanto la regressione sul piano delle

---

un "diritto pubblico dell'economia" »; e cfr. G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in P. GROSSI, *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, pp. 156 e 158.

(37) Vedi M. S. GIANNINI, *Vita e opere*, cit., p. 14: si « riaffermava da un lato la regola dello Stato di diritto, che [peraltro] si finiva con l'identificare con lo Stato avente un attrezzato sistema di giustizia amministrativa…. Dall'altro lato abbiamo però la riaffermazione, costante e indefettibile, dell'autorità dello Stato »; e vedi anche S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 35: « la postpandettistica...dovette accentuare la propria componente statalistica » da cui l'ammissione in certi campi « di una originaria e illimitata competenza dell'amministrazione »; ancora S. CASSESE, *Guido Zanobini*, cit., p. 298.

(38) Lo spessore del punto si ricava da molte pagine di G. BERTI (ove peraltro il nesso è ritenuto inestricabile): « i rapporti correvano tra i poteri dello Stato e lasciavano l'Amministrazione a metà strada tra la sua legittimità originaria e l'aggiunta di una nuova legittimità, quella che, secondo gli schemi dello Stato di diritto, significava sottoposizione al legislatore. Il diritto amministrativo non riuscì mai a emanciparsi dall'artificio da cui nacque, e nessuno in realtà seppe mai dipanare in modo credibile ciò che era ed è l'amministrazione secondo il diritto » (*Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus* 1996, p. 283).

(39) Vedi il passo citato alla precedente nota n. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertà e del diritto, mentre, per gli altri aspetti, non vi è che da rinviare ai rilievi di M. Nigro (40).

Il fatto è che anche le qualificazioni di « vecchio » e di « nuovo » non obbediscono ad un ordine di successione cronologica: in quel momento, il « vecchio » rimaneva più attuale del « nuovo » (41).

È la dittatura — come nota Benvenuti (42) — che preclude gli orizzonti e induce i giuristi a chiudere con la realtà.

Non mancano dunque motivi per proporre giudizi più problematici in riferimento a un quadro di parametri più ampio: le valutazioni citate dovrebbero essere integrate nel senso che l'impossibilità di approfondire il vecchio è al tempo stesso una delle ragioni che impediscono di considerare adeguatamente la portata delle trasformazioni in corso.

3. *La dottrina degli inizi degli anni cinquanta: i giudizi correnti.*

Occorre ricordare il contesto, pur se in modo estremamente sommario.

La Costituzione è in vigore solo da qualche anno; parla dell'amministrazione molto più di quanto comunemente si ritenga (43), ma certo non ha accolto le proposte volte a introdurre chiari segni di discontinuità (rimane la doppia giurisdizione, rimane il Consiglio di Stato come « giudice e amministratore »); le istituzioni amministrative e le dirigenze amministrative sono sostanzialmente quelle del periodo precedente; le norme scritte in Costituzione sono pressoché per intero da attuare, se si escludono quelle concernenti le strutture

(40) *Rileggendo*, cit., p. 275: « non si può far colpa a questi studiosi di non aver colto quello che di progressivo e di eversivo c'era in alcune soluzioni dettate dal fascismo rispetto ai tradizionali lineamenti dello stato amministrativo »; la dottrina, « rivolta... a studiare l'attività amministrativa, anzi gli atti amministrativi, … non possedeva nemmeno gli strumenti per annettere al dominio della scienza i nuovi campi di intervento statale: aveva appena cominciato a forgiarseli quando il fascismo cadde ».

(41) E per questo appare meritevole di particolare attenzione il giudizio — controcorrente — di E. Gustapane (*I manuali*, cit., p. 470): il Corso di Zanobini « manifesta... la chiara consapevolezza delle novità che si erano verificate… (e che) appare tuttora storicamente valida ».

(42) F. Benvenuti, *Gli studi*, cit., p. 1241

(43) Vedi i paragrafi n. 5 e n. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politiche centrali del nuovo assetto costituzionale (non vi è la Corte Costituzionale, non vi sono le Regioni; sopravvive il controllo di merito sugli enti territoriali); la legislazione di attuazione dell'art. 3, 2 c., per il momento si specifica soprattutto in materia di proprietà e di rapporti agrari e di intervento per il Mezzogiorno; il paese è in fase di ricostruzione; le divisioni politiche e sociali sono profonde.

La Costituzione (all'epoca) vive soprattutto come valore (valore civile e culturale) e, se non deperisce ma anzi si alimenta fino al punto da poter riuscire progressivamente a imporsi come normazione positivamente attuata (a partire dall'istituzione della Corte Costituzionale), ciò dipende anche dalla vicinanza (all'epoca) della tragedia da cui si è appena usciti.

Questo può far meglio comprendere, almeno in parte, i giudizi che sono stati dati. Non è pensabile che la dottrina non risentisse di tale situazione, specie in mancanza di una produzione positiva che fosse segno materiale dell'innovazione e imposizione di un dovere professionale ineludibile (in quanto fatto costituente norma) (44).

Benvenuti ha notato che alcuni si pongono sulla strada della vecchia generazione (45), altri sono nel solco della tradizione ma propongono elaborazioni adeguate al presente e al futuro (46); altri ancora sperimentano strade più aderenti al nuovo assetto politico-costituzionale (47). Un nuovo fervore e un nuovo impegno, come dati caratterizzante almeno una parte della dottrina, vi sono anche per M. S. Giannini (48) e per M. Nigro, a proposito di G. Miele (49).

---

(44) L'effetto negativo derivante dalla lentezza con cui la legislazione si adegua al nuovo contesto vedi F. BENVENUTI, *Gli studi* cit., p. 1255; S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 57. Per una lucida spiegazione dell'essenzialità della legislazione per la stessa individuazione di modelli costituzionali praticabili, vedi G.U. RESCIGNO, *Costituzione e diritto amministrativo*, in *La necessaria discontinuità*, cit., p. 131.

(45) Ad esempio, A.M. SANDULLI, R. ALESSI, vedi F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., p. 1256.

(46) Il riferimento è ai Principi di G. MIELE, vedi F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., pp. 1257.

(47) Il riferimento (fra altri) è a M.S. GIANNINI (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950), e allo stesso BENVENUTI (*Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1952), a MIELE (*La Regione nella Costituzione italiana*, Firenze, 1949), vedi F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., p. 1264 e p. 1266).

(48) *Vita e opere*, cit., p. 16.

(49) *Rileggendo*, cit., p. 283.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diverse le valutazioni dei Maestri delle generazioni successive. L'immagine diffusa è la continuità. La Costituzione repubblicana, « se rappresenta l'inizio di un nuovo periodo per il diritto costituzionale, non segna un taglio netto per il diritto amministrativo » (50). Le ragioni stanno non solo nella « scarsa attenzione dei costituenti per il fenomeno amministrativo » (51) e nel già ricordato molto lento adeguamento della legislazione alla Costituzione (52), ma ancor più nel fatto che « le modificazioni delle istituzioni amministrative avvengono, nel ventennio successivo alla Costituzione, quasi tutte in senso opposto al tipo di amministrazione che sembra evincersi dalla Carta del 1948 e in direzione che sembra piuttosto simile a quella propria degli anni '30 » (53). I tratti essenziali sono « continuità nella storia delle istituzioni e interesse solo esterno per la Costituzione » (54). E di continuità, in prospettiva ancor più comprensiva e radicale, si parla anche in altra autorevole dottrina (55).

Con riferimento ai lavori che sono considerati particolarmente

(50) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 57.

(51) S. CASSESE, *Cultura*, cit., pp. 56-57, ove anche « nella Costituzione il fenomeno amministrativo o è in secondo piano o è regolato con gli occhi volti al mondo di ieri ».

(52) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 57; ma già F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., p. 1255.

(53) S. CASSESE, *Cultura*, cit., 56-57

(54) S. CASSESE, *Cultura* cit., p. 58, dove si legge che anche l'intero « ventennio di questo dopoguerra, per un verso si svolge nel segno della continuità: ideologie, metodi, tecniche, impostazioni, disegno delle opere non si allontanano molto dal periodo precedente » e che (solo) « per un altro verso prepara un'epoca nuova della scienza ». Vedi anche V. E. ORLANDO, *Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, p. 287 (con riferimento a Giannini).

(55) « Sino alla costituzione repubblicana e forse fino ai giorni nostri, quel certo rapporto fra società e Stato… non subì alterazioni di qualche rilievo »; « una stabilità formale..che..ha assecondato un certo immobilismo anche culturale Una serie di concetti, sciolti dal tempo se non fuori dal tempo, un ordine concettuale dalla logica perfetta e seducente »; la determinazione di un insieme di principi che sono divenuti « il nucleo centrale di una costituzione parallela appoggiata al principio di continuità. Dal momento in cui ciò avvenne non fu più possibile prescindere da questa linea di continuità, che si ritrova intatta nella dottrina e nella giurisprudenza di questi stessi anni, pur dopo quella che si è ritenuta una decisiva trasformazione dello Stato e cioè la Costituzione del 1948 », G. BERTI, *Il « rapporto amministrativo »* cit., p. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentativi, si precisa che l'opera di Miele (56) è prevalentemente legata alla dottrina precedente, se si fa eccezione per l'attenzione verso il diritto costituzionale « come elemento nuovo di riflessione anche per il cultore di diritto amministrativo » (57); che le stesse Lezioni di M. S. Giannini del 1950 — da molti considerate decisamente innovative (58), sin nel linguaggio (59) — ebbero sì un grande impatto, ma perché « portavano l'immagine tradizionale del diritto amministrativo al punto di massima trasparenza » (60); esse solo da un lato si « distanziano » dalla tradizione amministrativa, mentre per un altro la « continuano » (61). Quanto a Benvenuti, si sottolinea il carattere certo originale (i corpi intermedi, il fondamento comunitario), perfino troppo: la trattazione è « a tutto tondo », « sembra di essere trasportati lontano da quel rumoroso campo di lotte che è il diritto amministrativo, dove solo alcuni particolari vengono in luce e dove l'insieme rimane enigmatico » (62); la « carica riformatrice lo porta spesso ad accentuare l'aspetto …. programmatico della scienza giuridica », cosicché, in tal caso, « l'ordinamento vigente.., in fondo, è rifiutato »: « pochi tratti essenziali, per passare, poi, subito, a proporre un modello diverso, nuovo » (63).

Come si vede, giudizi motivati, ma contrastati da altri; la questione, dunque, merita di essere riconsiderata, anche perché sono trascorsi altri trenta anni.

4. Segue. *Una limitata verifica.*

A questo punto, conviene però procedere, anziché per linee solo

(56) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 111.

(57) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 113.

(58) E. CANNADA BARTOLI, *Recensione*, in *Arch. giur.* 1951, 154 ss.; C. MORTATI, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 145 (dietro una « modesta presentazione », assumono in realtà una « posizione eminente »)

(59) Vedi infatti l'attenzione prestata a questo profilo da E. CANNADA BARTOLI, *Recensione*, cit., p. 157; C. MORTATI, *Recensione*, cit., p. 150; G. DE GENNARO, *Recensione*, in *Corr. amm.* 1951, p. 207.

(60) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 118.

(61) S. CASSESE, *In onore*, cit., p. 320.

(62) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 138.

(63) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generali, mediante l'analisi (sia pur sinteticissima) di alcuni argomenti.

In conseguenza dell'esperienza maturata fino ad oggi, di cui è componente normale, « naturale », la presenza della Costituzione, al fine di una valutazione in termini di innovatività o non del quadro, parrebbero significativi i seguenti temi (anche se certo non sono gli unici) (64): la nozione di interesse pubblico; la pubblicità degli enti; l'autorità e la funzione nella fondazione della pubblicità dell'amministrazione; il potere amministrativo dal punto di vista del sistema della validità.

A) *La nozione di interesse pubblico.*

La tradizione aveva consegnato la formula, sempre più contrastata, ma tuttavia dominante, dell'interesse pubblico come un dato « pubblico » per ragioni sostanziali.

Giannini propone una versione nettamente diversa (ma, per quanto riguarda l'Autore, si tratta — come già osservato — di un'acquisizione della fine degli anni trenta) (65): non esiste un interesse per sua natura pubblico, esistono « gli » interessi e gli interessi sono necessariamente correlati: « nulla sarebbe più inesatto del credere, semplicisticamente, che la normazione giuridica sia come una arnia, per cui ad ogni norma corrisponde un interesse. Gli interessi giuridicamente valutabili si presentano intrecciati in modo molto complesso » (66). E queste formulazioni trovano conferma in un metodo che è insieme sistematico (67) e attento alla realtà (68).

(64) Basti pensare alle situazioni soggettive e all'interesse legittimo, originale creazione della scienza del diritto amministrativo; e alla giustizia; e a tanti altri aspetti specificamente metodologici (ad alcuni dei quali peraltro si farà cenno alla fine).

(65) *Il potere discrezionale*, Milano, 1939.

(66) M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 86.

(67) Vedi lo stesso M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., pp. 64-65, e *Recensione* al *Manuale di diritto amministrativo* di A.M. Sandulli, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, dove — come nota anche S. Cassese, *Cultura*, cit., p. 119 — si parla del « manuale » come tipo di opera che « in breve mole raccoglie tutte le conoscenze relative ad una materia determinata, ordinandole in sistema scientificamente elevato » (p. 379) e dove quindi si aggiunge che ciò « significa prendere posizione sulla scienza » (p. 380); vedi inoltre S. Cassese, *Cultura*, cit., p. 119, E. Cannada Bartoli (le *Lezioni* hanno l'obiettivo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il punto non è da poco. Questo dipende, ovviamente, dalla rilevanza che si attribuisce alla nozione in esame, che spesso è stata sottovalutata, per portare l'attenzione su altri profili, apparentemente più consistenti. Invece, è la nozione centrale, che tutto riassume o può riassumere.

Un certo modo di concepire l'interesse pubblico entra in contraddizione con la premessa tipica della scienza del diritto amministrativo delle origini e della tradizione; inoltre, è alla base di sequenze logico-formali più articolate e operative.

Il rifiuto dell'idea che l'interesse pubblico sia scritto in natura o comunque nella più o meno imperscrutabile (presunta) saggezza dell'autorità significa rigetto dell'interesse pubblico come causa ed effetto di una concezione carismatica dell'autorità. In positivo, vuol dire che l'interesse pubblico esiste se e in quanto esiste il diritto, perché solo il diritto è la forma per avere un interesse « pubblico ». E, se l'interesse pubblico non esiste prima e senza il diritto, neppure l'amministrazione esiste prima e senza il diritto. Emerge perciò l'inaccettabilità dell'assunto tradizionale: dell'amministrazione come fatto in sé, come entità avente un'intrinseca autolegittimazione.

Su questa strada si apre effettivamente — sul terreno delle logiche profonde — la strada affinché il nuovo e « maggiore » diritto, la Costituzione, sia davvero appreso non come limite ma come fonte ed elemento di conformazione dell'amministrazione. Si può così impostare in modo adeguato il rapporto fra Costituzione e amministrazione, al di là e oltre il quantitativamente poco o molto, espresso o implicito, di ciò che la Costituzione dice (o non dice) a proposito dell'amministrazione.

Ma non vi è solo questo: vi è anche, almeno, la premessa per una rigorosa concezione e applicazione del principio di legalità (la base legale del potere) (69).

« costruire un sistema rigorosamente formale, ma dotato della maggiore apertura possibile verso la concreta esperienza giuridica », *Recensione*, cit., p. 156); C. MORTATI, *Recensione* cit., p. 151.

(68) Si vedano i giudizi di E. CANNADA BARTOLI (nota precedente); S. CASSESE, *In onore*, cit., p. 311.

(69) Vedi il punto sulla esecutorietà (*Lezioni*, cit., p. 422); e insieme l'accantonamento della presunzione di legittimità, la quale dovrebbe spiegare la produzione di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Peraltro, si è rilevato che Giannini avrebbe operato in base ad una concezione dell'immutabilità dell'amministrazione (70) e ciò potrebbe smentire quanto osservato; in realtà tale aspetto ha un'incidenza minore e non in quel modo caratterizzante, cosicché vale come memoria per indicare che il punto in esame non si affaccia in modo netto e senza incongruenze. Tuttavia, c'è, ed è visibile: spetta al lettore vederlo e — come dire — « posizionarlo » scientificamente.

Sono poi da aggiungere i profili più specifici (per quanto anch'essi imponenti) che derivano dalla nozione di interesse pubblico, radice e fonte della rilevanza e complessità dell'organizzazione pubblica (conseguente al carattere normativo e pubblico, specie allora, degli atti di organizzazione) (71), della determinazione del

---

effetti ad opera dell'atto ancorché illegittimo: la « presunzione di validità dell'atto amministrativo, almeno in diritto positivo, non esiste; nella locuzione non è da vedere se non una espressione primitiva della imperatività del provvedimento amministrativo », M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 486.

(70) S. CASSESE, *Cultura*, cit., p. 119; ma vedi anche F. BENVENUTI, *Gli studi*, cit., p. 1265 (« l'intuizione che nel fenomeno amministrativo vi è una perduranza che trascende i limiti delle forme politiche e, in parte, di quelle giuridiche, sicché, da un lato, esso appare costituire il fondamento meno transeunte della realtà, anche se studiata con metodi e sotto profili giuridici, dall'altro consente appunto la individuazione di principi generali che, entro certi limiti, si impongono alla esperienza politica e a quella giuridica »).

(71) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 89; vedi anche p. 141 (la « necessaria distribuzione degli interessi tra i vari uffici statali, il fatto che in questi casi l'interesse si canonizza divenendo regola di azione dell'ufficio, la conseguenza di conflitto virtuale tra gli uffici che si produce, e, insomma, l'essere ogni ufficio centro di riferimento di interessi pubblici, fa sì che ogni ufficio debba tutelare l'interesse di cui è affidatario rispetto ad altro ufficio »); ancora: « la persona giuridica pubblica, come ufficio, non cura interessi pubblici generali propri della intera collettività nazionale, ma interessi pubblici particolari » (p. 151); abbiamo « interessi locali, i quali non sono certamente interessi dello Stato, ma compongono interessi dello Stato, così come le parti compongono il tutto: è quanto avviene per le Camere di commercio, industria e agricoltura. Abbiamo...interessi sezionali, cioè di categorie di persone o di operatori economici, ai quali solo in parte corrisponde un interesse dello Stato » (p. 153), « è lo stesso interesse sezionale che costituisce l'interesse pubblico » (p. 154). Ma si veda anche l'attenzione al rapporto fra parole e significati: in tema di autonomia occorre usare « questo criterio: di integrare sempre il termine autonomia con un aggettivo », perché esistono « più concetti », M. S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, p. 852. E questi aspetti (di metodo e di merito) sono immediatamente colti: vedi C. MORTATI, *Recensione* cit., p. 149, dove sono percepiti e sintetizzati nel principio della « relatività in materia di organizzazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fenomeno della discrezionalità amministrativa (72), del procedimento.

Se infatti, non esiste un interesse pubblico a priori, emerge la decisività dei percorsi da seguire per la sua definizione, delle regole che lo riguardano e dei suoi protagonisti (73). Peraltro, il procedimento si delinea ancora, in Giannini (74), in un senso in parte tradizionale. È Benvenuti che completa, per intero, il cammino.

È la « scoperta » (75) della funzione e della sua consistenza « obiettiva » (76), che permette di « vedere » (non solo « i procedimenti » ma) « il procedimento » (77) come « forma sensibile della funzione » e, attraverso la sua specificazione nei due modelli del « procedimento in senso stretto » e del « processo », permette infine (78) di dare corpo agli interessi e dunque ai soggetti che sono le

---

(72) Come comparazione, M. S. GIANNINI, *Lezioni* cit., p. 98, ma già in *Il potere discrezionale*, cit.; e la novità è di particolare evidenza se si considera che G. ZANOBINI, a distanza di otto anni, ritiene di poter continuare a proporre una versione « minimizzata » della discrezionalità (scelta dei mezzi) assolutamente non paragonabile alla libertà dei privati (*Corso* cit., I, edizione 1958, p. 15 e p. 31).

(73) « L'acquisizione del concetto di procedimento non segna soltanto l'arricchimento dello strumentario tecnico-formale a disposizione del giurista quanto la rivelazione dello stesso meccanismo intimo e sostanziale di messa a punto degli interessi amministrativi e di progressivo "contatto" di questi con gli interessi privati (che è poi anche una progressiva assunzione di rilevanza di tali interessi rispetto all'interesse pubblico), in un gioco di coesistenza e di equilibrio delle ragioni di efficienza dell'amministrazione e di garanzia del privato nel quale si esprime, nella sua piena concretezza, l'essenza creativa dell'azione amministrativa » (M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 1157).

(74) Dove finisce per prendere il posto del potere: « l'azione amministrativa … è giuridicamente rilevante in ogni momento puntuale che la costituisce. Ne deriva...che l'agire amministrativo dà luogo ad una costellazione di atti, ... tutti ordinati ad uno o più atti fondamentali…I vari atti sono ordinati in sequenze che presentano carattere organico e unitario e che si chiamano procedimenti amministrativi », vedi *Lezioni*, cit., p. 261.

(75) In effetti, di « scoperta » si può parlare, quanto meno per la lucida perfezione del concetto.

(76) F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, pp. 121-123.

(77) F. BENVENUTI, *Funzione* cit., p. 129. Sul passaggio, proprio grazie a Benvenuti, da una nozione « formale acontenutistica » a una nozione « sostanziale », vedi U. ALLEGRETTI, *Procedimento amministrativo*, in P. GROSSI (curatore), *Giuristi*, cit., p. 279 e p. 283.

(78) È chiarissimo che questo è il « precostituito » punto di arrivo: l'autore ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autentiche parti della vicenda procedimentale. Il procedimento come la forma del « farsi dell'atto » (della funzione) pretende una ordinazione giuridica (una forma) ispirata non a logiche neutre rispetto al modo di essere del rapporto fra interessi e soggetti, ma a logiche che siano la strutturazione formale di un ben precisa costruzione di quel rapporto: un edificio dove l'interesse dei soggetti diversi dall'amministrazione non è cosa inerte (su cui andrà a cadere l'incidenza della decisione dell'amministrazione) ma referente anch'esso attivo rispetto all'esito della vicenda di « concretizzazione... del potere » (79). Appare perciò indispensabile aprire a quegli strumenti che appunto in funzione di quell'esigenza di protagonismo prendono figura e corpo: la partecipazione ed il contraddittorio, come appunto dimostra la forma « processo » (80).

Come si vede, partiti dall'interesse pubblico si è giunti all'interesse del cittadino; dietro l'interesse pubblico tornano ad apparire volti di soggetti « veri », quelli che giustificano l'esistenza dell'amministrazione, gli unici soggetti, secondo gli ulteriori sviluppi del pensiero dell'autore Naturalmente, non è che in precedenza si ignorasse che l'amministrazione opera per il soddisfacimento di interesse altrui; il punto è che — ora — quell'altruità non vive di pura (o prevalente) ideologia, bensì perviene ad una nuova forma di esistenza nella fondazione di un certo sistema di principi e di regole giuridiche e perciò si invera nel « riconoscimento della sua [del cittadino] individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità » (81). E con ciò idealmente ci si ricongiunge agli assunti di chi già prima, indagando su altri capitoli della materia, aveva

---

presente la difficoltà di prospettare una funzione giurisdizionale che possa svolgersi secondo la forma del procedimento in senso stretto anziché del processo (« So bene che, per la giurisdizione, l'adozione delle forme del procedimento significherebbe al limite, fare della giurisdizione, quasi amministrazione », vedi *Funzione*, cit., p. 138) e (perciò) aggiunge: « mi si conceda che io tragga la conclusione che anche la funzione amministrativa potrebbe essere esercitata nelle forme del processo dalla esistenza di queste possibilità di un modo, diverso dal processo, di esplicazione della funzione giurisdizionale » (*Funzione*, cit., p. 139).

(79) F. Benvenuti, *Funzione*, cit., p. 121.

(80) F. Benvenuti, *Funzione*, cit., p. 141 ss.

(81) F. Benvenuti, *Funzione* cit., p. 145 (e vedi anche p. 144).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proposto forme che valorizzavano la posizione del cittadino e le sue possibilità di rapporto con l'amministrazione (82).

B) *La pubblicità degli enti.*

Il profilo determinante è la connessione fra finalità e natura. Già Miele aveva sostanzialmente reimpostato il tema, su due versanti, entrambi decisivi: la finalità, da accantonare, per portare l'attenzione su un certo rapporto giuridico con lo Stato (83), e la « pubblicità passiva » (84). In un contesto così ridefinito, si è ora in grado di « levar di mezzo la questione dei fini della persona giuridica pubblica » (85) e ciò consente di accogliere, senza pregiudizi, tutti quei modelli che l'esperienza, anche quella — nuova — maturata durante il regime fascista, ha introdotto: « associazioni, fondazioni, figure miste società commerciali, enti cooperativi » (86).

Rimangono — è vero — molti problemi, a cominciare da quello degli enti con autonomia politica (87), ma anch'essi almeno in parte si pongono sotto il segno del nuovo, lungo due linee: la ricerca di

(82) G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931 (espressamente richiamato da BENVENUTI, vedi p. 143, n. 59) e, più in generale, dello stesso MIELE, *Contributi* cit., pp. 55-56, dove osserva, in senso critico rispetto all'impostazione di Orlando, che « la posizione degli amministrati di fronte all'amministrazione è non meno decisiva della posizione dell'amministrazione di fronte agli amministrati » ai fini della costruzione di dottrine generali adeguate alle necessità del diritto amministrativo.

(83) *La distinzione* cit., p. 29 ss.

(84) *La distinzione*, cit., p. 67.

(85) M. S. GIANNINI, *Lezioni* cit., p. 151; e vedi anche p. 155

(86) M. S. GIANNINI, *Lezioni* cit., p. 162.

(87) Nelle *Lezioni*, questi enti non sono posti accanto allo Stato, ma è nettissima la percezione della loro specificità: « l'autonomia politica è un attributo di alcuni enti pubblici, e precisamente di quelli fra essi capaci di avere un indirizzo politico proprio, che può essere anche diverso da quello dello Stato. Presupposto perché vi sia autonomia politica è che questi enti siano governati da organi rappresentativi…, i quali cioè possano avere come titolari anche persone fisiche appartenenti a gruppi o a partiti politici diversi da quelli che detengono il potere governativo. Possono godere di autonomia politica solo pochissimi enti pubblici: certamente quelli territoriali, regioni, provincie, comuni. Mi sembra da escludere che, nel nostro diritto positivo, ne godano altri enti, poiché anche ove ricorre rappresentatività di interessi professionali è discutibile che possa correttamente parlarsi di autonomia politica » (pp. 167-168).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una nozione « costituzionale » di pubblicità, la collocazione delle « autonomie funzionali » (88).

C) *Autorità e funzione nella fondazione della pubblicità dell'amministrazione.*

Giannini isola il profilo dell'autorità e ne fa un elemento di base (89). Questo non significa, come espressamente avverte, che essa sia il contrassegno generale e necessario dell'attività amministrativa (90), anche perché l'amministrazione spesso utilizza il regime di diritto privato.

Quando però si giunge alla teoria dell'atto amministrativo, momento determinante nella vicenda delle situazioni soggettive, la figura tradizionale, pur se espressamente confermata (91), si stempera in più specie e nasce il provvedimento amministrativo: quello fra i tanti atti dell'amministrazione che « ha la funzione di *puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità libertà* » (92). Non è il solo atto (93), ma è quello che diviene centrale, anche perché sempre discrezionale, sempre « dispositivo », sempre « autoritativo ». (94)

---

(88) Vedi *Lezioni*, cit., p. 168 (passo subito sopra riportato).

(89) Vedi S. Cassese, *Cultura*, cit., pp. 120-121, dove si ricorda che poche sono le pagine dedicate all'attività di diritto privato.

(90) M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., l'idea dell'amministrazione « come manifestazione esclusiva dell'autorità…è così diffusa che si è giunti a ritenere l'atto amministrativo, per definizione, un atto autoritativo; laddove gli atti autoritativi sono solo una categoria di atti amministrativi »; « l'azione amministrativa è oggi così compenetrata negli atti della nostra vita quotidiana….che se essa avesse carattere solamente imperativo, ne resteremmo tutti soffocati » (p. 79).

(91) « Atto di diritto amministrativo di autorità del complesso amministrativo », categoria « latissima », M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 292.

(92) M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 290 (e vedi anche: « o, in altre parole e in forma analitica, di stabilire il modo onde l'autorità, in esercizio di un potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto, mediante un atto nominato, il contenuto dell'incidenza, o la non incidenza, di un interesse pubblico rispetto ad una sfera di libertà guarentigiata »).

(93) Vi sono altri atti, come gli « atti del procedimento amministrativo », che « non puntualizzano i rapporti autorità-libertà, ma, come gli atti del processo, trovano la propria ragion d'essere nei primi e sono rispetto ad essi strumentali » (*Lezioni*, cit., p. 290); o come gli « atti amministrativi di organizzazione » (*Lezioni*, cit., p. 291).

(94) M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 292.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto alle negozialità, tema centrale nella sistematica degli atti in quel periodo, si può dire che la più profonda comprensione del momento creativo della discrezionalità, immerso però in un reticolo fatto di interessi corrispondenti a valutazioni doverose, consente non già di assimilare ma di escludere definitivamente ogni accostamento fra negozialità (autonomia privata; libertà) e discrezionalità amministrativa (scelta finalizzata) (95): un abisso, che non può essere superato; il rapporto fra i due concetti è di assoluta infungibilità: « se vi sono atti che mai possono dirsi negoziali, essi sono proprio i provvedimenti amministrativi » (96).

La negozialità può in qualche misura predicarsi solo per alcuni atti in materia di attività « organizzatoria e interna », ad esempio gli « accordi amministrativi tra figure soggettive pubbliche » (97). E questo porta a configurare i contratti amministrativi come contratti con privati aventi ad oggetto aspetti patrimoniali concernenti un rapporto amministrativo (98)

È esclusa dalla trattazione, come si vede, l'attività di diritto privato, che assumerà invece un rilievo centrale nelle opere successive

Anche per questo profilo il quadro risulta dunque da completare con l'opera di Benvenuti. Al « provvedimento » come espressione di potere imperativo (99) si aggiunge un atto provvedimentale

---

(95) « La discrezionalità è … una scelta puntualizzata ordinata ad un interesse predeterminato dalla norma: la regola che si pone nell'esercizio della discrezionalità è eteronoma, è come se la legge avesse essa stessa provveduto », M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 292.

(96) In termini di principio e salvo eccezioni poste dal diritto positivo, vedi M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 293.

(97) M. S. GIANNINI, *Lezioni* cit., 293; vedi p. 348 ss. e 355, dove si dice che gli accordi organizzativi fra enti e autorità pubbliche hanno bisogno di copertura legislativa (p. 355) (ma il punto rimane contrassegnato dalle ambiguità proprie della dottrina precedente).

(98) « I contratti amministrativi, detti anche contratti di diritto pubblico, sono atti che intervengono tra un'autorità amministrativa e un amministrato, per costituire modificare o estinguere un rapporto amministrativo patrimoniale », M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 350 (sono quei contratti che saranno in parte successivamente definiti « contratti a oggetto pubblico »); vedi anche p. 356 sui « contratti amministrativi organizzativi » (le convenzioni di concessione di pubblici servizi).

(99) *Appunti di diritto amministrativo*, IV ed., Padova, 1959 (ma I ed. 1952), p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale « presupposto necessario di ogni negozio privatistico » (100), dove « provvedimentale », al di là di ogni possibile questione, significa « amministrativo », quanto meno nel senso di decisione assoggettata alle regole della discrezionalità amministrativa.

D) *Il potere amministrativo dal punto di vista del sistema della validità.*

Il tema, in verità, si appunta nei confronti dell'atto. Ma la validità dell'atto è semplicemente uno dei piani necessari per mettere a fuoco i connotati del potere (di cui l'atto è il prodotto).

Nel caso del potere amministrativo questo profilo è essenziale. Non vi è un diritto positivo di disciplina del potere; vi è solo una stratificata normazione di attribuzione di poteri giurisdizionali anche nei confronti dell'amministrazione (legge del 1865 sull'abolizione del contenzioso; legge del 1889 sull'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato). Il « diritto » dell'amministrazione è il diritto formato dalle Corti e trattare della validità dell'atto amministrativo significa perciò parlare dei contenuti che quel diritto progressivamente acquisisce (e — inevitabilmente — anche del suo autore, del giudice).

L'argomento è complesso perché esige — al tempo stesso — l'affermazione e la negazione della categoria della « specialità ».

L'esigenza di specialità si colloca sul versante del rifiuto degli schemi privatistici in conseguenza del carattere funzionale dell'amministrazione e della sua volontà. Al riguardo il distacco è nettissimo: « un sistema di invalidità costruito in un diritto che trova il suo centro nel problema dell'autonomia dei soggetti privati, mal si presta ad essere applicato in un diritto che trova il suo centro nel problema della dialettica autorità-libertà » (101).

Peraltro, la « funzionalità » rischia di spingere l'area della specialità oltre quanto necessario. È la parte sull'eccesso di potere, che colloca il rapporto giudice-amministrazione in un modo « speciale », tanto « speciale » da avere imposto un giudice proprio, di dubbia origine (sono note le contrastanti opinioni all'indomani della istitu-

(100) *Appunti*, cit., pp. 158-159.
(101) M. S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 384.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione della IV Sezione), ma — per effetto di un'esperienza storica e dottrinale imponente — capace di riproporsi pur nel nuovo ordinamento costituzionale. La ragione della specialità del giudice non può essere riferita solo alla misura irrogabile con la sentenza (il tipo di effetto della sentenza: l'annullamento dell'atto), ma soprattutto alla definizione della legittimità. Il giudice deve occuparsi della decisione amministrativa, però senza ingerirsi nella decisione amministrativa (nella sua sostanza più intima, nel merito). Di qui la singolare creazione di un contenuto della legittimità in negativo, in termini di indicazione non della regola ma del vizio, di cui è significativa ed evidente riprova la serie delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, dove la illegittimità è addirittura affidata ad una categoria presuntiva (il sintomo). La conferma si può avere riprendendo la posizione di Giannini. L'autore, qui, resta ancorato alla tradizione: vizio dei motivi (anziché della causa) (102) e figure « sintomatiche » (103), il che appunto conferma come da una specialità indispensabile (il rifiuto del privatismo quanto all'essenza del potere amministrativo) si giunga ad una specialità (quella ora in esame) che non può che essere transitoria, almeno su un piano concettuale: per definizione, la costruzione sintomatica è ….sintomo di un itinerario non portato a conclusione.

Su questo piano il contributo di Benvenuti è di nuovo determinante: è un rovesciamento completo. Intuito lo spazio in cui il tema deve essere collocato, la dimensione della funzione (104), le figure sintomatiche sono tradotte nella violazione di « quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo » (105), « giustizia sostanziale », « ragionevolezza », fondamenti della organizzazione amministrativa (106), e che « costituiscono vere e proprie norme giuridiche » (107). Di conseguenza, « se ...la rilevanza di tali situazioni (è)

(102) Perché non è configurabile una causa dell'atto amministrativo (M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 391)

(103) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 394 ss.

(104) Vedi *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.* 1950, pp. 28-29 e n. 59, p. 37.

(105) F. BENVENUTI, *Eccesso*, cit., p. 26.

(106) F. BENVENUTI, *Eccesso*, cit., pp. 22-25.

(107) F. BENVENUTI, *Eccesso*, cit., p. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondata su norme giuridiche », si deve ritenere che « al giudice non spetti perciò se non di interpretare ed applicare quelle norme nel caso concreto, così come fa d'altronde ogni qualvolta debba riconoscere, sulla base di una norma che la prevede astrattamente, la congruenza di un fatto a costituire la causa del vizio in un elemento dell'atto impugnato » (108). E, poiché « le norme in questione sono delle norme molto generali, si dovrà riconoscere all'opera del giudice una particolare latitudine nell'uso delle massime di esperienza per la loro interpretazione e specificazione, rimanendo però sempre l'attività del giudice entro lo schema dell'attività di giudizio » (109).

5. *Riepilogo: gli elementi di novità.*

Un riepilogo degli aspetti brevemente richiamati compone il disegno seguente.

La nuova dottrina offre un quadro concettualmente molto più netto, e pluralisticamente contrastato, rispetto agli anni trenta.

In primo luogo, è da notare che della nuova Costituzione si tiene conto oltre quanto spesso si ritenga. È il momento di ritornare su un aspetto già accennato. Si è osservato (paragrafo precedente, lettera *A*) che Giannini dà (in modo più o meno esplicito) tutti gli elementi necessari per impostare in modo adeguato il rapporto fra Costituzione e amministrazione, per cominciare a intendere che se non vi è una legge apposita sul potere amministrativo vi è però la Costituzione e che nella Costituzione si potrebbe intanto provare a cercare un « codice amministrativo ».

È un aspetto di particolare importanza. Invero, dinanzi ai numerosi orientamenti che diffondono l'idea che la Costituzione sia in gran parte silenziosa per quanto riguarda l'amministrazione, e ciò ad illustrazione e giustificazione di una continuità di cui sarebbe vittima la Costituzione stessa, quanto ora osservato potrebbe significare che la continuità — in realtà — non è nella Costituzione ma in quegli interpreti che ne offrono una tale lettura (110).

---

(108) F. Benvenuti, *Eccesso*, cit., p. 45.

(109) F. Benvenuti, *Eccesso*, cit., p. 45.

(110) Nel senso che la Costituzione non taccia affatto, vedi E. Cheli, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in *La necessaria discontinuità*, cit., p. 102 (« Si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poi, occorre ricordare i richiami più specifici alla Costituzione e alla intrinseca storicità della dialettica autorità-libertà, una storicità che non si rimette alla contingenza e dunque ad un'illimitata variabilità delle ricostruzioni concettuali, ma che si concretizza nella diffidenza verso concezioni meccanicistiche e semplicistiche (111), precisandosi nel principio del previo atto formale, di cui sono corollari il principio di legalità e di articolazione (112). È una rappresentazione che contribuisce dunque a impostare il tema dell'autorità in modo rigoroso ed in termini positivi.

Il dato dell'autorità, peraltro, finisce — in epoca successiva — per marginalizzare quello della funzione, con una serie di conseguenze, talora fuorvianti, a cominciare dal formarsi di un'immagine corrente, ma non corretta (113) (e contrastante con i concetti più profondi della stessa giurisprudenza amministrativa), di coincidenza fra agire pubblico dell'amministrazione e agire autoritativo.

Il profilo della funzione è però ripreso da Benvenuti e svolto fino ad un approdo che vede la regressione dell'amministrazione soggetto per delineare la costruzione di un'amministrazione per intero oggettivata. Di un'amministrazione dunque — e qui di nuovo la consonanza con Giannini è forte — che, in quanto oggettivata, finisce per risolversi in un insieme di regole che riguardano relazioni fra persone (al « servizio » delle persone).

Certo, anche questa prospettiva ha le sue ambiguità: può sug-

---

tratta di un disegno la cui valenza complessiva non viene forse percepita immediatamente, ma che nel corso degli anni finirà per acquistare spessore e per innescare una serie di processi di rinnovamento della pubblica amministrazione. Gli amministrativisti più sensibili fino da questa fase iniziale non mancano di cogliere il potenziale di novità che queste norme, apparentemente generiche, sono in grado di esprimere »); e vedi anche D. SORACE, *Da « passatisti » a « post-moderni »*, in *La necessaria discontinuità*, cit., pp. 202-203.

(111) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 73: « nel contrasto tra autorità e libertà, è quest'ultima che tende ad essere sacrificata. Non bisogna infatti credere — e si tratta di un diffusissimo modo di vedere — che tra autorità e libertà vi sia come un confine, una separazione: da una parte i consociati, coi loro diritti fondamentali, assicurati dalle guarentigie costituzionali, dall'altra l'autorità, che deve tenersi entro i limiti segnati dai diritti e dalle guarentigie. Questa visione è meccanica e ingannevole ».

(112) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., pp. 74-78.

(113) E, per la verità, non del tutto corrispondente agli intendimenti espressi dall'Autore: vedi il passo citato alla precedente nota n. 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gerire che l'amministrazione di per sé (in virtù di una forza puramente giuridica) realizzi uno stato di felice convivenza (114). Ma vi è Giannini a riequilibrare il quadro e a ricordarci la necessità e la durezza dell'autorità (il polo — come dire — « violento » dell'istituzione, la concretizzazione inequivocabile della sua alterità rispetto ai singoli).

Queste dottrine dei primissimi anni della Costituzione, riprendendo alcuni aspetti maturati negli anni trenta, specie alla fine, e nei primi anni della guerra (Giannini, Miele), presentano dunque un insieme in cui appaiono netti i termini delle contraddizioni che avrebbero dovuto essere affrontate.

Da un lato, il pubblico amministrativo è generalizzato come autorità e, se ciò porta a meglio definirne limiti e contorni, lascia insoluto il tema del ricorso al diritto privato: non al privatismo come dimensione teorico-metodologica del diritto amministrativo, di cui ci si è liberati (e anche questo non è poco) (115), ma del diritto privato come forma sempre più diffusa e « normale » dell'agire amministrativo.

Da un altro lato (Benvenuti) si avverte che il pubblico non può esaurirsi nell'autorità e si ricomprende nel sistema anche l'attività di diritto privato. Ma la funzionalità (116) può riprodurre la pervasività dell'interesse pubblico oltre quanto consentito dalla legge e impedire una (necessariamente parziale ma) reale privatizzazione dell'amministrazione, problema tuttora aperto.

In riferimento ad altro ordine di problemi, lo svolgimento sull'eccesso di potere, ricavato dalla percezione dell'irriducibile diversità dell'amministrazione rispetto al soggetto privato, laddove emancipa la legittimità amministrativa dalla finzione delle figure sintomatiche (comprensibile solo in chiave storica), dà finalmente una versione tutta giuridica della legittimità. Di conseguenza, proponendo i principi generali sulla funzione (sull'agire di un soggetto),

(114) E dunque è da sottrarsi alle suggestioni di quel « pensare a tutto tondo » ben segnalato da S. CASSESE, *Cultura*, cit., 138.

(115) Vedi S. CASSESE, *In onore*, cit., p. 320; C. MORTATI, Recensione, cit., p. 145.

(116) Perché questo — e non l'autorità — è il profilo pubblicistico assolutamente incompatibile con la forma privatistica: si ricordi, del resto, ciò che afferma lo stesso M. S. GIANNINI quando spiega perché l'atto discrezionale non può essere « negoziale », vedi il paragrafo 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crea la premessa fondamentale affinché il rapporto fra quel soggetto (l'amministrazione) e il giudice non sia differente dal rapporto fra il privato e il giudice, dove pure il giudice è tenuto ad applicare (da sempre) principi generali del diritto ed a maneggiare un valore (la libertà dei privati) non certo minore della discrezionalità amministrativa. Una normalizzazione del diritto dell'amministrazione dunque (si noti: nei primi anni cinquanta), che fatalmente (in linea logica) impone, ma in un futuro tutt'oggi non distinguibile, una corrispondente normalizzazione del giudice dell'amministrazione.

Vero è, invece, che queste dottrine non rideterminano il ruolo delle problematiche del « diritto pubblico dell'economia », dell'intervento pubblico nella vita economico-sociale, che rappresentano la novità manifestatasi ampiamente durante il ventennio del regime fascista e, al tempo stesso, anche una delle novità del testo costituzionale. Come è stato notato (117), si dovrà infatti attendere fino agli anni sessanta per avere studi consistenti in materia.

Ma, a fronte di questo aspetto, che potrebbe giustificare una valutazione esclusivamente in termini di continuità, vi sono gli elementi fin qui indicati, che vanno in direzione opposta.

La verità è che non è più rinviabile quell'esigenza di cui si è detto in apertura: l'individuazione dei parametri su cui misurare conservazione o innovazione.

Il compito non può essere affrontato; si può solo esplicitare la premessa da cui si muove.

Le forme e i modi dell'intervento del potere pubblico nell'economia confliggono ma non eliminano la necessità degli istituti di partecipazione e di garanzia che si impongono dall'esterno ai processi economico-sociali. Il problema è proprio quello di tenere insieme il c.d. Stato sociale e il c.d. Stato di diritto.

D'altronde, la parte nuova della Costituzione non è solo quella interventista: è anche quella sulle libertà. Chi ritiene che anche le libertà, sia come garanzia giuridica che come fatto di cultura e di reali rapporti sociali, non siano date una volta per sempre, come è reso evidente dal fatto che è ancora lunga la strada per una realiz-

(117) S. CASSESE, *Guido Zanobini* cit., p. 300 (solo negli anni sessanta la « scienza del diritto amministrativo si impadronirà di questo fenomeno [lo stato amministrativo, il dirigismo] e ne farà oggetto di riflessione »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zazione dei valori del c.d. Stato di diritto (118), non può che assumere questo punto di vista a valore discriminante.

Di conseguenza, nella prospettiva indicata, un'elaborazione dottrinale che in luogo di seguire il filo dell'intervento pubblico si sia soffermata ad approfondire le ragioni e le tecniche della supremazia del diritto in generale (come garanzia dell'individuo e della collettività) risulta molto più innovatrice di quanto potrebbe apparire a prima vista. E non mancano conferme: è il valore accolto nella premessa che consente di « vedere » le norme (di darne una certa lettura) e di coglierne i fatti (che sono anch'essi — almeno in parte — idee e valori) di attuazione (119).

6. *Fra metodo e merito (per riprendere il tema).*

Un ultimo punto, a cui non si può non accennare. È notazione comune che le dottrine prese in considerazione come caratterizzanti il nuovo periodo abbiano un intenso, consapevole e programmatico senso del diritto come sistema (120). E si è visto che proprio l'aspetto ora indicato è stato interpretato come un segno evidente di continuità.

Dunque, al di là degli interrogativi più o meno rituali sull'im-

(118) Vedi A. Orsi Battaglini, *In limine*, in *Dir. pubbl.* 1995, p. VII (« Un soggetto, un diritto, un giudice »).

(119) Ancora E. Cheli (*Modello costituzionale*, cit., p. 104): « Attuare la costituzione significava ridurre il nocciolo autoritativo del potere amministrativo e sviluppare al massimo i principi di libertà e di autonomia posti a base del modello costituzionale. Se andiamo a rivedere la presentazione delle due maggiori riviste pubblicistiche sorte in quegli anni — la "Trimestrale di Diritto Pubblico" che nasce nel 1951 e la "Giurisprudenza Costituzionale" che nasce nel 1956 — si può constatare come questo fine emerge con molta chiarezza ».

(120) Per Giannini vedi la precedente nota n. 67. Per G. Miele, vedi i *Principi* cit. (nella Premessa) nonché M. Nigro, *Rileggendo*, cit., pp. 295-296: « Al centro del diritto per lui, ci sono dunque le norme e il sistema o i sistemi di norme »; se il formalismo è che la « *scientia iuris* debba essere attenta non al singolo valore (o complesso di valori) né al singolo interesse (o complesso di interessi), che attengono al contenuto del diritto, ma ai modelli (o schemi o classi o tipi), in cui i valori vengono assunti nella loro identità (forma), sì da consentire di fondare la regola valevole per tutti i casi (donde la possibilità del sistema, delle teorie generali etc.) …. Miele dev'essere classificato fra i formalisti ». Per Benvenuti, vedi S. Cassese, *Cultura* cit., p. 138.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pegno o sulla neutralità del giurista (121), molto relativi (122), la questione diventa quella del rapporto fra conservazione o innovazione, da un lato, e dimensione sistematica o invece asistematica del diritto in quanto tale, dall'altro.

È difficile pensare a relazioni meccaniche: che la sistematicità significhi astoricità e che, in senso inverso, l'asistematicità significhi storicità. Il problema pare essere quello degli effettivi contenuti degli assunti che si propongono (123), come sarebbe dimostrato dai pur limitati elementi che si sono passati in rassegna. Del resto, si pensi a Benvenuti. Quanto più si è affidato alla logica tanto più ha innovato: il procedimento è una dimensione logica, innanzitutto. Ma chi potrebbe negare che in quella logica vi è una storia che parla?

Si torna così al punto in cui ci si è imbattuti alla fine del paragrafo precedente, al contenuto storicamente determinato della premessa che si assume come valore fondante la costruzione del sistema, o meglio: che si *sceglie* come valore fondante il sistema (124).

---

(121) Vedi L. PICCARDI, *Lo stato attuale*, cit., pp. 232, 236; G. MIELE, *I contributi di V. E. Orlando al diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, p. 53 (« distinzione », non « separazione »).

(122) Come osserva M. NIGRO, infatti, il Miele apparentemente « distaccato » degli scritti del periodo pre-costituzionale diviene il Miele giurista impegnato nei problemi del suo tempo negli scritti del periodo successivo alla Costituzione (*Rileggendo*, cit., p. 283).

(123) Vedi le considerazioni conclusive di E. GUSTAPANE, *I manuali* cit., pp. 475-476.

(124) Dunque non è condivisibile il giudizio (G. MELIS, *Il diritto* cit., p. 405-406) secondo cui A. ROCCO, individuerebbe « un aspetto reale della situazione degli studi » quando scrive (in *Politica e diritto nelle vecchie e nelle nuove concezioni dello Stato*, in *Nuova Antologia*, 1931, CCLXXX, fasc. 1433, p. 356 ss., citato da G. MELIS) che il « mutamento della legislazione è riuscito a guadagnare alle nuove concezioni politiche la massa dei giuristi pratici, preoccupati, per la necessità del loro ufficio, di studiare il diritto *quale è*, e quindi più pronti a coglierne e ad accettarne i fondamenti dottrinali. Ma i teorici, che non hanno avuto la forza di rinnovare tutta la loro cultura, e sono rimasti fermi a princìpi appresi sui banchi di scuola, e in altri tempi da essi stessi elaborati, non possono, e si comprende, assistere che con fastidio alla negazione sistematica e al crollo quotidiano del mondo ideologico caro alle loro meditazioni ». Ebbene, la proposizione di Rocco potrebbe essere agevolmente rovesciata. Invero, non sorprende poi troppo che le vie seguite dai giuristi pratici siano state alcune e non altre: perché — appunto — *costretti* da « la necessità del loro ufficio », mentre i giuristi « teorici », non essendo costretti, o essendo meno costretti, sono stati — oggettivamente — agevolati nell'esprimere l'effettivo loro pensiero. È chiaro, dunque, dove sta il punto a cui non si può aderire: l'idea che vi sia *un solo* « quale è » del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO SBRICCOLI

LE MANI NELLA PASTA E GLI OCCHI AL CIELO
La penalistica italiana negli anni del fascismo

Assegno a questo breve scritto il senso di un contributo ad una discussione che è in corso, ed un intento assai limitato: quello di riflettere sul ruolo svolto e sull'atteggiamento tenuto dalla penalistica italiana di fronte all'imponente produzione legislativa del regime fascista. Della politica penale del fascismo, delle leggi del 1926 e di quelle del 1938, della vasta codificazione del 1930, delle pratiche del regime, non resta ormai molto da dire o da sapere (1).

Resta invece sufficiente spazio di riflessione sulle relazioni che inevitabilmente si instaurano tra il diritto e la politica, tra i giuristi e l'autorità, ogni volta che la cosiddetta autonomia del giuridico viene chiamata a confronto con le pretese strategiche di un potere autoritario, palese o velato, reale o latente che sia.

È bene mantenere aperta questa questione. La fine ormai re-

(1) Vasta la letteratura, incostante la qualità. Meritano segnalazione due voci classiche sui codici del fascismo (quella di G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 261-279, e quella di G. DELITALA, *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 284-287); il numero monografico de *La Questione Criminale*, VII, 1981, fasc. 1, intitolato *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*; le brevi ma lucide pagine di L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del Novecento*, a cura di C. Stajano, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 559-97, poi ripubblicato col titolo *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; l'eccellente saggio di G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 757-847. Chi volesse, potrebbe fare riferimento anche a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 217 ss.; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mota del fascismo storico non ha impedito che alcune delle componenti caratteristiche di quella esperienza continuassero a circolare, arrivando fino ad oggi, nella società italiana. Esse sono state a lungo ravvisabili anche in alcune pratiche penali dell'Italia repubblicana (2), ed ora, per nuove vie connesse a sviluppi inattesi della vita economica e dell'evoluzione culturale del paese, alcune di quelle componenti sembrano potersi riproporre, sia pure sotto inedite (ma decifrabili) fogge.

Come sappiamo, e come è stato efficacemente ricordato di recente, il fascismo italiano si è storicamente imposto con i caratteri di un totalitarismo dai contorni imprecisi, immerso nella contraddizione e tenuto insieme, quanto alle sue opzioni culturali, da sincretismi e allusioni, in un quadro di « sgangheratezza ordinata », dentro una « confusione strutturata » (3). La stessa codificazione penale del 1930 può essere considerata in quest'ottica, come cercherò di mostrare più avanti. Ebbene, alcuni degli elementi eterogenei che sostanziarono quel totalitarismo asfissiante e sconnesso, sembrano riprospettarsi a tratti in forme rivedute, talora striscianti, di paura e rifiuto della differenza, di neo-irrazionalismo, di malsopportazione dei deboli e di xenofobia, di populismo e di ricorrenti folate di antiparlamentarismo (4), mescolate ad una 'critica della politica' e ad una insofferenza per la memoria dei grandi avvenimenti che hanno condotto alla democrazia e alla repubblica, che suonano talora come fastidio per il principio democratico (5).

---

(2) È il senso di un'attenta osservazione di P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco dopo cinquant'anni*, in *La Questione Criminale*, VII, 1981, p. 39.

(3) Uso espressioni che traggo da un saggio all'apparenza lieve, ma penetrante ed attento, di U. ECO, *Eternal Fascism*, in *The New York Review of Books* (22 giugno 1995), ora in tr. it. *Il fascismo eterno*, in *Cinque scritti morali*, Milano, 1997, pp. 25-48. « Il fascismo — scrive Eco a p. 36 — era filosoficamente scardinato, ma dal punto di vista emotivo era fermamente incernierato ad alcuni archetipi »: molti di quegli archetipi non sembra abbiano smesso di circolare nella società italiana, ripresentandosi ogni volta in veste diversa, e variamente aggiornati.

(4) « Ogni qual volta un politico getta dubbi sulla legittimità del parlamento perché non rappresenta più la 'voce del popolo', possiamo sentire l'odore di Urfascismo » (U. ECO, *Il fascismo eterno*, cit., p. 45).

(5) Sono spiriti risalenti, che sembrano talora riaffiorare. Attraversano la società e si ripercuotono sulla vita del diritto, producendo giustizialismi che convivono con insistenti pretese di impunità, invocazioni di *zero-tolerance*, come ora si dice, scortate da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si intrecciano con queste ed altre simili riflessioni, da un lato, la convinzione che non sia opportuno considerare chiusa *à jamais*, ed appartenente unicamente alla storia lontana, la questione del ruolo che ai giuristi spetta di fronte al sistema penale (snodo sensibile, ed a suo modo *res fragilis*, come avrebbero detto gli antichi criminalisti), in situazioni che mostrano di essere in rischiosa evoluzione culturale; dall'altro, l'obiettivo limitato che assegno a queste pagine, nelle quali ripercorrerò rapidamente i caratteri salienti della politica penale del fascismo, per poi soffermarmi sul rapporto che con quella politica intavolarono penalisti e 'scuole' penali, dentro il più generale contesto dei conti che la scienza giuridica italiana si trovò a fare col regime fascista.

Il penale è politica. I profili dominanti dell'autoritarismo repressivo.

Già nella lunga fase postbellica che precede la sua presa di potere, il fascismo italiano pone le premesse della sua futura concezione del problema penale, ancorandola di fatto al nodo dello scontro politico, ed assumendola in termini marcatamente strumentali.

Negli anni cruciali che vanno dal 1919 al 1922, e poi nella protratta conflittualità che culminerà con le elezioni del 1924 e con la crisi Matteotti, l'uso sistematico della violenza nel conflitto politico traccia, quasi naturalmente, le coordinate del primo programma penale del regime. Accanto all'impiego della violenza illegale, fa la sua apparizione anche l'uso politico — difensivo per un verso, offensivo per l'altro — del dispositivo penale, concretizzatosi nell'amnistia del dicembre 1922: quasi il coronamento, in un provvedimento legale, della 'dottrina del combattimento' che aveva guidato il movimento fascista negli anni dello scontro (6).

---

tenaci insofferenze per le regole, dal culto delle flessibilità e dall'avversione per quelle forme di controllo che servono a tutelare il bene delle comunità, quando sia messo a rischio dagli illegalismi dei singoli.

(6) Quella amnistia (R.D. 22 dicembre 1922, n. 1641) riservava ogni beneficio ai soli reati commessi in occasione di movimenti politici per un *fine nazionale*, cosa che attribuiva al provvedimento un carattere volutamente discriminatorio (F. COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, 1919-1932*, in *Studi Senesi*, 1982, pp. 63 ss., poi in A. SANTOSUOSSO, F. COLAO, *Politici e amnistia. Tecniche di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si può dire dunque che è proprio nel quinquennio dello squadrismo e della sopraffazione che il fascismo conosce lo stato nascente della sua ideologia penalistica, ed è in quella fase 'costituente' che prendono il sopravvento i profili dominanti del suo autoritarismo repressivo. Esso riposa su alcune radicali convinzioni che possono essere individuate in quattro presupposti fondamentali:

a) il penale deve essere separato dalla tradizione moderna che lo voleva modellato sulle esigenze della convivenza civile, e lo aveva intessuto con la storia dei diritti individuali, delle garanzie processuali e dell'incivilimento punitivo. La via disegnata dal realismo critico dei penalisti liberali, approdata al codice di Zanardelli ed alla sua filosofia, faticosamente (e non senza contraddizioni) imperniata sul principio di libertà, andava interrotta. Semmai, si trattava di valorizzare gli elementi che l'avevano contrastata: a cominciare da quel doppio livello della legalità che s'era presentato come carattere originario e fondante dell'esperienza penalistica del Regno (7) e nel quale avevano trovato spazi e legittimazione le prassi oppressive e sovente illegali delle amministrazioni, le politiche discriminatorie dell'ordine pubblico, le pulsioni di un ceto proprietario che s'era costruito un'ideologia liberale più che altro conservatrice, autoritaria e statalista, e che reclamava ordine e prevenzione, senza troppo preoccuparsi di regole e garanzie. Si trattava poi di valorizzare il senso comune che si era incrostato intorno ad alcuni dei nuclei ideologici forti delle teorie positivistiche: la pericolosità come criterio della risposta penale, l'idea del criminale come nemico interno, l'idea della 'presenza dello stato' inteso come apparato preventivo e repressivo incessantemente all'opera contro ogni forma di devianza.

---

rinuncia alla pena per i reati politici dall'Unità ad oggi, Verona, Bertani, 1986, pp. 71 ss.). Esso si pone quindi in un'ottica di prosecuzione dello scontro con le organizzazioni politiche e sindacali della sinistra. L'individuazione dell'elemento soggettivo del reato quale criterio per la concessione del beneficio fa di quella amnistia un provvedimento atipico rispetto alla tradizione, inaugurando una forma strategica di lotta contro gli avversari politici imperniata sull'impiego di mezzi giuridici e dispositivi penali. Sul ruolo della clemenza nel ventennio fascista, da ultimo V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 938 ss.

(7) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 485 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sembrava giunto il momento di dare forma a quel modello di ordinamento penale che, quarant'anni prima, un liberale come Aristide Gabelli aveva intravisto come esito temibile, ove le teorie positivistiche avessero finito, sia pure in parte, per affermarsi: perché, diceva, alcune di quelle teorie « suppongono un ordinamento sociale così differente da quello d'oggi, implicano una tale ingerenza dello stato sulla vita privata, da rendere troppo costosi i benefici, dato che si conseguissero, della sua tutela » (8).

b) Il penale va strumentalizzato. Codici, leggi, apparati, devono essere nient'altro che un'arma nelle mani dello stato (che sarà poi il partito-stato), perché esso possa servirsene contro i nemici della società — che sarebbero in realtà, ed in primo luogo, i *suoi* nemici — per difendere non la società in quanto tale, o i singoli cittadini, ma *se stesso*, essendo questa la sola via di una efficace tutela di quella e di questi. Nei presupposti di quest'idea programmatica, che sarà esplicitata a più riprese nei momenti salienti della legislazione penale del regime, sta l'evoluzione in senso autoritario della componente più marcatamente statalista del positivismo penale (9), coniugata alla vicenda involutiva del tecnicismo giuridico, che perde progressivamente le ragioni che avevano ispirato Arturo Rocco nel 1910 (10), per assumere il senso di quelle già da allora prefigurate da Vincenzo Manzini (11).

---

(8) A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, in *Rivista Penale*, 23, XII, 1886, p. 526. Su questo punto: M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 204 ss. Gabelli mostra di aver ben compreso che gli esiti autoritari paventabili non sarebbero la conseguenza delle teorie positivistiche, ma *la condizione* della loro affermazione. È il ragionamento che cerco di fare più avanti, a proposito del preteso rapporto tra certi aspetti della codificazione fascista ed alcune teorie della scuola positiva.

(9) Penso al progetto di codice penale di Enrico Ferri ed al suo scritto *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La scuola positiva*, XXXVI, 1926, e poi in ID., *Studi sulla criminalità*^{2}, Torino, Utet, 1926, pp. 696-736.

(10) AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, I, pp. 497-521, 560-82. Su quelle ragioni, M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 ss. e ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 522 ss.

(11) Riprendo qui una annotazione già fatta altrove (*Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 524), segnalando che appena dieci mesi dopo la famosa prolusione sassarese di Arturo Rocco, sempre nel 1910, il 22 novembre, Vincenzo Manzini teneva la sua prolusione torinese intitolata *La politica criminale e il*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c) Dentro questo orizzonte ideologico, il criminale è assimilato al nemico, e il nemico associato al criminale. Una simile visione delle cose oltrepassa le teorie penali e si collega direttamente all'ideologia del fascismo ed alla sua concezione della convivenza e dello stato. Seppure non estranea, ancora una volta, ad alcune delle componenti 'declamatorie' del positivismo criminologico, questa semplificazione applica alla funzione del penale un'idea di dominio nella quale non c'è spazio per il disaccordo, per le differenze, per la difformità. Il disaccordo equivale al tradimento, la differenza incute spavento e induce aggressione, la difformità è intollerabile e suscita impulsi di occultamento o di soppressione. I primi e gli ultimi elementi rilevanti di legislazione penale prodotti dal fascismo, quelli contro gli avversari politici del 1926 e quelli antiebraici del 1938 si iscrivono in questo quadro, e suggellano con l'uso dello strumento penale l'idea che esistano 'intrusi' (traditori, *internal foes*, innocenti apparenti) che vanno trattati come nemici. Se però si passa dalla ragione politica alla produzione della norma ed alla costruzione del sistema, la semplificazione torna ad articolarsi, mostrando almeno tre livelli di risposta, riferibili a discriminanti politiche, culturali e di classe: se l'avversario politico, nemico per eccellenza, va annientato, l'ordinario criminale deve essere semplicemente (seppur assai severamente) punito, mentre quello pericoloso, tanto più se 'anormale',

---

problema della lotta contro la delinquenza e la malavita, in *Rivista Penale*, 73, XXXVII, 1911, pp. 5-14, nella quale, dopo aver rivolto qualche critica a Rocco, rimproverandogli « una delimitazione eccessivamente artifiziosa e astratta dell'ambito riservato alla nostra disciplina » (p. 5) — il che comportava dissenso su uno dei punti decisivi del nascente indirizzo tecnicista — propugnava « norme permissive » dell'uso delle armi da parte dei cittadini « per rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi » (p. 8); lamentava l'eccessiva mitezza del sistema penale e deprecava il fatto che per compiacere « alla classe colta della nazione » l'Italia si fosse « presa il lusso [...] della abolizione della pena di morte » (p. 10); si dispiaceva che gli agenti della forza portassero le armi senza adoperarle e opinava che il governo dovesse « promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza » (p. 11). Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e 'promessa' di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella 'politicità dell'apolitico' che si rimprovera — peraltro giustamente — all'Arturo Rocco del 1910, che non va postdatato — vale giusto la pena di ricordarlo — sull'Arturo Rocco che vedremo all'opera tra il 1925 ed il 1940.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

va messo 'nella condizione di non nuocere', cosa che implica un efficace sistema combinato di stringente prevenzione e doverosa eliminazione.

d) Ciò che dà senso a questi tre indirizzi politici ed ideologici, così come ai loro numerosi corollari, è la funzione assegnata allo stato, assunto come dispositivo inderogabile per la realizzazione pratica del programma politico del partito, o — come allora si diceva — del pensiero del duce. È la questione centrale, quella che fonda e sostanzia le qualità in atto e le virtualità potenziali del sistema penale fascista: *l'idea che allo stato, senza limitazione legale alcuna, sia conferita ogni discrezionale decisione sugli ambiti di libertà dei cittadini e sulla 'compatibilità' dei loro comportamenti*. E quanto al che cosa sia in effetti lo stato, vale il chiarimento del giurista che, considerati i mutamenti costituzionali indotti con la legislazione del 1925 e 1926, finisce per identificarlo con il governo e più precisamente col suo capo (12); e vale altrettanto la precisazione dell'ideologo che scrive « I giuristi e i filosofi dicono: 'lo' Stato. Noi rivoluzionari fascisti diciamo 'questo' stato del Partito fascista, Duce Mussolini » (13).

Continuità. Metodi e dottrine assecondano la veemente torsione dello stato.

Una volta di più il penale, affidabile spia della qualità costituzionale degli ordinamenti giuridici, verrà conformato alla natura dello stato che lo esprime. Il fascismo, cosciente della continuità culturale con il passato nella quale aveva realizzato la sua presa di potere e consapevole del fatto di non disporre di risorse culturali sue, incapace com'era, nei tempi concessi, di instaurare una autentica egemonia culturale, rinuncia ad una qualsiasi rifondazione della scienza giuridica penale, appagandosi della indefinita possibilità di indirizzare i contenuti *della legislazione* verso gli obiettivi che gli

(12) S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali del regime*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano, Ottobre del Decennale,* I, *Le relazioni*, Roma, SNFAP, 1932, p. 66

(13) P. ORANO, *Stato e Partito*, in *Il fascismo*, vol. II, *Rivoluzione delle camicie nere. Lo Stato totalitario*, Roma, Pinciana, 1929, p. 97. Conservo, nella citazione, l'attento gioco di maiuscole e minuscole, perché a queste cose quelli come Orano davano grande importanza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

erano congeniali, stabilendo le finalità ed assicurandosi dei modi per conseguirle.

Non ritiene neanche necessario, e direi a ragione, di operare sul versante del diritto praticato, certo com'è della affidabilità dell'amministrazione, dei giudici, degli avvocati, quanto alla puntuale realizzazione dei contenuti della nuova legislazione. Il contorno istituzionale e regolamentare di cui ha corredato la grande riforma del 1930 gli dà assolute garanzie anche sul piano del coerente funzionamento dell'intera *intendence* repressiva. Né ha alcuna ragione di diffidare del ceto dei giuristi. Tutta la scienza giuridica italiana manteneva nel nuovo regime una perfetta costanza di orientamenti e metodi scientifici, che l'avvento del fascismo non ebbe alcun interesse a modificare e che, comunque, non sarebbe stato capace di affrontare seriamente. Nell'insegnamento universitario, le stesse scuole, gli stessi maestri, gli stessi metodi d'una volta, rivolti alla formazione e selezione dei nuovi giuristi, e nessuna necessità di aggiornamento o adeguazione. Nella produzione scientifica le stesse *routines* di sempre: solo un crescente isolamento internazionale, un impoverirsi della discussione, una verticale caduta dello spirito critico, difficilmente avvertibile, però, in quel quadro di discorsi meramente tecnici ed esegetici. Quasi tutti i penalisti, con poche eccezioni (14), distolgono lo sguardo da alcune norme e leggi in particolare, per concentrarlo sulle *dottrine generali*, sui grandi oggetti dogmatici e, comunque, dando la preferenza alle questioni di parte generale. La caduta dello spirito critico, si sa, seppure dovuta, all'inizio, ad un comprensibile spirito di autotutela a fronte di un potere autoritario che non tollera dissensi, finisce di regola per divenire ordinario orizzonte, stile e costume, comportando un inevitabile abbassamento dei toni e dei profili. Non a molti tutto ciò

(14) Per esempio, Paolo Rossi, che testimoniò per iscritto contro la pena di morte (*La pena di morte e la sua critica*, Genova, Lattes, 1932) e subì il sequestro del libro *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Messina-Milano, Principato, 1937, nel quale criticava, tra l'altro, l'uso che i regimi autoritari facevano del mezzo penale, conducendo ad una vera negazione della funzione fondamentale del diritto (cfr. G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 832). Nel risguardo del *Guicciardini criminalista* che Rossi pubblicò a Milano dai Fratelli Bocca nel 1943, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, il libro che era stato sequestrato, è pudicamente indicato come *esaurito*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sembrò pesare, né si rese necessaria una qualche reale riconversione, a parte l'onere di accondiscendere a rituali adulatori e stili retorici che presumo fastidiosi. Il mondo nel quale quei giuristi si riconoscevano rimase simile a quello di sempre, ed essi continuarono ad esercitare la loro decisiva influenza senza darsi la pena di conseguire una legittimazione culturale che avevano già. Diverso, si capisce, è il punto quanto alla legittimazione politica, che implicava, ovviamente, adesione e collaborazione (15).

Gli sforzi del regime, come si sa, si dirigeranno principalmente verso una trasformazione del sistema normativo, per cambiarne radicalmente i contenuti. Quel che importava era ristrutturare le istituzioni penali perché rispondessero meglio agli scopi; e sembrava urgente riformare la legislazione penale, conformarla agli interessi politici del regime, renderla rispondente alla logica del totalitarismo autoritario e raccordarla alla visione delle cose propria delle diverse sottoculture nutrite dal fascismo. Non per nulla, l'opera giuridica del fascismo sul terreno penale fu cosa di tutto riguardo, e si risolse interamente nella rifacimento della legislazione.

Non si può dire che sia stata prodotta una dottrina penale tipica del fascismo, né che una linea reinterpretativa dei fondamenti o dei metodi di costruzione del diritto e della procedura penale sia stata in alcun modo proposta da un qualche nuovo pensiero giuridico fascista. I proclami, i programmi, gli annunci, o le dichiarazioni di intenzione (16) non sono dottrina giuridica. Né produce una rico-

(15) « Nel nuovo mondo espresso dai fianchi delle rivoluzioni totalitarie era fatale che non solo si accorciassero le distanze tra politica e diritto, ma si riconoscesse senz'altro la loro inseparabilità. Apparentemente [...] cotesto è un passo indietro. Giacché la scienza giuridica moderna — scrive G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, XI, 1939, pp. 145, 146 — si è costituita attraverso un processo di segregazione degli elementi politici dagli elementi giuridici, considerati [i politici] come un sedimento estraneo, vera *materia peccans* nel corpo del diritto puro. [...] La parola d'ordine in tale costruzione fu il diritto ai giuristi (cioè ai tecnici della dogmatica) la politica ai politici. [...] I tempi vogliono altro ritmo. L'ora che scocca sul mondo è rivoluzionaria, e la rivoluzione non fa buon viso ai giuristi che sono, per abito mentale, conservatori e misoneisti. [...] Se il giurista oggi vuol contare qualcosa, si ricordi di una parola d'ordine: più politica e meno dogmatica ».

(16) Quando Alfredo Rocco illustra nella sua *Relazione al Re*, pubblicata il 26 ottobre 1930, i « Rapporti tra il sistema del nuovo Codice e la filosofia sociale, politica e giuridica del fascismo », si limita ad enunciare i nessi che legano quel codice all'idea

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noscibile dottrina giuridica quel carattere di fondo della ideologia fascista che consiste nel conformarsi in opposizione a qualcosa d'altro, nel porsi contro, facendo derivare le proprie, per contrasto, dalle posizioni altrui (17). Peculiare manifestazione, se mi faccio capire, della natura assolutamente sincretistica della cultura del fascismo (18).

Se i contenuti della riforma legislativa penale vengono dettati dalla politica, il compito di dare concretezza normativa alle idee ed ai programmi spetta, ovviamente, ai giuristi, e ad essi viene assegnato. Non senza motivo, la codificazione penale e processuale viene messa nelle mani dei pochi giuristi di rango operanti in quegli anni, uomini di orientamento *olim* liberale (quel liberalismo *sui generis* di cui ha bene detto di recente Luigi Ferrajoli (19)), e scientificamente attestati su posizioni tecniciste. Come si sa, il comitato che preparò materialmente il codice penale venne affidato ad Arturo Rocco che lo diresse « con l'assistenza del prof. Eduardo Massari », mentre gli stessi Rocco e Massari, insieme a Vincenzo Manzini, costituirono il

---

di stato che gli sottostà. « Lo Stato — scrive Rocco — ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche, e sovratutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi. Tale nuova concezione sociale, politica, etica dello Stato, che è propria del nuovo Regime politico, naturalmente non poteva non esercitare una manifesta influenza sui principî filosofici ai quali s'ispira la riforma della legislazione penale » (AL. ROCCO, *Relazione al Re*, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, a cura di R. Mangini, F.P. Gabrieli, U. Cosentino, Roma, Tip. della Camera dei Deputati, 1930, pp. XXXVIII-XXXIX).

(17) Tipica e ricorrente, per esempio, la contrapposizione all'esperienza dello stato liberale, considerato imbelle, poco 'stato' perché troppo liberale, privo di prestigio perché incapace di incutere rispetto e inadeguato a fronte dei 'destini' della nazione italiana.

(18) Anche in questa prospettiva mi sembra fondata la riflessione di Norberto Bobbio che esclude l'esistenza di una 'cultura fascista' capace di lasciare segni durevoli e di qualche importanza: N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi, 1973, p. 229, ed ora anche ID., *Dal fascismo alla democrazia*, Milano, Baldini & Castoldi, 1997, pp. 61 ss.

(19) « Ma il liberalismo della cultura giuridica prefascista è, per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo » (L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 36).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nucleo forte della Commissione ministeriale che lo mise definitivamente a punto. La presenza di Enrico Ferri, quarto professore, appare soltanto come un omaggio (20) al vecchio maestro dalle tante vite, che stava dando inizio all'ennesima scrivendo un paio di elogi di Mussolini (« una tiroide eccezionale ») (21), ed un estremo 'programma' della scuola, col quale tentava di agganciare il suo vagone positivista alla locomotiva del fascismo (22). Quanto al codice di procedura penale, si può dire che esso sia stato varato senza alcuna discussione, senza vaglio parlamentare (per quanto rilevante esso comunque potesse essere), dietro le indicazioni di Alfredo Rocco e con l'opera pratica pressoché esclusiva di Vincenzo Manzini, che — quanto alla stesura, al coordinamento ed ai finali aggiustamenti — recitò tutte le parti in commedia.

Occorre poi aggiungere che, non solo nella sua fase preparatoria, ma anche in quella attuativa, la nuova codificazione venne integralmente accolta, senza riserve e senza esitazioni, dalla scienza penalistica italiana, che ne fece immediatamente il punto di riferimento fondamentale per l'elaborazione *scientifica* del diritto e della procedura penale. Anzi, alcuni dei suoi contenuti, e penso in particolare alla esorbitante dimensione *preventiva* assegnata all'intero sistema, ed al complesso dispositivo delle misure di sicurezza, finirono per dare il tono ad una parte non secondaria della dottrina

(20) La Commissione ministeriale, di cui anche Ferri faceva parte, lavorò tra il novembre del 1927 ed il luglio del 1928. È difficile dire quale sia stato il ruolo, e se ci fu, del vecchio professore, che sarebbe morto di lì a poco, il 12 aprile del 1929. Il carattere di 'omaggio' di quella presenza è svelato dall'elogio di Ferri svolto da Arturo Rocco, suo successore a Roma sulla cattedra di diritto e procedura penale, nella prolusione del 20 dicembre 1930 (Ar. Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Rivista di diritto penitenziario*, n. 6, 1930, pp. 5-9).

(21) E. Ferri, *Il Fascismo in Italia e l'opera di Benito Mussolini*, pubblicato nella *Revue Belge* del 1 ottobre 1926 e poi tradotto per la *Revista argentina de ciencias politicas* (gennaio 1927), quindi per la collana 'Mussolinia' dell'editore Paladino di Mantova; e poi Id., *Mussolini Uomo di Stato*, Mantova, 'Mussolinia', ed. Paladino, 1927, nel quale Ferri si attarda anche sulla 'sagoma antropologica di Mussolini', facendoci sapere, tra l'altro, che « ...anche senza farne una radiografia, tutto fa supporre che Mussolini abbia una tiroide eccezionale » (p. 12).

(22) E. Ferri, *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La scuola positiva*, XXXVI, 1926, e poi in Id., *Studi sulla criminalità*^{2}, Torino, Utet, 1926, pp. 696-736.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che seguì (23). Del resto, quei contenuti, ed il progetto che l'intera svolta implicava, non impedirono che essa fosse voluta, preparata ed attuata dagli eredi della tradizione penale italiana.

Che la vicenda giuridica del fascismo — e non solo quella, del resto — vada letta in termini di continuità con l'assetto politico, culturale ed istituzionale che ne precedette l'avvento, è cosa da tempo fuori discussione. Sappiamo che quella continuità si fondò anche sul lavoro teorico di giuristi 'della tradizione', come si è detto (24), che — soprattutto nel campo decisivo del diritto pubblico (25), — operarono in un sordo conflitto con i 'giuristi del regime', per mantenere in un rapporto di compatibilità la caduta della funzione parlamentare, la centralità dell'esecutivo, l'autonomia dell'amministrazione e il ruolo del partito fascista: nel provvido tentativo di salvaguardare — sia pure in un quadro irrimediabilmente distorto — la figura storica dello stato amministrativo, col suo corredo di 'pubbliche' garanzie, affermatasi in Italia con l'età giolittiana.

Questo lavoro, svolto intorno alle fondamenta dello stato, produsse una sorta di benefico *fall out* anche nel campo del sistema penale, consentendo la tenuta di una rete di princìpi che non aveva, ovviamente, soltanto una funzione tecnica. Perché nel penale quelli che sembrano aspetti 'tecnici' sono molto spesso valori, e le regole metodologiche non sono semplici componenti necessarie al solo funzionamento della macchina. Prendendomi per un attimo la licenza di recitare un'ovvietà, ricorderò che il principio di legalità, o quello di irretroattività, o il divieto di analogia, della cui tenuta quella dottrina rivendicò il merito (26), sono regole di grande

(23) La prolusione di Ar. ROCCO, *Le misure di sicurezza*, cit., ne rappresentò il manifesto programmatico.

(24) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 126.

(25) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 44 ss.

(26) Sulla legittimità di quella rivendicazione, e sulla sua fondatezza, tornerò in chiusura di questo scritto. Per ora mi limito a sottolineare che una parte non piccola di quel merito, se ci fu, andrebbe comunque restituita al lavoro dei costituzionalisti 'della tradizione'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilevanza che dominano — insieme ad altre — l'impalcatura tecnica del sistema, ma hanno una imprescindibilità che va evidentemente ben al di là di ogni possibile funzione pratica, coinvolgendo in pieno i livelli di civiltà dell'ordinamento.

Ebbene, il lavoro di pubblicisti come Romano o Ranelletti, venne svolto anche a beneficio della tenuta dell'impalcatura penale, in tacita supplenza, si potrebbe dire, nei confronti di una penalistica di qualità complessiva non elevatissima, ed intenta a guardare altrove. Quel lavoro fu poco avvertito e per niente riconosciuto, eppure è ad esso che va il merito di aver garantito, se posso semplificare, la *tenuta della legge* rispetto alle *pretese dello stato*. È su questa linea che si attestò quel tanto di stato di diritto che si mantenne in vita, e che — al di là dei contenuti, che ebbero tutt'altro tenore e sui quali tornerò — permise alla legislazione penale del fascismo di mantenere un *aspetto* compatibile con la tradizione giuridica italiana. Per chi sa capirla, l'operazione è omologa a quella che nel penale aveva avviato l'Arturo Rocco del 1910 (27), che s'era a sua volta ispirato all'Orlando del 1889: centralità della legge, con quel che l'opzione comportava nel metodo giuridico e, soprattutto, nell'adesione a princìpi tratti da una tradizione che veniva dall'esperienza liberale del XIX secolo. Sta proprio in quell'operazione la ragione per cui non prese piede l'idea di fare a meno del principio di legalità, o quella di procedere ad incriminazioni su base meramente politica, creando norme *ad hoc*, per analogia, da altre già esistenti; oppure quella di considerare la (di volta in volta presunta) volontà del Duce alla stregua di una fonte di incriminazione in bianco (28).

Occorre aggiungere che se la relativa presentabilità della fac-

(27) Sul Rocco del 1910 tornerò brevemente più avanti, ma voglio rinviare subito a quanto ho puntualizzato a più riprese in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 ss. e ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 522 ss.

(28) Faccio riferimento all'ormai famosissimo scritto di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, cit., tante volte, e da tanti, additato come testimonianza della natura del penale nello stato fascista, mentre è solo un ipotetico esempio di quello che probabilmente sarebbe stata l'ispirazione del diritto penale fascista se non si fossero lasciati lavorare i Romano o i Ranelletti, o, nel campo penale, se non ci fosse stato l'Arturo Rocco del 1910.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciata del sistema penale si giovò della tenuta del diritto pubblico, malgrado i rari penalisti che riuscirono a capirlo (29), il fatto che i contenuti normativi di quel sistema si siano allontanati dalla civiltà giuridica senza precipitare nella più disastrosa barbarie, deve molto all'abbandono — già avvenuto per fortuna *prima* del fascismo — dei più insidiosi cascami del positivismo penale (30). Si dirà, e molti lo sostennero allora (31), come alcuni lo pretendono adesso (32), che i codici del fascismo, e specialmente quello penale, accolsero più d'uno dei princìpi nutriti dalle teorie della scuola positiva, ma io credo che questo giudizio vada, per così dire, collocato meglio. Nei codici di Mussolini entrarono una grande quantità di princìpi, norme e meccanismi, conformi ad un programma di prevenzione illiberale, di negazione delle garanzie, di disprezzo per la persona dell'accusato e dei suoi diritti; vi entrarono il sospetto e l'arbitrio, la vessazione, l'intimidazione e l'autoritarismo, e tutto in ragione della

(29) Ancora oggi, se non sbaglio, nel ricostruire il suo passato, la dottrina penale — che pure applica largamente il criterio quando opera sul presente — fa fatica a prendere coscienza di quanto abbiano contato, nella storia del penale, il rapporto con la figura dello stato, la riflessione dei pubblicisti, le fasi progressive di trasformazione degli assetti istituzionali e della costituzione materiale.

(30) Anche su questo punto la ricostruzione sarebbe lunga, e non sembra questo il luogo per farla. Qualche considerazione di fondo si può trovare in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 221 ss. ed in ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 518 ss.

(31) E. FERRI, *Il progetto Rocco di codice penale*, in *La scuola positiva*, XXXVII, 1927, p. 489; E. FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, letta nell'Università di Torino il 19 novembre 1925, Modena, Università, 1925, p. 13: « [dal ministro Rocco e dall'on. De Marsico]... venne enunciato chiaro il proposito di assumere con singolare ampiezza l'istituto delle misure di sicurezza, rispettivamente per le diverse categorie dei delinquenti minori, pazzi, anormali, alcoolisti, ripugnanti al lavoro ed abituali... ». Ma l'idea degli impresti positivisti del codice venne accreditata soprattutto da U. SPIRITO, *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, *passim*, e poi ID., *Il nuovo diritto penale*, Venezia, La Nuova Italia, 1929, spc. pp. 71 ss., essendo congeniale alla sua concezione della storia del penale, fatta soltanto di 'scuole' che si succedono, di correnti che mediano, di eclettismi che risolvono e di pensiero che diventa realtà. Da Spirito è poi trasmigrata in tanta parte delle 'premesse storiche' che per lungo tempo hanno punteggiato la letteratura penalistica italiana.

(32) Per tutti, perché da ultimo, C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 25-26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura antiliberale, antidemocratica e totalitaria del disegno che li ispirava. Il quale si fondava principalmente, non dimentichiamolo, sull'uso del potere punitivo al fine di esprimere ed esercitare un dominio totale sulla vita politica, sulla società e sugli individui. Il fatto che alcuni di quei meccanismi fossero stati prefigurati dal positivismo penale non dice che il fascismo aderì a quelle teorie, o che intese adottarle, o ravvivarle. Dice solo che quelle teorie appartengono al *continuum* di una certa concezione del ruolo del penale nella società, e che la scuola positiva le aveva incontrate, prese a fondamento ed elaborate, perché la sua ispirazione di fondo — checché pensasse di se stessa — era intrisa di statalismo illiberale ed autoritario. Sono concezioni che preesistevano da tempo (anche se non si erano ancora incrociate con l'antropometria criminale, che certo non le migliorò), e che non hanno abbandonato del tutto il campo dopo il tramonto del positivismo penale. Il fascismo non ha fatto che servirsi, già che c'erano, di alcune epifanie penologiche di quel *continuum*, formulate dalla scuola positiva che era, diciamo, di turno, in quella fase. La sua vocazione sincretistica se ne sentì largamente gratificata.

È l'*autoritarismo*, al dunque, la chiave di fondo che ci mette in grado di decifrare la reale qualità di processi culturali e processi politici che sembrano scambiarsi l'ispirazione. Ed è l'autoritarismo, come potenziale tratto permanente dell'esperienza politica (e penale) italiana che, visibile o latente, ha dettato — e potrebbe tornare a dettare — scelte di politica penale lesive delle libertà o non compatibili col principio democratico. Non avrebbe molto senso dire ogni volta che si è trattato, o si tratta, dell'eredità del positivismo.

Discontinuità. Le leggi per annientare l'opposizione.

Come ho già sottolineato, è nella riforma della legislazione che il fascismo riuscì a dare una straordinaria accelerazione, tale da realizzare, in notevole misura, una particolare forma di discontinuità con il passato. In essa il regime impresse i suoi caratteri, dispiegando i postulati della sua ideologia in strategie repressive, contenuti punitivi e innovazioni di sistema che modificarono profondamente i termini stessi dell'ordine giuridico penale del paese. Una notevole

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

torsione venne inflitta al sistema penale, esasperandone il carattere repressivo ed esaltandone la funzione intimidatoria (33): esso venne provvisto oltre ogni limite di contenuti autoritari, mentre i suoi connaturati compiti difensivi, una volta rivolti ai diritti dei cittadini ed alla tranquillità della società, vennero stornati e messi primariamente al servizio dello stato.

In questa prospettiva è difficile parlare di continuità. Un sistema penale privato del principio ispiratore della libertà e messo al servizio della repressione politica, dell'intimidazione sociale e di un'ideologia totalitaria, non ha che una tenue rapportabilità con quello che l'Italia aveva conosciuto fino ad allora, per quanti potessero essere i suoi limiti e per quanto serie le sue contraddizioni. Il contenuto e la finalizzazione della legislazione penale fascista realizzano, a mio parere, una autentica rottura, aprendo una fase del tutto peculiare nella storia del sistema penale di questo paese. Le continuità che è ancora possibile rilevare riguardano i metodi di produzione scientifica, alcuni tratti permanenti del sistema penale italiano, gli stili applicativi, non il tenore ed il fine della legislazione.

« Il Fascismo — scrive Alfredo Rocco subito dopo le leggi eccezionali del 1925-1926 e mentre si preparava la codificazione del 1930 — appartiene al novero di quelle rivoluzioni, le quali [...] realizzano la loro ideologia. Le realizzano nel campo spirituale, svegliando nella massa il sentimento del dovere, l'abitudine della disciplina, l'idea della subordinazione dell'individuo alla Nazione. La realizzano nel campo giuridico, creando sulle rovine dello stato liberale e democratico, lo stato fascista » (34).

Una volta oltrepassata la crisi Matteotti, Mussolini ed il suo Gardasigilli danno definitiva attuazione al programma di neutralizzazione delle opposizioni politiche, da tempo avviato coi fatti, coronandolo con lo strumento della legge penale. La prosecuzione della politica dello squadrismo, si direbbe, con altri mezzi.

Tra il 1925 ed il 1926, le leggi che saranno poi dette 'fascistis-

(33) Su questo punto sono particolarmente documentati ed efficaci i ragionamenti presenti in G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 780 ss., 784 ss., 855 ss.

(34) AL. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista - Introduzione* [1927], Roma, La Voce, 1927, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sime' delineano l'intelaiatura dello stato totalitario, articolandosi in 'leggi di difesa' (e sono quelle sulle società segrete, sui fuorusciti, sulla burocrazia e sulla difesa dello stato), e 'leggi di riforma costituzionale' (quella sul potere legislativo dell'esecutivo e quella sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo). Intanto, il 30 gennaio del 1925, Alfredo Rocco aveva avviato alla Camera la riforma dell'intero sistema penale che si concluderà, di lì a cinque anni, con l'organica codificazione del 1930.

Il senso di quei provvedimenti, rivolti all'annientamento di ogni forma di opposizione, è illuminato bene da uno scritto di Silvio Longhi, penalista fascista militante (35) che sarà Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, durante la presidenza di Mariano D'Amelio: « Quando nel 1924 più difficile e contrastato si fece per il Regime il processo di coordinazione e consolidamento, il Segretario generale del Partito Fascista on. Farinacci ebbe ad affermare la esigenza di una triplice istituzione coercitiva, dalle menti superficiali giudicata allora strana, violenta, orribilmente partigiana: il bando, il confino, la pena di morte » (36). È il 'trittico Farinacciano' (37), « affermazione di un sistema di difesa [...] generato dal congiungimento della forza con lo Stato », e più semplicemente rivolto a mettere l'ordinamento penale al servizio di una forza politica che usa il suo potere per annientare tutte le altre.

La lettura della legge n. 2008 del 1926, che dettava Provvedimenti per la difesa dello Stato, desta ancor oggi una fortissima impressione. Si tratta di un documento che evoca un'atmosfera di guerra e rimanda lo studioso che ne conosce la storia, al clima dei secoli in cui la giustizia politica rispondeva al sacrilegio della *maiestas violata* con le soluzioni espeditive, sommarie e riduttive di uno *ius odiosum* e *terribile*. Riappaiono la *mera cogitatio* ed il *crimen obtrectrationis*, riappare la morte civile, irrogata con la perdita della cittadinanza e la confisca di tutti i beni, ed il processo è costruito, secondo un antico criterio, *ad modum belli*, con un tribunale costi-

(35) P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., p. 125 ss.

(36) S. Longhi , *Fascismo e diritto penale* (1927), in *Anticipazioni della riforma penale*, Milano, Treves, 1931, p. 149.

(37) S. Longhi, *Fascismo e diritto penale*, cit., p. 139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuito per ordine del Ministero della guerra, che, presieduto da un generale, adotterà le regole giustiziali del tempo di guerra. Le sue sentenze non saranno soggette a ricorso, né ad altro mezzo di impugnativa. Quanto alle pene previste per gli oppositori, lo stravolgimento rispetto al diritto comune, dettato dal modello sanzionatorio di annientamento del nemico, è assolutamente stupefacente. Vengono puniti con la morte i delitti previsti dagli articoli 104, 107, 108, 120 e 252 del codice penale (che è, ancora per poco, quello civilissimo di Zanardelli): ebbene, varrà la pena di ricordare che la rivelazione di segreti ad uno stato estero (art. 107) era punita dal codice con una pena da tre a cinque anni, che passava da cinque a quindici se lo stato estero si fosse trovato in guerra con quello italiano. La morte (art. 108) toccherà anche a chi avrà ottenuto la rivelazione dei segreti o se ne sarà comunque procurato la cognizione, là dove, prima, la sua pena era identica a quella del rivelante; allo stesso modo, la morte, in luogo di sei a quindici anni di prigione, e la morte, in luogo di tre a quindici anni, toccheranno rispettivamente a chi farà sorgere in armi i cittadini contro i poteri pubblici ed al suscitatore di guerra civile, devastazione, saccheggio o strage. I crimini sono certamente importanti e gravi, ma lo sbalorditivo salto di penalità dà la misura della drammatica frattura che il fascismo portava nel sistema penale (che complessivamente già tenero non era) allo scopo di terrorizzare gli avversari, schiacciarli, e mantenere così il suo potere.

La pena di morte rientrò dunque nell'ordinamento punitivo italiano il 26 novembre del 1926, in forza di quella terribile legge, dopo che ne era stata allontanata esattamente mezzo secolo prima, con l'abolizione di fatto decretata da Pasquale Stanislao Mancini nel 1876, che precedette di molto quella di diritto sancita dal codice penale del 1889. La presenza della morte — aveva scritto Longhi pochi mesi prima — è effetto della guerra che la nazione combatte contro i suoi nemici di ogni sorta: essa verrà data con la fucilazione e comandata alla Milizia volontaria di sicurezza nazionale, con il che si renderà meno orribile il supplizio, portandosi « maggior rispetto alla persona del giustiziato, il cui cadavere non viene ad essere né troncato né deformato. Cade il condannato quasi come in una battaglia: la battaglia della vita, comunque

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vissuta e combattuta » (38). Questa era la cultura penale che aveva preso il potere in Italia. Con questa cultura i giuristi eredi della tradizione di Carrara e Beccaria avrebbero dovuto misurarsi. Non risulta però che quella legge, pur così innovativa nella sua rilevanza non solo penale ma soprattutto, si direbbe, costituzionale, sia stata fatta oggetto di espresso e scientifico commento da parte di qualche giurista di cattedra.

Corollario della reintroduzione della pena di morte è, per una parte della dottrina, l'istituzione (a tempo determinato, poi indefinitamente prorogato) del Tribunale speciale per la difesa dello stato, che alcuni avrebbero voluto come permanente (39) e come l'unico tribunale competente per la irrogazione della pena di morte, riservata ai gravi delitti politici e sociali. Evidente riprova della persistenza, anche nella fase fascista (che, si penserebbe, non ne avrebbe dovuto sentire il bisogno), di uno dei caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano, gestito con leggi speciali e mezzi d'eccezione (40), il Tribunale speciale è insieme dimostrazione dell'imponenza dell'apparato di repressione messo in piedi dal regime, e indizio delle sue insicurezze (41). Perché esso fu, per un verso, un efficiente dispositivo schierato a guardia del regime (basterà ricordare che arrivò a pronunciare 42 condanne a morte, e che ben 31 di esse furono eseguite (42)), per l'altro la dimostrazione che il fascismo, per cancellare i suoi oppositori, non riteneva di poter contare sulla magistratura ordinaria, sulle corti d'assise e sul normale funzionamento del sistema processuale (43).

---

(38) S. LONGHI, *Di taluni corollari della pena di morte* (1925), in *Anticipazioni della riforma penale*, Milano, Treves, 1931, pp. 122.

(39) Cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 102 ss.

(40) cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., *passim.*

(41) Così G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 769 ss.

(42) cfr. C. LONGHITANO, *Il Tribunale di Mussolini. Storia del Tribunale Speciale, 1926-1943*, Milano, Anppia, 1995, pp. 118 ss. Sulla pena di morte nel ventennio fascista disponiamo ora della vasta ricerca di G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, Angeli, 2000.

(43) Una analoga riflessione sembra implicita nell'osservazione di M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma, Migliaresi, 1944, p. 11, citata in A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche la legge di pubblica sicurezza viene riorganizzata in un nuovo testo unico [T.U. del 6 novembre 1926, n. 1848] che irrobustisce ed allarga i poteri di intervento preventivo della polizia (del tutto nuovi quelli in materia di espatrio clandestino (44); del tutto rinnovato — nella pratica — l'istituto del confino di polizia, che diviene mezzo intensamente praticato), valorizzando la loro effettività. Essa si arricchisce di vere e proprie fattispecie di reato e mette nelle sole mani della polizia la valutazione di comportamenti quali « manifestare propositi », o « dimostrare intenzioni », che conferiscono all'autorità un amplissimo spazio di intervento discrezionale in una materia tradizionalmente considerata di diritto stretto. Si rafforza e si approfondisce il duplice livello di legalità che si era installato nell'ordinamento penale italiano all'indomani dell'unità, indizio non solo di una permanenza ormai comprovata, ma anche di una esitazione del regime su questo terreno. Il fascismo, infatti, non opera la riunione in chiave autoritaria dei livelli di legalità, che ci si sarebbe potuti attendere da uno stato totalitario, sicuro dei suoi ordinamenti e dei suoi apparati.

A quei due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, conseguente alla istituzione del 'Servizio speciale di investigazione politica, avente per scopo la difesa dell'ordine nazionale dello Stato', creato con il

---

AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 104: « Meno lesivo di ogni apparenza di diritto probatorio, anche se più ligio e settario, fu, in fondo, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato nel quale la giustizia sostanziale fu violata costantemente con sfrontata impudicizia, ma si poterono, talvolta, ascoltare coraggiose voci di difensori, serene parole di testimoni, e spesso eroici e sdegnosi accenti di imputati ».

(44) L'espatrio non autorizzato lede, nelle intenzioni della legge, il superiore interesse della Nazione, in quanto chi abbandona il territorio nazionale si sottrae alla sovranità dello stato, mostrando in ciò di disconoscerla o confutarla. Siamo anche qui dentro l'ottica della ricusata sudditanza che sottostava alla *ratio criminis* della lesa maestà. « Non si può negare — scrive il magistrato F. RUOCCO, *Il nuovo diritto di polizia. Manuale teorico pratico*, Roma, Le Mantellate, 1927, p. 123 — che le sanzioni gravissime comminate nella prima parte dell'articolo 160 siano ispirate da apprezzabili ragioni politiche, in quanto mirano ad impedire che italiani rinnegati, impotenti a sfogare in patria il loro odio di parte, si rechino all'estero per farsi artefici di ignobile propaganda, o per organizzarvi turpi complotti contro il nostro Paese. Ma ci sia lecito rilevare — aggiunge con apprezzabile franchezza — che collocare reati siffatti in una legge di polizia significa sovvertire il sistema penale. [...] La disposizione in esame non si propone infatti di prevenire l'espatrio, ma di punirlo quando è già avvenuto o si sia tentato. [...] con questo criterio lo stesso codice penale sarebbe una legge di polizia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compito di vigilare sul dissenso politico, contrastare le attività dei fuorusciti, reprimere l'antifascismo. Compiti affidati all'OVRA (45), ma svolti in minor misura anche dalla Milizia, che, come si sa, potevano valersi di modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi.

La monumentale riforma penale del 1930.

Nel giro di pochi anni, dal 1925 al 1930, Alfredo Rocco conduce in porto un'opera riformatrice di notevole rilievo, realizzando un « complesso normativo imponente, a prescindere dai giudizi che possono darsi sul suo contenuto, quale forse soltanto un regime dittatoriale poteva realizzare in tanto breve tempo e con tale simultaneità » (46). Presentati ed approvati nel 1930, entrano in vigore il 1° luglio 1931, perfettamente coordinati tra loro, il nuovo codice penale, il nuovo codice di procedura penale, le loro disposizioni di attuazione, le nuove norme sul casellario giudiziale, il nuovo regolamento carcerario, un rinnovato testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, corredato dalla previsione di rilevanti reati contravvenzionali, ed infine una importante legge sui reati finanziari. A coronamento di quest'opera, di lì a qualche anno, il regime produrrà alcune leggi penali razziste, destinate a tutelare la 'purezza della stirpe' dal rischio di contaminazioni con le popolazioni di colore delle colonie (47), le leggi razziali rivolte contro gli ebrei del 1938 (48), ed una riforma dell'ordinamento giudiziario, entrata in vigore nel 1941 e destinata a durare molto a lungo.

Lo spazio e la natura di queste riflessioni non consentono di

(45) Resta quello di E. Rossi, *La pupilla del Duce. L'OVRA*, Parma, Guanda, 1956, il saggio sull'OVRA di più vivo interesse.

(46) G. Vassalli, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 272.

(47) G. Neppi Modona e M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 797-802.

(48) Si vedano, in particolare, AA.VV., *1938. Le leggi contro gli ebrei*, num. monogr. di *La Rassegna Mensile di Israel*, 1988, fasc. 1-2, e M. Sarfatti, *Il volume « 1938. Le leggi contro gli ebrei » e alcune considerazioni sulla normativa persecutoria*, in AA.VV., *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Roma, Camera dei Deputati, 1989, pp. 47-74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrare minutamente nel merito di questo ragguardevole *corpus* normativo, tanto più che, a parte l'eccellente sintesi più volte citata di Guido Neppi Modona e Marco Pelissero, esistono ormai numerosi studi ai quali si può fare riferimento, in particolare per quanto riguarda il codice penale e quello di procedura penale (49).

Ricorderò solo che il codice penale invertì di segno gli orientamenti presenti in quello prodotto dalla scuola liberale realistica nel 1889, sia per i contenuti politici che adottò, traducendo in norme penali alcuni capisaldi dell'ideologia politica del fascismo, sia per la sistematica espunzione degli elementi più schiettamente liberali ai quali si era ispirato il ministro Zanardelli. Il totalitarismo, lo stato persona e la sacralità della Nazione, l'intolleranza per le opposizioni, il maschilismo, l'idea fascista della famiglia, la religione dello stato, l'economia corporativa, l'ossessione per la purezza della stirpe, trovarono la loro copertura penale in diversi titoli introdotti nel codice, in omaggio al principio secondo cui il fascismo, « che non è agnostico ed imbelle come era lo stato liberale », impone con la forza, primo attributo dello stato, la sua morale, la sua religione, la sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale ed infine il suo compito economico (50).

L'inversione più ovvia, ma che tuttavia più colpisce, è quella che il fascismo realizza nel suo codice quanto al dissenso politico, rispetto al codice Zanardelli del 1889 (51). Quello tutelava la sicurezza dello stato, questo ne difende la personalità; quello aveva un atteggiamento di noncuranza verso l'oppositore e di favore per il reo politico, questo esercita nei confronti degli avversari, assimilati senza residui al criminale traditore, la più ferrea e penetrante repressione.

« Il feticismo per il dogma della libertà individuale (52) frainteso nelle sue esagerazioni demagogiche, sembrava dover legittimare ogni attività del cittadino, anche se in aperto contrasto con siffatti interessi dello Stato ». Tutto questo non è più ammissibile. Il codice

---

(49) Rinvio alla nota 1.

(50) AL. ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 17.

(51) H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, p. 27.

(52) U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in AA.VV., *Atti del I° Congresso giuridico italiano. Ottobre del Decennale,* I, *Le relazioni*, Roma, Snfap, 1932, p. 260.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

protegge, con la necessaria severità, il prestigio e la sicurezza della Patria, i segreti politici e militari, l'onore dell'Italia all'estero. La formula mussoliniana « tutto nello Stato, niente fuori dello Stato, nulla contro lo Stato, riassume mirabilmente la giustificazione del nuovo indirizzo [...] L'agnosticismo di altri tempi non è più possibile in un regime totalitario, quale è quello fascista » (53).

Ma accanto a questo e ad altri rovesciamenti, e con intenti strumentali, il codice realizza una sincretistica combinazione di istituti di parte generale e di meccanismi cautelari (che riempiranno di soddisfazione soprattutto i rarefatti epigoni del positivismo, felici di cogliere un'ultima occasione per battagliare con i fantasmi e proclamarsi vincitori), rivolti in concreto a far prevalere le componenti difensive su quelle retributive. Il penale, che nella pur articolata tradizione italiana era stato ben altro, viene infiltrato di concezioni culturali, etiche ed economiche, misurate sul programma politico del partito al potere; viene investito — insieme ad altri dispositivi politici ed istituzionali — di un'anomala funzione pedagogica di massa, mirante a 'fascistizzare' gli italiani, anche col mezzo di una permanente intimidazione; viene costretto in una visione di mera difesa sociale, assorbito dentro una abnorme ossessione statalistica, schiacciato tra repressione e vessazione, identificato col meccanismo delle sue sanzioni.

Va meglio contestualizzata anche l'idea secondo la quale, a fronte di una parte speciale appesantita da interi titoli di marcata impronta fascista, sta una parte generale di impianto più tradizionale, rimasta fedele alla consuetudine giuridica italiana e di stampo sostanzialmente liberale (54).

Sul carattere apertamente fascista di numerosi titoli e capi del libro secondo del codice non serve dilungarsi (55). Può essere utile semmai notare che la legislazione eccezionale del 1926 vi viene quasi interamente riversata, con piccoli aggiustamenti dei livelli di pena e con una marcato 'orientamento sul nemico' che percorre tutto il

(53) U. Aloisi, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, cit., pp. 261, 262.

(54) P. Nuvolone, *La parte generale del codice Rocco*, cit., pp. 39 ss.

(55) Posso rinviare a M. Sbriccoli, *La penalistica civile*, cit., pp. 229 ss., ma soprattutto a G. Neppi Modona e M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 789-795.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

titolo dei delitti contro la personalità dello Stato, punteggiandolo di previsioni normative che prefigurano lo 'stato di guerra' come orizzonte normale della vita nazionale.

Quanto alla parte generale, valgono le osservazioni che più volte sono state fatte in ordine alla sapiente 'torsione' cui l'ordinamento penale è stato sottoposto attraverso aggiustamenti, eccezioni, slittamenti, erosioni e svuotamenti (56), che hanno finito col mutare la natura stessa di istituti classici, dislocandoli dal terreno del garantismo indulgenziale a quello del perseguimento repressivo.

Marco Pelissero ha recentemente colto e sviluppato con attenta analisi, istituto per istituto (57), quell'accorta opera di *maquillage*, fatta di inasprimenti e snervamenti, di lavoro leggero sulla facciata e di pesante intervento nel retrobottega, che approdò ad una parte generale dall'aspetto rassicurante per chi la percorra senza fermarcisi a ragionare (58). Pietro Nuvolone, da parte sua, ci aveva già dato l'elenco essenziale di quegli istituti, il cui rimaneggiamento dava da solo la misura della discontinuità tra il codice del fascismo e quello che la tendenza liberale realista che aveva prodotto nel 1889: « ... in questa prospettiva, vanno segnalati alcuni istituti estremamente indicativi: la codificazione della pena di morte per reati comuni e per reati politici; la disciplina dell'ubriachezza, sottratta alle norme generali in tema di imputabilità; il notevole posto fatto alla responsabilità oggettiva; la regolamentazione delle circostanze e i relativi automatismi; le norme sul concorso di persone, tendenti a parificare

(56) Molto acute le osservazioni svolte da T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella « Età della decodificazione »*, in *La questione criminale*, VII, 1981, p. 91. « Salvando la facciata del sistema — scrive Padovani — il fascismo proseguì e potenziò quella tecnica di 'svuotamento parallelo' delle istituzioni penali che costituisce una caratteristica saliente del periodo 'liberale'. Lo 'svuotamento parallelo' si traduce, in sostanza, nel togliere con una mano quello che vien dato con l'altra, nella creazione di una sorta di doppio binario normativo per cui i principi e le garanzie affermate in massima vengono sovvertiti e derogati per settori particolari, dove è necessario operare senza impacci e senza remore » .

(57) G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 784-789.

(58) È l'aspetto rassicurante che ebbe il potere di tranquillizzare Henry Donnedieu de Vabres, che del codice penale scrisse che dava nel complesso un'impressione di « esprit de mésure et préoccupation scientifique » (H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, cit., p. 20).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la posizione di tutti i compartecipi del reato; l'adozione del cumulo materiale come regola generale in tema di concorso di reati; la recidiva obbligatoria; i limiti abbastanza ristretti della sospensione condizionale della pena » (59).

Non diverse riflessioni è possibile fare se si mettono a confronto il codice di procedura penale del 1913 e quello prodotto senza discussioni né confronti nel 1930 (60). La subordinazione del pubblico ministero al potere politico che dispone di efficaci strumenti di governo dell'azione penale; il dominio della fase istruttoria (dalla quale peraltro il difensore è rigorosamente escluso); l'abbandono delle garanzie di libertà personale dell'imputato; l'ordinarietà dominante della carcerazione preventiva intessuta di catture obbligatorie e di divieti di libertà provvisoria; il dislivello incolmabile tra l'egemonia dell'accusa e la soggezione della difesa dentro un quadro rigorosamente inquisitorio, fanno del processo penale del fascismo il coronamento e la garanzia, insieme, del disegno di politica penale espresso dal regime.

Coerenza, dunque, e sapienza tecnica, messe al servizio di un disegno ideologico che precipita e si deposita, per così dire, in una imponente impresa di riforma complessiva, alla quale il fascismo affidava ben più che la semplice disciplina della giustizia punitiva.

Metodo giuridico e responsabilità culturali. I penalisti italiani alla prova del fascismo.

Una domanda: gli esiti complessivi della rifacimento fascista dell'ordine penale, segnati da tre tappe decisive (le leggi fascistissime, i codici e il loro contorno, le leggi razziali), vanno considerati come il frutto del dispotismo temperato dalla ragione giuridica, o come il prodotto della sapienza giuridica al servizio di un disegno oppressivo? Oppure, come si sarebbe sostenuto nel 1945 (61), si trattò soltanto di una ordinaria e commendevole continuità, detur-

(59) P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco*, cit., p. 45.

(60) Cfr. M. CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, Utet, 1988, p. 261.

(61) Cfr., per tutti, P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979, X, pp. 261-317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pata da deplorevoli escrescenze della politica, facili da rimuovere all'occorrenza?

Diverse sono state le risposte abbozzate, dai protagonisti di allora, dai penalisti delle generazioni più recenti, da coloro che si sono posti a riflettere su quella vicenda storica della cultura penalistica italiana.

La teoria del freno. — I protagonisti di allora, lo sappiamo, si difesero nell'immediato dopoguerra, e poi anche in seguito, con la tesi della provvidenzialità della presenza di una dottrina giuridica di formazione prefascista che seppe fare da freno, evitando che il fascismo desse libero corso a tutte le sue propensioni autoritarie (62). Corollario di questa tesi era l'asserita ininfluenza, nell'impianto del codice, delle parti più apertamente ispirate all'ideologia ed al programma politico del fascismo: ininfluenza dimostrata dalla loro facile resecabilità, posto, tra l'altro, che esse riguardavano quasi esclusivamente la parte speciale del codice penale. Frangia di questo tessuto, la tesi dello scampato pericolo a fronte dell'ipotesi di 'nazificazione' della nostra scienza penale: senza il fine di non ricevere che i penalisti italiani opposero alle teorie che si venivano affermando in Germania, si sarebbe rischiato ben altro che il diritto penale del fascismo.

Non si può negare, in assoluto, che i penalisti di formazione prefascista abbiano agito da freno, con la loro opera complessiva, rispetto ad esiti meno desiderabili rispetto a quelli pur conseguiti dal fascismo, e con la loro partecipazione. Sta di fatto che quell'opera di moderazione, se ci fu, venne svolta da giuristi che presero parte concretamente, in modo diretto e consapevole, alla produzione legislativa dello stato fascista. Si deve anche ad essi se il codice penale, come ho già ricordato, venne sottoposto ad una marcata torsione in senso autoritario, repressivo ed intimidatorio: torsioni che investirono i contenuti, le finalizzazioni, gli scopi politici di quella legislazione, e non la sua *qualità tecnica*, che rimase apprezzabile. Ma è proprio la qualità tecnica, della quale non si discute, che fu — se mi spiego — il vettore perverso di quei fini politici. Si

(62) Per tutti ricordo la convinta perorazione di G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Archivio penale*, 1945, I, pp. 23-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

devono a sapienza dogmatica l'incrinamento delle tassatività, lo scoloramento delle tipizzazioni, il proliferare delle indeterminatezze nel codice penale, ed il severo abbassamento dei livelli di garanzia nel codice di procedura. Così come altrettanta maestria è stata necessaria perché questo lavoro di svuotamento e trasmutazione della sostanza venisse compiuto lasciando che la facciata legislativa del regime conservasse una sua tecnica rispettabilità.

Ma, si disse a discolpa, vennero salvaguardati il principio di stretta legalità, il divieto di analogia, l'irretroattività, il principio del bene giuridico, ed il rapporto giuridico-penale fondato su un diritto soggettivo di punire, al quale si contrappone il diritto di libertà del cittadino (63): e questa è 'politica', non tecnica. Vero (con riserve sulla reale estensione di quella salvaguardia), ma si trattava di livelli di tenuta che appartenevano già allora alla sfera dello storicamente irrinunciabile. Si tratta dello zoccolo naturale ereditato dalla penalistica complessiva del XIX secolo, già reso stabile dalla correzione 'legicentrica' di tipo orlandiano impressa dall'Arturo Rocco liberale del 1910. Non risulta che siano state fatte battaglie, e nemmeno discussioni, per il mantenimento di quelle soglie, né risulta l'esistenza di chi le mettesse in discussione o volesse travolgerle. Il merito della conservazione di quei principi va dato, per così dire, alla storia, alla cultura giuridica italiana, e non necessariamente ai suoi esponenti *pro tempore* in quella fase politica.

Al di là del fatto che abbiano mantenuto l'estrema frontiera di ciò che era storicamente inesonerabile, i giuristi che diedero mano al versante penale della trasformazione dello stato realizzata dal fascismo, portano ben altre responsabilità. Essi hanno lasciato disperdere il senso di difesa e di garanzia che i cittadini si attendono di norma da un sistema penale. Disarmati dal metodo nel quale ormai generalmente si riconoscevano, immersi senza residui in una cultura dell'autoritarismo che aveva cancellato in essi l'attenzione che il giurista deve sempre avere per i diritti, lasciarono circolare nella società — come originato dall'apparato penale — uno spirito di dominio che si esercitava sulle persone e sulle formazioni sociali, nelle relazioni politiche e nella vita quotidiana. Uno spirito non

(63) G. Leone, *Contro la riforma del codice penale*, in *Archivio penale*, I, 1945, pp. 277-278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separabile dalla pratica dell'arbitrio e del sopruso, che prendeva correntemente forma nei rapporti tra le autorità e i cittadini. Ciò che un sistema penale libero dovrebbe combattere e scongiurare, quel sistema penale lo incoraggiava ed attuava. Tutto ciò, lo sappiamo, sarebbe rimasto a lungo nelle fibre stesse della società italiana, sopravvivendo per decenni alla caduta del fascismo e lasciando tracce irrisolte anche dopo che la nuova penalistica civile, a partire dalla fine degli anni sessanta, ebbe dato un risolutivo scossone all'autoritarismo repressivo.

Entrarono nell'orizzonte della normalità l'inclinazione fascista alla vessazione dell'avversario, l'impulso di cancellare il *disturber*, il dispregio dell'*inferiore* per condizione sociale, per razza, o per condotta. E sulla scia del consenso di massa che il fascismo conseguì nel pieno degli anni trenta, si cercò, non senza qualche successo, di trasformare in senso comune lo spirito di chi 'civilizza' nelle colonie, 'ripulisce' in patria, 'bonifica' nelle carceri. Perché il paradigma della superiorità/inferiorità, il principio di ineguaglianza, il pregiudizio della gerarchia sociale, l'intolleranza per la diversità, ed i molteplici corollari della dottrina della forza, una volta assorbiti nelle leggi e fatti concretamente operare come 'criterio di giustizia', vennero poi restituiti alla società sotto forma di ideologia e visione delle cose. Di tutto questo i giuristi, ogni volta che dimenticarono la funzione umanizzante e liberatrice che al penale era stata assegnata dalla penalistica civile del secolo diciannovesimo, portarono non piccola responsabilità.

Resta l'obiezione sulla facile emendabilità del codice rispetto ai suoi contenuti francamente fascisti, incompatibili con le libertà ristabilite e con l'assetto democratico che il paese si avviava ad assumere dopo il 25 aprile del 1945, e resta la rivendicazione del 'nazismo scongiurato'. L'emendamento è forse un rimedio, ma l'emendabilità, seppure consente la riduzione del danno, non può essere indicata come un pregio. Giuristi di formazione prefascista come i fratelli Rocco, Massari o Manzini, hanno costruito quei complessi normativi, ed altri giuristi hanno sopportato, commentato, magari professato nelle aule universitarie il distillato giuridico, la portata generale, le conseguenze costituzionali di quei complessi.

In tutta evidenza, la teoria del freno non si accorda con quella dell'emendabilità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'idea, infine, che il solido ancoraggio della scienza giuridica italiana (non solo di quella penale) ad una tradizione formalistica, abbia aiutato i penalisti a stare lontani da un cattivo uso dell'approccio teleologico, molto rischioso nel contesto di un regime totalitario, è perfettamente condivisibile. L'uso costruttivo delle teorie teleologiche, teso a moderare gli effetti passivizzanti del tecnicismo, va a merito dei pochi che tentarono di incamminarsi per quella via (64). E bisogna aggiungere che, comunque, le aberranti teorie che circolarono, ed in parte si imposero, in Germania, non ebbero corso da noi. Ma anche la rivendicazione di questo merito, posto che di un merito si sia trattato, non sembra completamente *sans accrocs*: le si potrebbe replicare ricordando il silenzio dei giuristi davanti alle leggi razziali, o con l'ovvia considerazione che lo scongiuramento del peggio non rende buono il resto di ciò che si fa, se il resto di ciò che si fa non è buono.

La teoria del metodo — Da parte di qualche giurista che a pieno titolo appartiene a quella che mi è occorso di designare come una 'nuova penalistica civile', messasi all'opera in questi ultimi trent'anni (65), si è individuato nel metodo tecnico-giuridico e nella sua funzione sterilizzatrice, la chiave interpretativa del ruolo svolto dalla cultura giuridica durante il fascismo ed il movente principale dei suoi comportamenti. Penso ad alcune riflessioni storiografiche di Franco Bricola, a diversi scritti di Guido Neppi Modona, al recente saggio, che ho qui tante volte citato, nella parte redatta da Marco Pelissero, alla vulgata che tra molti penalisti, pur assai attenti, circola su Arturo Rocco e sulla svolta metodologica che impresse al diritto penale. Ho l'impressione che la battaglia vittoriosa che essi impegnarono, dalla fine degli anni sessanta, contro le conseguenze nefaste che il metodo tecnico giuridico (ancora praticato dall'*establishment* penalistico italiano e quindi da molti dei loro maestri), stava producendo sul penale italiano, abbia ipostatizzato in essi un'idea di quel metodo che meriterebbe di essere ripensata, perché mostra qualche difetto di storicizzazione.

---

(64) Cfr. G. Neppi Modona e M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 832-833.

(65) M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 542 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quel metodo, come tutti i metodi, non ha operato in costanza assoluta di effetti. Ha prodotto esiti diversi a seconda delle situazioni, delle fasi storiche, degli oggetti a cui si applicò, dei livelli di sviluppo e progressione della scienza penale, dei contesti politici con i quali interagì. In più, come tutti i metodi, seppe interfacciarsi con fasi diverse degli orientamenti politici, ma non poté certo determinarne la nascita, l'esistenza o la fine. Poté molto, invece, sul modo e sull'efficacia con cui i giuristi assolsero i loro compiti. E nelle tre distinte fasi in cui è riconoscibile una sua diversa presenza, sembra si possa dire che abbia svolto una funzione risanatrice nella fase prefascista, una funzione di freno (in ipotesi) positivo durante il fascismo, una funzione di freno certamente negativo dopo la sua caduta.

Io resto convinto, come ho già avuto modo di dire altrove (66) che la svolta tecnicistica avviata da Rocco nel 1910, ebbe l'effetto di favorire un 'risanamento'del diritto penale, raccordandolo alla fase (da qui la *centralità della legge penale*) che lo stato italiano attraversava in quel torno di tempo, come è naturale (e bene) che avvenga, se il diritto penale vuole adempiere interamente a tutta la sua funzione (67). Gli ridiede autonomia, liberandolo dagli impresentabili orpelli pseudoculturali che lo appesantivano e sfiguravano, rappresentati prima di tutto dalle nefaste semplificazioni positiviste, tutte orientate verso un penale illiberale ed autoritario, preventivo ed eliminativo, tanto più pericoloso in quanto sicuro di una vocazione progressista e di essere il protagonista dell'avvenire. E penso anche che sia stata un'operazione inconsapevolmente provvidenziale, una sorta di astuzia della storia, perché senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' ormai obsolete, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnica-

(66) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 531.

(67) In questa prospettiva, non diversa è stata la battaglia condotta dai penalisti liberali del secolo XIX per rendere 'liberale' il diritto penale e raccordarlo con la natura del nuovo stato unitario, né diversa è stata quella ingaggiata dalla 'nuova penalistica civile' a partire dagli anni settanta — o poco prima — per rendere il penale conforme ai principi della costituzione democratica della Repubblica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente sfiancato e gestito da mediocri giuristi. L'avrebbe trovato congeniale e ne avrebbe fatto un uso disastroso.

Poi però, assolta la sua funzione di risanamento, il tecnicismo produsse i suoi inevitabili effetti: un impoverimento dello spessore culturale del diritto penale, la caduta dei suoi collegamenti con la politica e con la storia, il suo rinchiudimento in se stesso, la fine della funzione di 'scienza civile' che il penale aveva storicamente avuto e nella quale era culturalmente cresciuto, fino a diventare 'centrale' nella costruzione della nuova Italia dopo l'unità.

Tutt'altra funzione quella del tecnicismo giuridico degli anni cinquanta e sessanta, che insiste a disconoscere la dimensione politica del diritto penale, che fa da freno all'attuazione costituzionale perché la considera alla stregua di una rivendicazione politica 'di parte', che si oppone al confronto del diritto con le rinnovate scienze storiche e sociali, che propone una visione sterile, isolata e raggrinzita della scienza penale.

Che dire invece della fase fascista? Si sa che il metodo tecnico-giuridico restò dominante, se non altro perché sembrava particolarmente adatto alla 'manutenzione' tecnica di un sistema penale a forte caratterizzazione ideologica come quello del fascismo. Quel metodo consentiva infatti ai penalisti, come da più parti si è ripetutamente notato, di svolgere al meglio la loro funzione di 'cura giuridica', anche dentro un quadro politico così radicalmente caratterizzato. In più, ed è forse questo l'aspetto più rilevante, ciò che il metodo era progressivamente diventato (in questo oltrepassando i limiti posti dallo stesso Arturo Rocco nella sua famosa prolusione del 1910), imponeva al giurista di stare rigorosamente dentro il recinto della sistematica e della congruità, della logica e della dogmatica, vietandogli il giudizio politico, la valutazione nel merito, la considerazione delle strategie punitive o la critica delle politiche penali e criminali che la legge perseguiva. Gli stessi divieti che apparentemente gli poneva il regime. Apparentemente, perché il fascismo non aveva nulla contro l'analisi politica della sua strategia legislativa, a patto che coincidesse con l'analisi ufficiale del regime.

Il dominio del metodo tecnico giuridico, infatti, non precluse al suo primo propugnatore ed ai massimi esponenti della tendenza di occuparsi, eccome, di politica criminale e di strategie penali. I più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eminenti tra i penalisti italiani avviarono col fascismo una collaborazione che non fu soltanto 'tecnica'.

Di Arturo Rocco, Eduardo Massari e Vincenzo Manzini, pontefici del metodo, si sa, ed ho già detto. Silvio Longhi, Alfredo De Marsico, Giuseppe Maggiore, Ugo Aloisi, Arturo Santoro, Alessandro Stoppato, a tacere di tanti altri, forse non spiccano tutti per vigore di dottrina, ma appartengono tutti al novero di quelli che possono essere definiti come penalisti militanti. Tutti, chi più chi meno, tecnicisti, ma tutt'altro che apolitici e neutrali. Il loro coinvolgimento non ha a che fare col metodo che praticavano, ma con le idee politiche di cui erano portatori. C'erano poi i penalisti, si direbbe, principalmente (o esclusivamente) militanti, vere e proprie mandrie di Augia: gli apologeti, i declamatori delle eccelse missioni, i laudatori dei grandi lavacri e dei sommi artefici, che pure non erano pochi. Provvidenziale presenza, tuttavia, che serve a farci immaginare quale grado di degenerazione avrebbe potuto raggiungere una scienza penale che non fosse stata moderata da un adeguato spessore dogmatico.

Adeguato spessore dogmatico avevano certamente i molti giovani capaci che avrebbero guidato la penalistica italiana della seconda metà del secolo, articolati in varianti del tecnicismo giuridico diversamente corrette e certo non ascrivibili alla categoria dei penalisti fascisti militanti. Ad essi si deve uno straordinario affinamento delle categorie penalistiche e dei mezzi dogmatici per dominarle e perfezionarle, che essi trasmisero ai loro allievi e che divenne prezioso patrimonio della scienza penale. Tanto più prezioso nel momento in cui una nuova penalistica civile, tecnicamente formata e fatta di giuristi veri, avrebbe ricondotto il penale sul terreno del confronto con la storia e con la politica, senza correre i rischi culturali che sono spesso connessi a quel genere di operazioni.

Quel metodo poteva offrire all'occorrenza difesa e riparo, prestarsi ad aggiramenti del merito politico delle questioni, o fornire occasioni di nicodemismo. Consentiva, di regola, la costruzione di una sorta di *enclave* tematica e mentale nella quale il giurista si relegava, ponendosi in una condizione che gli permetteva di aggirare i nodi politici delle questioni semplicemente lasciandoli fuori dal suo ragionamento, perché fuori dovevano stare, secondo quanto dettava il metodo. Ma consentiva anche di pensare che questo e non altro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fosse il compito del giurista: la questione delle sue responsabilità restava inaffrontata e irrisolta. E quando si ripresentò, nel momento del ritorno della libertà e della democrazia, divenne un'altra, e ben poca, cosa: una discussione su cosa bisognasse fare del codice penale. Fu una discussione che si risolse in pochi mesi, perché nessuno — dopo tanti anni di fascismo — aveva autonomia culturale, idee adeguate e vigore sufficiente per proporre, con una capacità progettuale che fosse credibile, quel che veramente c'era da fare: un codice nuovo, che riportasse il sistema penale ai giusti livelli di moderazione punitiva e di garanzia democratica, rispettoso delle persone, della società, delle esigenze della libertà e, insieme, di quelle dell'ordine e della giustizia. In questo senso il tecnicismo — col suo retaggio di conformismi, chiusure e sordità — operò eccome. Ma pesò sulla cultura penalistica dell'Italia repubblicana, infliggendole un pesante ritardo, più di quanto avesse pesato ai tempi della dittatura. La teoria del freno sarebbe stata forse più convincente, se applicata ai vent'anni che seguirono la Costituzione del 1948, piuttosto che ai vent'anni che vennero dopo la marcia su Roma.

Sotto il fascismo, per giuristi giovani o giovanissimi come Antolisei o Bettiol, Leone o Bellavista, Frosali, Nuvolone, Pannain o Petrocelli — e taccio di molti — il metodo giuridico praticato finì dunque per costituire una forma di difesa, una eventualità di fuga o un rifugio possibile. Per alcuni poté essere un alibi, una scusa per volgere gli occhi al cielo e non vedere che cosa il fascismo stava facendo dell'ordine penale italiano. Ma non è certo a quel metodo che si possono imputare le scelte di politica penale del regime, la qualità ed i risultati della sua legislazione. Semmai, se una qualche funzione di arricchimento la dottrina giuridica può avere mai svolto, questa sarà stata di certo favorita da quel metodo di gestione e di elaborazione del giuridico.

Le responsabilità della trasmutazione del sistema penale furono politiche e culturali, non metodologiche. Responsabilità primarie dei penalisti egemoni, che avevano direttamente partecipato alle scelte e dato loro organica forma giuridica, mettendo la loro sapienza al servizio di un disegno che evidentemente condividevano. Responsabilità piene dei penalisti militanti che condividevano, lodavano, propalavano. Responsabilità derivate per tutti gli altri che, variamente appiattati dietro un metodo che glielo consentiva, pur nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presenza di qualche discussione 'cifrata', che manteneva accesa una piccolissima fiammella di penale civile (68), si posero comunque a gestire scientificamente quella legislazione ed i suoi ricaschi sulla scienza, facendo consistere la loro presa di distanze nel solo fatto di non tesserne le lodi.

(68) Per esempio, la discussione sul significato del bene giuridico ricordata da C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, cit., p. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLO CARDIA

DIRITTO E FAMIGLIA NEGLI ANNI '30-'50

1. Il modello laico-borghese di famiglia. — 2. Il codice del 1942 e la speciale arretratezza italiana. La svolta costituzionale. — 3. Continuismo culturale e dottrinale, virtualità innovative. Istituzionalismo e giusnaturismo. — 4. Tendenze paleoconfessioniste, i *tuffi nel passato*, la fatica dell'innovazione. — 5. Il costume sociale e lo scricchiolio di antichi equilibri. La tolleranza indifferente dell'ordinamento.

1. *Il modello laico-borghese di famiglia.*

Il modello laico-borghese di famiglia si distacca dal tradizionale alveo confessionale su due punti essenziali, a loro modo rivoluzionari. Sull'*autonomia* dell'istituto familiare dell'*auctoritas* ecclesiastica, che porta alla elaborazione civilistica del matrimonio e del diritto di famiglia (1). E sulla esaltazione del principio contrattualistico, attraverso cui il ruolo del *consenso* delle parti torna ad essere determinante ed esclusivo, sia al momento della formazione che in quello dello scioglimento del vincolo coniugale (2). Matrimonio civile e divorzio divengono tratti emblematici della consumazione del rapporto tra Stato e Chiesa ogniqualvolta, a cominciare dalla

(1) Introdotto nei Paesi Bassi nel 1580, il matrimonio civile diviene obbligatorio nell'Inghilterra di Cromwell nel 1653, e ancora nella legge francese del 20 settembre 1792 aprendo la strada al suo diffondersi negli ordinamenti europei. Sull'argomento, IEMOLO, *Il matrimonio*, Torino 1961, 9 ss.; UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1975.

(2) La Costituzione francese del 3 settembre 1791 afferma all'articolo 7 che « la legge non considera il matrimonio che come contratto civile », e alcuni tribunali ne traggono lo spunto per ammettere lo scioglimento consensuale del matrimonio. Cfr. MARONGIU, *Divorzio (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, 496.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temperie rivoluzionaria (3), e dal *Code civil* napoleonico (4), i diversi ordinamenti europei si emancipano dall'*ancien régime*.

Questa frattura storica si ricomporrà più o meno temporaneamente (e parzialmente) con i concordati neo-temporalisti del '900, ma è comunque destinata a far da base al diritto di famiglia moderno. In essa, però, v'è più continuità (rispetto al passato) e sintonia (tra concezioni religiose e concezioni laiche) di quanto il conflitto tra la Chiesa di Roma e gli Stati liberali lasci trasparire. La continuità e la sintonia attengono alla concezione profonda delle relazioni familiari, dei rapporti che uniscono i membri della comunità domestica, e della funzione sociale della famiglia. Si deve all'etica protestante la più chiara enunciazione del rapporto simbiotico che lega famiglia e società: poiché « il precetto della sottomissione è in grande contrasto con la malvagità della mente umana (che, ambiziosa e desiderosa com'è di primeggiare, male tollera di sottomettersi), è stata proposta come modello di superiorità quella forma che per natura è più delle altre oggetto di amore, e meno di ostilità; poiché poteva più facilmente ammorbidire il nostro animo, e piegarlo all'abitudine, alla sottomissione. Così Dio ci abitua gradualmente ad ogni sottomissione legittima cominciando da quella che è più facilmente tollerata; poiché tutte hanno lo stesso fondamento e la stessa ragione » (5). Si è detto che « a queste parole non c'è nulla da aggiungere: ben di rado la funzione sociale della famiglia nel sistema delle autorità borghesi è stata formulata in modo più chiaro » (6). In ogni Chiesa si insegna che alla famiglia è affidato il compito di educare con l'affetto alla sottomissione e all'obbedienza.

---

(3) La legge del 20 settembre 1792, votata dall'Assemblea nazionale, introduce formalmente il divorzio prevedendo diverse cause di scioglimento: a) mutuo consenso o incompatibilità; b) demenza o follia di un coniuge; c) condanna a pene afflittive; d) delitti, sevizie o ingiurie gravi di un coniuge a danno dell'altro; e) grave e notoria sregolatezza; f) assenza ultraquinquennale; g) emigrazione.

(4) Per un richiamo ai principi del *Code civil*, soprattutto in quanto fondati sul principio di autorità, e sul ruolo del padre-marito che « assommava in sé tutti i poteri, la *puissance paternelle* e la *puissance maritale* », cfr. BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia del nuovo diritto* (*Dai principi della Costituzione alle riforme del codice civile*), Bologna 1986, 12 ss.

(5) CALVINO, *Institutio*, 35. Sull'argomento, CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma 1975, 15 ss.

(6) MARCUSE, *L'autorità e la famiglia*, Torino 1970, 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'etica illuministica si incarica di spiegare (in termini laico-scientisti) il rapporto gerarchico che deve instaurarsi tra quelle due parti che pure sono unite dal consenso. Il dubbio affiora, perché ci si chiede « se all'eguaglianza di coloro che si sposano, come tali, si contraddica quando la legge dice dell'uomo nei suoi rapporti con la donna: egli deve essere il tuo padrone (egli sarà la parte che comanda, la donna quella che ubbidisce) ». Ma si risponde che « questo non deve essere considerato come contrario all'eguaglianza naturale dei membri di una coppia, perché questo dominio si fonda soltanto sulla superiorità naturale delle facoltà dell'uomo su quelle della donna, nell'intento di procurare l'interesse comune della famiglia e il diritto al comando che ne deriva per l'uomo » (7). D'altra parte, era stato già detto che « se la donna si è unita all'uomo, in una comunione duratura, a condizione che la potestà d'impero resti all'uomo, i figli che nasceranno da entrambi saranno del padre, per l'autorità che questi ha sulla madre. In generale si può dire che, se la convivenza di un uomo e di una donna si risolve in un'unione in cui uno dei due sia sottoposto alla potestà dell'altro, i figli sono di chi detiene questa potestà » (8).

---

(7) KANT, *La dottrina generale del diritto*, in *Scritti politici*, Torino 1965, 461. Per Kant, « per le stesse ragioni il rapporto degli sposi è un rapporto *d'uguaglianza* di possesso, tanto delle persone, che si posseggono l'una l'altra reciprocamente (il che non può aver luogo che nella *monogamia*, perché nella poligamia la persona che si abbandona ottiene soltanto una parte di quella a cui ella invece s'abbandona tutta, e riduce quindi se stessa a una cosa), come anche dei beni, quantunque le persone abbiano il diritto di rinunciare per mezzo di un contratto speciale all'uso di una parte di questi beni » (ivi, 460).

(8) HOBBES, *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere politiche*, Torino 1959, 202. Nel codice napoleonico si rinvengono le clausole tipiche della subordinazione femminile nell'ambito matrimoniale, destinate ad informare l'istituto matrimoniale lungo tutto l'ottocento e, in Italia, sino al codice del 1942: l'obbedienza della moglie al marito (art. 213); l'obbligo di seguire il marito ovunque egli ritenga di fissare la residenza (art. 214); l'incapacità della moglie in materia patrimoniale (art. 217), ecc. Va tenuto presente che l'affermazione di Hobbes circa la subordinazione della donna all'uomo è fatta all'interno di una complessa analisi che muove dallo *stato di natura* per giungere alle organizzazioni sociali complesse. Nell'ambito dello *stato di natura* Hobbes riconosce il potere assoluto della madre sui figli, quasi immaginando una primigenia società matriarcale: « bisogna dunque rifarsi allo stato naturale, in cui, per l'uguaglianza sortita da natura, tutti gli uomini adulti si devono considerare uguali tra loro. Quivi, in forza del diritto naturale, il vincitore è padrone del vinto: dunque, alla stessa stregua, il dominio sul bambino

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Viene meno la sacralità dell'unione matrimoniale (come di qualsiasi altra istituzione sociale), ma si mantiene e si esalta la sua *naturalità*, e la naturalità (che è forma attenuata di sacralizzazione) delle leggi che governano la famiglia: diseguaglianza dei coniugi, sottomissione dei figli e della moglie al padre-marito, strutturazione piramidale complessiva della comunità. Le esigenze di censo faranno il resto, soprattutto nel regolare il regime patrimoniale e successorio. Merita menzione la *condicio viduitatis* che, in Italia ancora nel secondo ottocento, costringe giudici e Cassazione a virtuosismi notevoli per conciliare egoismi maritali *post-mortem* e furbizie muliebri (in vita) camuffate, queste ultime, da esigenze o scrupoli religiosi (9).

Dunque, dentro il conflitto tra laicità e confessionalità, un solido compromesso si realizza attorno ad un *nucleo forte* di concezione del matrimonio e della famiglia che, soprattutto negli ordinamenti latini, si tiene collegato ad una asserita ispirazione giusnaturalistica. Anche perciò, « la concezione cattolica si innesta senza grandi difficoltà con la concezione kantiana che, per parte sua, pare un esemplare punto di congiunzione teorica fra l'intera tradizione cristiana (cattolica e protestante) e il pensiero laico-borghese » (10).

---

appartiene al primo che lo ha in suo potere. Ma è ben chiaro che un bambino appena nato è in potere di sua madre, prima che di chiunque altro; allora ne viene che questa può legittimamente allevarlo o abbandonarlo, di suo pieno arbitrio » (*ivi*, 200).

(9) Un singolare effetto indotto dall'introduzione del matrimonio civile nel 1865, e dalla conseguente irrilevanza del matrimonio religioso, si determina quando, premorendo il marito, questi condiziona il godimento dell'eredità al fatto che la moglie mantenga lo stato di vedovanza. Per aggirare la *condicio viduitatis* (che oggi sarebbe nulla, perché illecita), non di rado l'interessata si risposa con rito religioso, convinta che questo non possa avere alcun effetto neanche indiretto. La giurisprudenza oscilla tra chi, fermo al dato testuale della legge, considera insignificanti anche dal punto di vista privatistico le nozze religiose, e chi tende a dare maggior valore alla volontà e alle intenzioni del testatore. Anche la Cassazione sente la forza di questa seconda opinione affermando che « la condizione del matrimonio, se è imposta dalla legge, rimane purificata col matrimonio civile; e se è imposta dall'uomo, allora è purificata col matrimonio religioso, secondo la volontà del disponente » (*Cass. Firenze*, 14. XII. 1874, in *La legge*, 1875, XVI, I, 64). Sull'argomento, cfr. SAREDO, *Il matrimonio ecclesiastico può esso produrre effetti civili?*, in *La legge* 1871, I, 61 ss.; POGLIANI, *La condicio viduitatis e il matrimonio ecclesiastico*, in *Filangieri*, 1876, 512 ss.).

(10) CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, 272-3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Il codice del 1942 e la speciale arretratezza italiana. La svolta costituzionale.*

Su questo sfondo, l'esperienza italiana tra gli anni '30 e gli anni '50 di questo secolo trova una collocazione in certo qual modo coerente, ancorché segnata da particolari arretratezze. È vero, come è stato detto, che il legislatore codiciale del 1942 (ma la parte relativa alla famiglia è anticipata al 1° luglio 1939 (11)) si dimostra in ritardo « rispetto alla realtà economico-sociale del tempo », in particolare in relazione alla « mutata posizione della donna nella famiglia, come conseguenza della mutata posizione della donna nella società » (12). Ma questo ritardo è dovuto sia all'ispirazione totalizzante del regime dell'epoca, che si riflette sulla concezione gerarchica e autoritaria della famiglia (13), sia alla scelta strategica del 1929 con la quale il modello laico-borghese dell'Italia unitaria viene spezzato mediante il consistente sacrificio di sovranità che lo Stato patisce a favore della Chiesa (14). Il Concordato lateranense recupera buona parte dell'antica sacralità (*recte*: sacramentalità) confessionale, al punto tale che

---

(11) Il primo libro del codice civile viene approvato con r.d. 12 dicembre 1938, n. 1852, ed entra in vigore nel 1939. Cfr. QUADRI, *La famiglia dal codice ai nostri giorni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, II, 763 ss.

(12) QUADRI, *La famiglia dal codice ai nostri giorni*, cit., 764.

(13) NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, 244 ss. Lo stesso relatore al progetto del codice del 1942 sostiene che « pur modificati in certa misura i costumi e mutate le condizioni sociali, non si è ravvisata l'opportunità di modificare in alcuna guisa la fondamentale disciplina dei rapporti fra i coniugi, scolpita negli articoli di questo capo. Ogni particolare atteggiamento che sia più confacente ai bisogni ed ai costumi dei tempi, e soprattutto le conseguenze del fenomeno del lavoro della donna, è perfettamente compatibile con questa fondamentale disciplina della famiglia, e senza una precisa necessità non sono da modificare formule che hanno ormai il prestigio e la forza di una tradizione ».

(14) Sull'argomento, JEMOLO si è chiesto se, « potesse ancora parlarsi di un unico istituto matrimoniale, di un matrimonio italiano, o se dovesse invece parlarsi di almeno due matrimoni » (*Il matrimonio*, cit., 18). Ed ha risposto, con una delle sue tipiche formulazioni velate di ironia, che « se questo è il nostro diritto, pur se si crede che il diritto dello Stato e quello della Chiesa siano sostanzialmente irriducibili tra loro (sì che anche se il diritto dello Stato copiasse quello della Chiesa, per il solo fatto dei principii supremi ispiratori dei due ordinamenti giuridici, continuerebbe a sussistere una difformità), pensiamo che la sua formula riassuntiva possa ancora essere nel senso di unità dell'istituto giuridico matrimoniale, posto che esso appare unitario nella sua vita » (*ivi*, 19).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(per dar la misura del cedimento) l'articolo 34 dell'accordo può affermare al comma 7° che « quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile » (15).

Il linguaggio dei regimi estremi è a volte più diretto e brutale rispetto a quello di altri sistemi politici. Così, la famiglia è vista come « cellula indispensabile dell'organizzazione dello Stato », ed in essa deve riflettersi qualcosa dell'organizzazione dello Stato, anche perché « tutte le organizzazioni sono nello Stato e sono elementi dello Stato ». Nasce (nella forma più che nella sostanza, che già preesisteva) la figura del « capo » della famiglia (art. 144 c.c.). La prole che nel codice del 1865 era definita come « prole nata fuori dal matrimonio » (sez. I, capo III, titolo VI, Libro I) viene definita « illegittima ». E la conservazione (pur con qualche miglioramento) dei criteri restrittivi per la ricerca della paternità viene giustificata con il pericolo di « insidie specialmente verso i giovani inesperti o verso persone attempate », e con il pericolo di « insidie e turbamenti » cui esporrebbe la « dichiarazione di paternità in ogni caso di congiungimento extra-matrimoniale » (16). Infine, oltre a tutto il

(15) Si segnala, però, che in altri concordati la Chiesa ottiene ancora di più. Per l'articolo XXIV del Concordato con il Portogallo del 1940, « in armonia con le proprietà essenziali del matrimonio canonico, i coniugi rinunzieranno alla facoltà civile di chiedere il divorzio, che perciò non potrà essere applicato dai tribunali civili ai matrimoni cattolici ». Per l'articolo XXIV del Concordato con la Spagna del 1953, si « riconosce la competenza esclusiva dei Tribunali e Dicasteri ecclesiastici nelle cause riguardanti la nullità del matrimonio canonico e la separazione dei coniugi, nella dispensa del matrimonio rato e non consumato e nella procedura relativa al Privilegio Paolino ».

(16) Così la *Relazione* al codice del 1942. La disciplina codiciale dei rapporti di filiazione è in sostanziale armonia con la tradizione giuridica ottocentesca, laddove conferma una tutela pressoché assoluta della famiglia legittima vietando qualsiasi riconoscimento di figli nati in costanza di matrimonio ma fuori di esso, e imponendo una rigorosa presunzione di paternità per i figli legittimi, solo temperata da una ridotta possibilità di *disconoscimento* da parte del padre. Nei confronti dei figli naturali riconoscibili (perché nati da persona non legata in matrimonio, o dopo lo scioglimento di questo) il codice esprime un più generico sfavore ma prevede alcuni loro diritti, pur nell'ambito di una rigida disciplina dell'accertamento giudiziale di paternità. Sull'argomento, cfr. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano 1965; RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, Milano 1967, 725 ss. Cfr. anche JEMOLO, il quale ricordando che « l'ottocento parve segnare l'orrore degli illegittimi » segnala che in altre epoche « i figli naturali ebbero posto cospicuo nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resto, il codice penale del 1930 già aveva provveduto ad ampliare i reati contro la famiglia (ricomprendendovi fattispecie di dubbia referenzialità verso la comunità domestica), ed aveva accordato rilevanza esclusiva all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito (17).

Il giurista che più coerentemente ha interpretato lo spirito dell'epoca — e che continuò a difenderlo nella sostanza più tardi — può affermare che « la natura superiore del fine familiare giustifica la più frequente e penetrante ingerenza dello Stato, poiché la tutela di interessi superiori non può essere attuata che da un potere superiore » (18). Non stiamo più nell'ambito del compromesso cristiano-borghese del matrimonio e della famiglia. Siamo di fronte ad una concezione coerente e compatta delle relazioni familiari che vede concordi lo Stato autoritario e la Chiesa premoderna, gli strati più profondi della cultura tradizionalista ed interpreti di primo piano della dottrina giuridica (19). Più precisamente, il nucleo intimo

---

famiglia » (*La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano 1957, 225).

(17) Oltre alla diversità di disciplina — per la quale l'adulterio è previsto, anche come atto isolato, per la moglie mentre per il marito la fattispecie penalistica si concreta solo quando « tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove » — in dottrina e in giurisprudenza si sono affermati orientamenti volti ad accentuare il suo profilo discriminatorio. Ai fini della configurazione del reato si è chiesto ora l'effettivo congiungimento carnale, o « qualsiasi abnorme equivalente di esso » (*App. Firenze*, 18 maggio 1953, in *Rivista di diritto matrimoniale*, 1954, 246), ora che questo congiungimento fosse *secondo natura*, ora che si limitasse al compimento di consistenti atti di libidine (PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino 1953, 490 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, I, Milano 1955, 320 ss.; DOLCE, *Adulterio (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958, 624 ss.).

(18) CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in Scritti minori, I, 1, Milano 1965, 179.

(19) Sull'argomento, TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino 1978, 26 ss. Nella *Relazione* al codice del 1942 sembra si vogliano accentuare (anche oltre misura) gli elementi di novità rispetto al codice del 1865, ma questi risultano essere elementi di novità regressiva: « ... anche le norme del vecchio codice che sono state mantenute vengono necessariamente ad assumere riflessi nuovi nella loro applicazione ed interpretazione. Questa non consiste più necessariamente nella tutela dell'individuo, bensì sempre e in ogni caso, nella protezione degli interessi superiori e permanenti della comunità nazionale, che trascendono la breve vita dei singoli. (...) Tutta la disciplina degli istituti giuridici inerente a queste materie è stata interamente rinnovata e adeguata alle esigenze dello Stato fascista, provvedendosi alla difesa della nostra razza da ogni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del compromesso cristiano-borghese non è rinvenibile in superficie. Esso è stato come incapsulato da una rete di protezione a più strati, confessionale, autoritario, giuridico, che impedirà ogni evoluzione sia pur moderata (come avviene in altri ordinamenti europei), che resisterà a lungo all'erosione successiva, e che darà per qualche decennio al diritto di famiglia italiano quel carattere di speciale arretratezza che neanche la Costituzione del 1947-48 riuscirà a disvelare immediatamente.

Appunto, la Costituzione si colloca negli anni '40 come svolta storica ed epocale, ma anche come svolta negata e, per oltre un decennio, praticamente accantonata. In coerenza con il carattere di 'costituzione lunga', la nostra carta fondamentale si sofferma con qualche insistenza sulla tematica familiare, e annuncia consistenti novità. Ma risente anche di quell'esigenza compromissoria che ne ha in qualche misura frenato (o consentito che venisse frenata) l'operatività riformatrice. Spicca, quale vera svolta culturale, l'affermazione per la quale il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, anche se attenuata dal riferimento ai « limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare », eco non secondaria delle riserve tradizionaliste (20). Altrettanto, l'articolo 30, 2° comma, prevede che la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, ma aggiunge: « compatibile con i

---

pericolosa contaminazione che possa in qualche modo infirmarne la saldezza delle sue forze fisiche e spirituali; rinvigorendo i vincoli della famiglia, fondamento e ragione della continuità e potenza della nazione; creando tutte quelle provvidenze che garantiscono l'equilibrio e la sanità dei nuclei familiari ».

(20) Sull'argomento, TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, cit., 80 ss. È stato osservato, con riferimento alla complessità della disposizione costituzionale, che « non mancò, anche *ex post*, chi spiegò e giustificò l'atteggiamento, in un primo tempo conservatore, assunto dalla Corte, per es. a proposito del contemperamento del principio di parità dei coniugi con quello dell'unità della famiglia, alla luce del fatto che l'art. 29, 2° comma, Cost., si presta ad essere interpretato, nella logica della concezione tradizionale, come riaffermazione, anche rispetto al nuovo principio di eguaglianza dei coniugi, del valore preminente dell'unità dell'aggregato familiare, che può legittimare l'attribuzione del potere autoritativo, ove occorra, al marito » (SANDULLI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, Padova 1992, 5; la citazione riportata da Sandulli è di SCOGNAMIGLIO, *Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Atti del Convegno di Napoli* sul tema *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, pubblicati nel 1975).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritti dei membri della famiglia legittima ». E ancora il terzo comma dello stesso articolo afferma che « la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità ». In altre parole, *limiti* e *compatibilità* non cancellano il valore innovativo dei principi enunciati — che nella sostanza fanno intravedere un possibile superamento del modello ottocentesco di famiglia — ma certamente consentono a chi ne ha intendimento di sminuirne la portata precettiva, e quella sostanziale (21).

Comunque, è il primo comma dell'articolo 29 che enuncia il concetto di famiglia quale maturato nei dibattiti della costituente, laddove riconosce « i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ». Molto è concesso al giurista nell'interpretare le norme, specialmente quelle costituzionali. Ma molto non è tutto. Il compromesso, evidentissimo, nella formula costituzionale dice che la famiglia in quanto tale ha dei diritti, che essa è una *società naturale*, e che per famiglia l'ordinamento intende esclusivamente quella *fondata sul matrimonio* (22). Si può, e si deve, scavare ermeneuticamente dentro ciascuna di queste enunciazioni, ma non si può (almeno a me sembra) negarle, né partitamente, né complessivamente nei loro nessi reciproci. Ed è chiaro come sul concetto di società naturale si siano, per così dire, accumulate e addensate tutte le tensioni, i compromessi, le riserve, delle diverse componenti presenti in sede costituente (23). Ma sul punto tornerò, perché è su di esso che si è esercitata la dottrina e la cultura giuridica degli anni

(21) SANDULLI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 20-21.

(22) È stato osservato che « i giuristi di ispirazione cattolica tendono a strutturare (il rapporto tra famiglia e Stato) in modo affatto particolare, quasi che — celebrata l'autonomia della famiglia — essa fosse una torre d'avorio assolutamente impenetrabile, del tutto aliena da ogni collegamento con la formazione sociale più ampia, che tutte le famiglie comprende, qual è lo Stato. Di qui l'interpretazione della formula "famiglia=società naturale", e dell'espressione "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia" nel senso della garanzia di autodeterminazione e autonormazione della famiglia intesa come entità a se stante, preesistente allo Stato e, per ragioni di diritto divino, o di diritto naturale, assolutamente impenetrabile ad ogni direttiva o ingerenza statuale » (BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., 20).

(23) Sull'argomento RESCIGNO, *Tre brevi saggi sul diritto di famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, 930 ss.; CATTANEO, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica dell'ultimo quarantennio*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova 1991, 92 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'50 (e oltre) per cercare, ciascuno di 'tirare la coperta' dalla propria parte, e di dare al principio costituzionale una coloritura (magari sfumata e attenuata) ideologica. Così come ciascuno ha fatto leva ora sui principi innovativi per reclamarne l'attuazione, ora sui limiti e sulle compatibilità che ai principi si accompagnano, per ridimensionarne il contenuto e la contrapposizione alla normativa codiciale allora vigente (24).

Qui conviene ancora ricordare che la proposta di definire, in sede costituzionale, il matrimonio come *indissolubile* non supera la soglia delle votazioni in assemblea che la respinge con 194 voti contro 191. Questo episodio, che pure mantiene una importanza storica avendo evitato la definitiva connotazione ideologica (e confessionale) dell'istituto matrimoniale, richiama l'attenzione su un dato più generale. Ed evoca quanto afferma Aldo Moro nella seduta del 13 marzo 1947: « aveva detto l'on. Togliatti che bisognava che la

(24) Si deve dar conto, in ogni caso, di quell'orientamento che ha riassuntivamente (rispetto ad altre tendenze specifiche) espresso sfiducia in un rapporto troppo stretto tra famiglia e diritto, ritenendo, secondo una suggestiva immagine che « la famiglia appare sempre come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica » (JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., 223). In qualche modo questo orientamento di fondo ha indotto ad esprimere una valutazione scettica sulle norme costituzionali, dal momento che lo stesso Autore afferma che « l'uomo di legge resta perplesso e scettico. Tutto in sostanza è rinviato a leggi avvenire. Per la Costituzione nulla è mutato a quanto già dispone il codice civile vigente in materia di ricerca della paternità; e, poiché le disposizioni del codice sono già esse stesse rispondenti a quella che è oggi l'opinione media intorno ai confini entro i quali la ricerca della paternità deve restare contenuta, non è probabile che abbiano a venire prossimamente ritoccate. Lo stesso può dirsi per quanto tocca ai diritti dei figli nati fuori del matrimonio, da riconoscersi compatibilmente con i diritti della famiglia legittima. Ma quale legge potrà provvedere efficacemente a che siano assolti i compiti dei genitori incapaci? » (ivi, 20). Ancora, in relazione all'art. 31, l'Autore afferma che trattasi « qui pure » di un « semplice accenno programmatico », e che nell'insieme deve sottoscriversi il giudizio di Balladore Pallieri per il quale « in conclusione, la Costituzione non contiene direttamente delle norme di diritto familiare, e cioè di diritto privato, ma pone in questa materia solo alcuni principi in realtà assai vaghi, ai quali deve attenersi la legge ordinaria ». Infine, conclude: « che la Costituzione sia limitata ad affermazioni vaghe e spunti programmatici non dipende solo dalla intonazione di questo secolo, che non stanno più paghe all'ambito dei principi giuridici, che pure sarebbe il loro, e vogliono assurgere a campi che è più difficile dominare, come quello dell'economia e della direzione morale della società; dipende in particolare da ciò ch'è l'essenza della famiglia » (ivi, 231).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostra Costituzione fosse una costituzione non ideologica, che in essa e per essa fosse possibile una libera azione non soltanto delle forze politiche, ma anche di tutti i movimenti ideologici che stanno sullo sfondo delle forze politiche stesse. Riguardata così questa espressione non può non trovare il nostro consenso » ([25]). Forse nella elaborazione dei principi di diritto familiare, in concreto se non nelle intenzioni, il costituente ha così operato. È riuscito ad accostare innovazione e continuità senza prevederne la prevalenza immediata dell'una sull'altra, e viceversa. È riuscito in una operazione di deideologizzazione che ha comportato rischi e possibilità. Rischi, perché quanti volevano tenersi aggrappati alla tradizione avevano qualche argomento per farlo. Possibilità, perché quanti intendevano dare seguito alle innovazioni potevano legittimamente reclamarlo ed esigerlo.

Prima hanno vinto gli uni, poi hanno trionfato gli altri. Più tardi ancora, come dirò per cenni, le norme costituzionali sono state superate (nei fatti se non in diritto) da una evoluzione sociale aliena rispetto ai tempi e alle previsioni della costituente.

3. *Continuismo culturale e dottrinale, virtualità innovative. Istituzionalismo e giusnaturismo.*

Prima hanno vinto i continuisti e i tradizionalisti. E hanno vinto con una dovizia di argomenti, elaborazioni teoriche e giuridiche, che lascia intendere quanto fosse radicata la vecchia concezione della famiglia. Come era prevedibile, il primo tentativo è stato quello di piegare il concetto di società naturale ad un significato religioso e confessionale. Tale concetto altro non vorrebbe dire che la famiglia è una « società di diritto naturale », e tale diritto naturale non potrebbe che essere desunto dai principi della religione cattolica alla quale aderisce la stragrande maggioranza della popolazione italiana ([26]). Appena velata di sociologismo interessato altra, analoga, interpretazione per la quale « in una Costituzione così strutturata, la famiglia ed il matrimonio sono entrati *così come sono nella esperienza attuale del popolo italiano...* così anche il principio della indissolu-

([25]) *Atti Assemblea Costituente*, vol. II, 2957.

([26]) Del Giudice, *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilità può essere affermato o può essere negato su un esame di insieme » (27). Tesi ardite, che oggi destano stupore, e che riflettono una interpretazione provinciale del diritto naturale. E che, tuttavia, si inseriscono in un più ampio (e fruttuoso) tentativo degli anni '50 di salvare il complesso delle relazioni ecclesiastiche quali disciplinate dai Patti lateranensi del 1929. Si tornerà sul punto per cogliere epigoni dottrinali e giurisprudenziali dell'impostazione confessionista.

Più ampio, e a suo modo coerente, è il tentativo di concepire la famiglia come organismo etico, nel quale gli interessi e le esigenze dei singoli sono subordinate ai valori collettivi che l'istituto familiare esprime. Non soltanto per la dignità culturale del suo principale interprete e sostenitore, ma per l'intima organicità che la caratterizza, la concezione *istituzionale* della famiglia rappresenta negli anni '50 l'erede della cultura degli anni '30 e '40. Anche se va detto che l'ascendenza culturale è più lontana, potendosi rapportare alla tradizione cristiano-borghese cui ho fatto cenno in precedenza.

Si premette che « il porre sullo stesso piano famiglia e Stato come fenomeni sociologici, e considerar la prima come cellula del secondo, acquista un profondo e reale significato quando (...) si veda nella famiglia, come fatto sociologico, il prodotto di una forza di coesione, di energia vitale che scaturisce dal più elementare e naturale principio etico, in grazia del quale la pur insopprimibile energia vitale dell'individuo ne resta piegata, dominata ». Si aggiunge che « nella famiglia la persona non è considerata in condizione di autonomia, di libertà... Il rapporto di diritto familiare è rapporto organico, perché avente un fine superiore cui la volontà è vincolata » (28). E si conclude, almeno sul piano logico, che la famiglia è essenzialmente una 'istituzione' che deve realizzare finalità che sono autonome nei confronti del vincolo matrimoniale originario, e che sono tanto essenziali da giustificare la cristallizzazione del vincolo medesimo e la gerarchizzazione dei rapporti interni.

Vi è un'eco, nella teoria istituzionalistica, della concezione giusnaturalistica della famiglia. Ma quest'ultima è più ampia, e ariosa

---

(27) RICCIO, *Il matrimonio nella Costituzione italiana*, Padova 1968, 11.

(28) CICU, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, 11, 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(quando non si restringa in un'ottica confessionale, quale prima richiamata), se non altro perché coglie un elemento di verità non transeunte dei rapporti familiari. Per l'esponente più significativo di questa impostazione, « l'art. 29 cost. (...) afferma l'obbligo della repubblica di riconoscere i diritti che ad essa, così intesa, competono vincolando in tal modo il legislatore a conservare l'assetto familiare qual'è apprezzato tradizionalmente dalla coscienza comune del nostro popolo, cioè come ordinamento giuridico originario, cellula elementare necessaria di vita sociale, *principium urbis*, in cui l'uomo trova il primo impulso per educarsi al sentimento della solidarietà; ed ha inteso altresì imporgli di garantire l'autonomia della famiglia nell'adempimento della funzione sua propria. Il richiamo alla "società naturale" vuol significare non già rinvio ad un diritto extrastatuale bensì affermazione del limite posto alla revisione, la quale non potrà alterare la struttura fondamentale dell'istituto familiare » ([29]). Una funzione garantista, quindi, quella dell'articolo 29, che non impedirà di chiedere anche forti innovazioni della disciplina codiciale.

Non mancano significative varianti della teoria giusnaturalista, dal momento che per altri il riconoscimento della famiglia come ordinamento giuridico originario e sovrano « non ha soltanto il significato negativo di limite per lo Stato, bensì anche un significato positivo: la famiglia, in quanto ordinamento, ha un suo diritto che vi si forma e la regge dal di dentro... si è sempre sentito affermare che la prima manifestazione del diritto la si è avuta nella famiglia; ora bisogna riconoscere che non solo il diritto ha preso l'avvio nella famiglia, ma anche che in essa vi ha tuttora una sua vita. Da ciò la necessità imprescindibile di riconoscere e rispettare i poteri che operano in seno alla famiglia e portano all'affioramento specifico degli ordinamenti familiari implica che vi siano fonti di produzione

([29]) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, ed. 1967, 922. Prosegue Mortati: « anche nei confronti di quest'istituto si manifesta lo spirito informatore della costituzione, che è nel senso di ampliare e meglio assicurare la sfera di autonomia dei gruppi, ma nello stesso tempo di affermare il loro carattere funzionale. Se lo stato riconosce il diritto della famiglia allo svolgimento indipendente dei suoi compiti, la famiglia ha a sua volta il dovere di adeguare la sua attività alla funzione sociale (anche se non pubblica) che le è propria » (*ivi*, 923). Per l'insistenza di Mortati a favore di interventi legislativi e giurisprudenziali innovatori cfr. nota 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e di individuazione del diritto » (30). Non viene meno la funzione di garanzia dell'articolo 29 della Costituzione, ma la sottolineatura della capacità di produzione interna normativa della famiglia potrebbe indurre a teorizzare una forte alterità tra famiglia e Stato, ed a riguardare la struttura familiare (come si presenta in un dato momento storico) come struttura fissa, virtualmente immobile. Si tratta, quindi, di varianti della medesima impostazione aperte a possibili, diversi, sviluppi.

È noto che le teorie giusnaturalistiche hanno una duplice valenza, innovativa e tradizionalista. Il tradizionalismo prevale quando nella disciplina normativa storicamente determinata si vuole vedere incarnata l'idea di diritto naturale che si propugna. Per il diritto di famiglia, negli anni '50 (e in altri momenti storici) è stato sovente così. Ma il giusnaturalismo riacquista tutto intero il proprio valore innovativo e contestatore quando contrappone ad una pretesa ingiusta del legislatore un diritto (o un bisogno, o una esigenza) primigenio, non coartabile da alcuno. Ciò spiega come anche l'impostazione giusnaturalistica ha potuto dare un contributo non indifferente, negli anni successivi a quelli che qui trattiamo, al processo di riforma del diritto di famiglia. E consente di comprendere perché ancora oggi una impostazione giusnaturistica possa egregiamente fare resistenza contro i tentativi statocratici di coartare sentimenti e rapporti personali insuperabilmente intimi. Di fronte a giudici che pretendono che il figlio rinneghi i genitori (sia pure perché si sono macchiati di crimini terribili), o di fronte a tribunali che troppo facilmente sottraggono i figli alla comunità domestica *naturale* perché questa non risponde perfettamente a criteri di accoglimento del minore, di fronte a queste e ad altre situazioni, il richiamo alla *naturalità* (proprio come originarietà e incoercibilità) dei rapporti familiari più intimi ha un grande significato etico e giuridico. Un segmento giusnaturistico è essenziale al mondo del diritto, così come un *grido* della natura che si ribella ad una legge, o

(30) FERRI, *Il diritto di famiglia e la Costituzione della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, 122. Cfr. anche SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, 330 ss.; BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Matrimonio fondamento della famiglia* (*Quaderni di Justitia*, n. 8), Roma 1956, 60 ss.; ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova 1954, 138 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad un giudice, ingiusti va sempre salvaguardato anche per onorare la dignità del giurista.

Alla tesi istituzionale ed a quella giusnaturalistica sono seguite altre argomentazioni, più o meno originali e autonome, tese comunque a sottolineare il carattere organico dell'istituto familiare e la sua centralità nell'ordinamento giuridico. Ora innestando la famiglia nell'ambito di quella *pluralità di ordinamenti* che caratterizzerebbe il nostro sistema normativo, e che con il tempo ha giovato ad inserire la famiglia tra le formazioni sociali di cui all'articolo 2 della Costituzione (31). Ora riconoscendole una soggettività privata di diritto costituzionale, una soggettività « giuridicamente limitata, ma socialmente più elevata » (32); con la conseguenza che i diritti della famiglia di cui all'articolo 29 Cost. andrebbero riferiti, più che ai soggetti-membri della comunità domestica, alla famiglia intesa come gruppo, come unità organica. Infine, facendo leva sugli « interessi superindividuali » che attraverso l'istituto familiare sarebbero tutelati dall'ordinamento, si è voluto accostare il diritto di famiglia al diritto pubblico, per ribadire e sottolineare che l'autonomia concessa ai privati è limitata e 'compressa' in ragione del ruolo collettivo e sociale svolto dalla famiglia (33).

Vale per queste argomentazioni quanto si è detto per la tesi giusnaturalistica. Non mancano in esse grani e segmenti di realismo giuridico e sociale. Nel senso che l'istituto familiare presuppone un elemento di organicità (unione solidale destinata a riprodursi e quindi a crescere solidalmente); così come è portatore di un nucleo intimo di rapporti e relazioni sostanzialmente incoercibile. Altrettanto, è indubbio un *interesse pubblicistico* nei confronti della famiglia, riguardata dalla Costituzione come centro di riproduzione, di formazione e di sviluppo della personalità. Tutti elementi, questi, che lieviteranno negli anni della riforma (e ancora successivamente)

(31) Sull'argomento, ROMANO SALV., *Autonomia privata*, Milano 1957, 20 ss.; GRASSETTI, *Famiglia* (*diritto privato*), in *Novissimo Digesto Italiano*, 1961, 48 ss.

(32) MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli 1965, 13 ss. Cfr. anche FIORENTINO, *Le persone morali nel diritto civile italiano*, Catania 1892, 28 ss..

(33) VASSALLI, *Diritto pubblico e privato in materia matrimoniale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1960, 135 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 1962, 563.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consentendo al legislatore di mantenere un rapporto equilibrato con la realtà sociale e le sue incessanti evoluzioni.

È vero, però, che negli anni '50 un pò tutte queste tesi ed argomentazioni sono state elaborate e sostenute all'interno di un orizzonte culturale che tendeva a raccordare la normativa costituzionale con quella codiciale, dichiarandone la sostanziale compatibilità. La cultura giuridica, e con essa le pronunce giurisprudenziali dell'epoca, hanno svolto una sottile operazione, tendente a negare (o sminuire drasticamente) quel profilo di storicità che l'istituto familiare presenta al pari (anche se originalmente) di altre strutture sociali. Ed a rimarcare una sorta di *fissità strutturale* (sia essa giusnaturalistica, pubblicistica, confessionale) della famiglia, a fronte della quale ogni cambiamento, riforma, o trasformazione, assumerebbe quasi il carattere della violazione, dello snaturamento, della contraffazione. Anche quei germi di innovazione certamente presenti negli anni '50 — e attivi ogniqualvolta si è trattato di contrastare le scelte più conservative — matureranno più tardi, quando una impostazione storicista (da non confondere con quelle relativistiche) porrà il problema di una revisione generale del diritto di famiglia e di un suo adeguamento alle trasformazioni della società (34).

4. *Tendenze paleoconfessioniste, i* tuffi nel passato*, la fatica dell'innovazione.*

Le conseguenze dell'impostazione dottrinale e culturale dominante negli anni '50 sono note, e possono essere richiamate per cenni significativi, ancorché assai diversi tra loro. Non mancano veri e propri *tuffi nel passato*, come quando si continua a teorizzare la legittimità ontologica della qualifica di *capo della famiglia* riconosciuta dal codice al marito, in ragione della « normale, congenita, superiorità fisica e intellettuale dell'uomo sulla donna » (35). E non

(34) Per tutti sull'argomento, BARCELLONA, *Famiglia* (*diritto civile*), in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, 779 ss.; CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit.

(35) GANGI, *Il matrimonio,* Milano 1953, 258. Per BARBERO, « l'avere un capo è esigenza organica d'ogni organismo sociale » (*I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia* 1958, 62). SPINELLI afferma che la qualifica di capo spetta solo al marito per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mancano contaminazioni francamente pesanti tra il diritto di famiglia e le tendenze paleoconfessioniste di settori della dottrina e della giurisprudenza. È l'epoca in cui matura il tentativo di espungere l'ateismo dalle opzioni garantite dalle norme costituzionali sulla libertà religiosa (36). Il tentativo si concreta nella ripetuta asserzione della superiorità del coniuge religioso, in materia di educazione della prole, rispetto al genitore ateo. È del 1949 la sentenza di un Tribunale per la quale « non si vuole negare la idoneità alla educazione morale della prole del genitore appartenente a religione diversa da quella professata dalla gran maggioranza degli italiani, quando è sano in lui il senso morale, e sana la pratica di vita » (37). Ma, per lo stesso Tribunale, « ben grave perplessità vi potrebbe essere, invece, presupposti egualmente degni entrambi i coniugi sotto il profilo morale, nell'affidamento della educazione della prole ad un genitore ateo, quando l'altro invece fosse credente, se pur si trattasse di un ateismo non volgare; l'ateismo, invero, non essendo istintivo, ché istintiva è invece la religione nel senso più generale della parola, e cioè quale fede spontanea, e si direbbe necessaria, in un principio che è al di fuori di noi, e che è il fine primo ed ultimo di tutte le cose che hanno una esistenza, è l'effetto di una serie di

---

ragioni « profonde di ordine metagiuridico, che si rifanno all'idea cristiana di famiglia » (*Intorno alla parità dei coniugi ed all'unità della famiglia*, in *Justitia* 1962, 181). Non manca, ancora, chi ribadisce che la potestà maritale è « la consacrazione giuridica di quanto avviene in natura », perché « la donna è soggetta più dell'uomo alle ghiandole e all'istinto », mentre l'uomo « può essere ritenuto più idoneo, di regola, della donna a tenere la direzione della famiglia » (LOJACONO, *La potestà del marito nel rapporto tra coniugi*, Milano 1963, 130, 333). In senso favorevole alla potestà maritale, cfr. anche SANTORO PASSARELLI, *Poteri patrimoniali dei coniugi e ripartizione degli oneri matrimoniali*, e *Il potere domestico della moglie* (rispettivamente del 1935 e 1936), entrambi in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, 52 ss.

(36) Secondo una tesi dottrinale degli anni '50, il Costituente, nell'enunciare il principio di libertà religiosa, avrebbe tenuto presente « l'atteggiamento religioso affermativo ». Quando l'ateismo aspiri a divenire « un ateismo non più soltanto areligioso e irreligioso, ma essenzialmente antireligioso », che configuri e presupponga non più un *abstinere*, ma un *facere contrario*, allora si pone in contrasto irriducibile non soltanto con la religione ma con lo stesso ordinamento che tutela la fede religiosa come bene giuridico: « l'ateismo attivo è incompatibile non soltanto con la religione e con la morale, ma anche con il diritto positivo » (ORIGONE, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano 1952, 417 ss.)

(37) Trib. Trani, 16.VI.1949, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1950, II, 390.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sillogismi a conclusione negativa, che l'individuo deve fare per strappare da sé l'innata idea dell'infinito, e cioè di quello che non può misurarsi col metro della nostra intelligenza, e priva l'individuo di quel gran dono che è la speranza » (38).

Per quanto sorretta da non lieve dottrina (39), la tendenza discriminatoria del genitore ateo si esaurisce presto, e viene consegnata agli archivi della *preistoria* (40) della applicazione delle norme costituzionali. Ma la *sofferenza* nell'applicazione di queste norme alla struttura familiare dura ben più a lungo. Il principio di eguaglianza che deve caratterizzare la *società coniugale* viene inizialmente interpretato come scaturente da una norma programmatica (41), e

(38) *Ibidem*. Cfr. anche Tribunale di Rovigo, ordinanza istruttoria del 21.VIII. 1952, per la quale « non si ritiene di escludere dalla indagine il principale punto di fatto su cui vertono (la questione dell'influenza dell'irreligiosità del genitore è ancora vivamente dibattuta) »; e ordinanza collegiale, per la quale « le prove ammesse e formulate sono conferenti al merito e (...) l'indagine sulla irreligiosità del genitore non costituisce né un arbitrio né un'aberrazione » (Cfr. *Giurisprudenza in tema di educazione religiosa della prole*, Milano 1968, a cura di Mammuccari e Lanzi, 35-36).

(39) Cfr. ALLORIO, *Ateismo ed educazione dei figli*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1949, I, 2,11; *Id*., *Una grave discussione giuridica*: *l'ateo educatore*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, IV, 33 ss. Per BUONO, in *Corti di Brescia e Venezia*, 1953, 461, poiché « il legislatore crede nella divinità, o tiene gran conto del fatto che ci si creda (altrimenti non ne esporrebbe il simbolo nelle aule destinate al culto delle sue leggi...), non si riesce a comprendere perché il giudice che nell'esercizio del potere discrezionale che ha e deve esercitare (perché deve dichiarare quale dei coniugi deve tenere presso di sé i figli o provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione) si rifà a tale fede o opinione del legislatore violi il principio di uguaglianza ». Per LENER, *Differenze religiose tra coniugi, separazione personale* (*o divorzio*) e *assegnazione dei figli*, in *Il Foro italiano*, 1949, IV, 70, « liberissimo ogni cittadino di professare l'ateismo più perfetto. Liberissimo del pari l'altro fondarsi una famiglia su tale presupposto. Ma conviene pure che egli scelga un coniuge che la pensi o sia disposto a pensarla come lui, e lo sposi con quel rito (civile per esempio) che non importa nessuna promessa di educare i figli in una data religione ». In senso analogo ORESTANO, *Educazione religiosa ed affidamento della prole nella separazione personale dei coniugi*, in *Il Foro italiano*, 1949, IV, 77.

(40) Cfr. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Jus*, 1974, 60. Per la dottrina contraria alle tesi paleoconfessioniste in tema di educazione e affidamento della prole, cfr. per tutti BIGIAVI, *Ateismo e affidamento della prole*, Padova 1951.

(41) Cfr. FUNAIOLI, *L'evoluzione giuridica della famiglia*, Firenze 1951, 50 ss.; GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei e Levi, I Firenze 1950, 304. Cfr. anche nota 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quindi insuscettibile di operatività immediata. E poi viene assoggettata ad una ermeneutica di contenimento. I *rapporti patrimoniali* dovrebbero rispondere ad un modulo egualitario, ma i *rapporti personali* dei coniugi dovrebbero restare soggetti all'esigenza unitaria e gerarchica (42). Con il tempo si fa strada l'opinione per la quale non si dà una pregiudiziale degradazione tra i valori di parità coniugale e di unità della famiglia, trovandosi questi in un rapporto di reciproca complementarietà (43). E ancora, altri affermano che l'eguaglianza delle parti rappresenta la *regola* nella disciplina giuridica mentre il limite alla parità deve costituire un momento eccezionale nella vita familiare (44). La fatica nella piena enucleazione delle innovazioni costituzionali prosegue e porterà i suoi frutti solo nei decenni successivi (45).

Il segno della fatica ermeneutica verso l'innovazione si avverte anche quando si attiva la Corte costituzionale, la cui giurisprudenza riflette inizialmente le resistenze profonde verso un diritto di famiglia moderno. Nel 1961, la sentenza n. 64 avalla la disciplina discriminatoria dell'adulterio sostenendo che l'eguaglianza dei coniugi deve considerarsi *relativa* nel senso che non impedisce al

(42) Cfr. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, cit., 60 ss.

(43) VISMARA, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1956, 265, ss.; PELOSI, *La patria potestà*, Milano 1965, 10 ss.

(44) Cfr. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 140 ss.; MODUGNO, *L'eguaglianza nell'unità della famiglia*, in *Studi in tema di diritto di famiglia*, 1967. Al riguardo, MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 924) critica l'immobilismo legislativo (e, in parte giurisprudenziale) in materia di eguaglianza dei coniugi, e di prevalenza del potere maschile nell'ambito del matrimonio, e osserva che « il vigente codice di diritto privato (...), solo rispetto agli altri codici europei (fatta eccezione della Spagna) mantiene ancora sostanzialmente le norme del codice napoleonico per ognuna delle tre serie di rapporti entro cui si svolge la vita familiare: quelli fra i coniugi, con i figli e i patrimoniali ». Anche in materia di accertamento della paternità, MORTATI segnala che « per questa parte gli obblighi imposti dalla costituzione sono rimasti inadempiuti, avendo il parlamento sabotato le iniziative promosse dall'intento di giungere ad un elevamento della situazione degli illegittimi » (*op. cit.*, 927).

(45) Per la dottrina successiva agli anni '50, cfr. per tutti BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 180 ss.; MIRABELLI, *Uguaglianza dei coniugi, unità della famiglia e art. 145*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 781 ss.; BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Torino 1971, 44 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislatore di dettare « norme diverse per situazioni diverse », ed « il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi della famiglia » (46). Si dovrà aspettare il 1968 perché la Corte affermi (sempre in materia di adulterio) che « lo Stato non può avallare o, addirittura, consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce essa stessa, in misura rilevante, alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali verso i quali la Carta costituzionale volle indirizzare la nostra società » (47). E soltanto nel 1970 la Corte esalta il principio paritario rovesciando la logica codiciale, affermando che « è proprio l'uguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo », e che l'unità della famiglia si rafforza « nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità » (48). Altre aperture, alternate a notevoli cautele, la Corte propone in tema di riconoscimento dei diritti dei figli naturali, di rapporti patrimoniali, fino a quando nel 1974, con una dichiarazione che denuncia tutta la vetustà del sistema del 1942 ma che costituisce anche un *monito* al Parlamento, afferma che « una radicale riforma del regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi non può che spettare al legislatore » (49).

---

(46) *Corte costituzionale*, 28.XI.1961, in *Foro italiano*, 1961, 1777.

(47) *Corte costituzionale*, 23.V.1968, n. 46, in *Foro italiano*, 1966, I, 994.

(48) *Corte costituzionale*, 13.VII.1970, n. 133, in *Foro italiano* 1970, I, 2047. Per la dottrina che negli anni '60 ha criticato l'eccessiva prudenza della Corte costituzionale nell'intervenire sul diritto di famiglia del1942, cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 926: « non si riesce a comprendere come mai fossero invocabili le esigenze dell'unità familiare nel caso deciso nel quale risultavano insussistenti sia il requisito della famiglia, quale richiesto dall'art. 29 e sia quello dell'unità, in nessuno dei sensi, o materiale o spirituale, in cui essa può essere intesa ». La critica di Mortati è diretta alla sentenza n. 71/1966 (educazione dei figli naturali riconosciuti da entrambi i genitori, non legati da matrimonio e non conviventi). Cfr. anche BIN, per il quale l'evoluzione della Corte costituzionale in materia di diritto di famiglia è da considerarsi « non sempre coerente » (*Per una analisi 'interna' della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo di mantenimento tra coniugi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 536.

(49) *Corte costituzionale*, 26.VI. 1974, n. 187, in *Foro italiano*, 1974, I, 2248.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si è alla vigilia della riforma del diritto di famiglia, ma si è anche molto lontani dagli anni '50.

Si può concludere, sul tornante degli anni '30-'50, che la cultura giuridica sulle tematiche familiari si presenta come una cultura arretrata e sostanzialmente immobile. Ma, se è possibile operare una distinzione, più statica e 'sulla difensiva' è la cultura immediatamente post-costituzionale rispetto a quella del periodo autoritario. Negli anni '30 l'ordinamento presentava una propria (sia pure antimoderna) coerenza, ed a questa si adeguavano con minime sfumature giudici e giuristi. Ma negli anni '50 il tentativo di svuotamento dei principi costituzionali, e di elaborare una compatibilità tra il sistema codiciale e il nuovo orizzonte costituzionale (con alcune cadute, abbiamo visto, di pura arretratezza provinciale) si presenta come un tentativo culturalmente povero, e privo di ogni respiro interdisciplinare e interordinamentale.

Ne è prova il fatto che tutte le tesi (quelle generali, e quelle specifiche sui singoli argomenti) in materia di diritto di famiglia elaborate negli anni '50 devono progressivamente cedere il passo mano a mano che le trasformazioni si impongono, e finiscono con l'evaporare quando si giunge al varo del diritto di famiglia. La riforma del 1975 riflette un'altra cultura, un'altra impostazione nella quale l'ispirazione storicista si amalgama con altre ispirazioni di derivazione pluralistica e (in parte) giusnaturistica.

5. *Il costume sociale e lo scricchiolio di antichi equilibri. La tolleranza indifferente dell'ordinamento.*

La riforma del 1975 ha nella sostanza dato buona prova di sé, sul piano giuridico-sistematico, e su quello più precisamente tecnico. È riuscita a dare (*recte*: a far emergere) ai principi costituzionali una capacità innovativa forte ed equilibrata sui vari versanti del diritto di famiglia. Sul versante della parità coniugale, e su quello della tutela della prole, compresa la prole nata fuori del matrimonio; sul versante dei rapporti patrimoniali e su quello legato alla validità del consenso e al suo esaurimento (nullità, separazione, divorzio, quest'ultimo anticipatore nel 1970 della più generale riforma). Così come nel 1984 il nuovo Concordato con la Chiesa cattolica (e le Intese con culti acattolici stipulate dal 1984 in poi) ha ridotto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notevolmente — ma con qualche serio limite (50) — la contaminazione confessionale dell'istituto matrimoniale. D'altronde, una riforma che non ha avuto bisogno, nell'arco di 25 anni, di profonde revisioni può considerarsi una buona riforma.

Oggi si può dire qualcosa di più, anche se in questa sede ci si deve limitare a brevi considerazioni. E si deve riconoscere che quei principi costituzionali che hanno guidato il legislatore nella elaborazione di un diritto di famiglia moderno ed equilibrato, sembrano sopravanzati per alcuni aspetti da un sommovimento sociale e di costume che fa scricchiolare (e può travolgere) antichi equilibri. Basterà qui ricordare i problemi insorti a seguito delle nuove tecniche di ingegneria genetica, che situano la procreazione, dentro e fuori il matrimonio, dentro e fuori il rapporto di coppia, in un ambito di 'non naturalità'. L'affermazione della *convivenza* come forma stabile (almeno in parte) di relazioni personali e come fondamento di nucleo familiari. E addirittura il diffondersi di forme di relazioni e di convivenza che sfuggono alla regola dell'eterosessualità, e che ambiscono ad un qualche riconoscimento formale (51).

Il diritto è stato appena lambito da queste trasformazioni. La materia delle biotecnologie attende ancora un intervento legislativo dotato di una certa organicità (52). La questione della *famiglia di fatto* è stata sin qui affrontata, soprattutto attraverso gli interventi

(50) Ancora oggi il c.d. *matrimonio concordatario* è affidato, per le cause di nullità, ai tribunali ecclesiastici, sia pure (almeno in linea di diritto) in via non esclusiva. La riforma del Concordato del 1984 non ha avuto il coraggio di recidere del tutto il rapporto instauratosi nel 1929, e di restituire al matrimonio quel carattere di laicità che coincide con la modernità delle relazioni familiari. Sull'argomento, CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1999, 431 ss.

(51) Sul problema della 'pluralità delle famiglie', cfr. DE CUPIS, *Persona e famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1988, II, 1745 ss.; RESCIGNO, *Famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1991, II, 709 ss.; DE LUCA, *La famiglia oggi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, II, 462 ss.

(52) Per l'amplissima bibliografia sulle tematiche richiamate (che comunque esulano dalla trattazione) si rinvia, per il profilo etico-folosofico, a PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino 1966, 264, ss. Per il profilo giuridico si possono vedere *Questioni di bioetica*, a cura di Rodotà, e con la collaborazione di Pelaja e Bonacchi, Bari 1993; DALLA TORRE, *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*, in *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993, 29 ss.; Id., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giurisprudenza (53), per segmenti, in relazione cioè a specifiche situazioni di tutela sociale e di rilevanza, per così dire, contrattuale. Ma è rimasta inevasa la domanda centrale. Se sia possibile regolamentare un rapporto di fatto instaurato da chi in linea di principio ha rifiutato proprio la forma matrimoniale che a quel rapporto dà sostanza e contenuti. O se non sia meglio lasciare alla volontà dei singoli la possibilità di definire contrattualmente le relazioni emergenti della convivenza (54). Sul tema delle coppie non eterosessuali si segnalano sempre più frequentemente provvedimenti di natura sociale che in qualche modo riconoscono (o presuppongono) questa forma di relazionalità (55). Ma anche alcune non isolate prassi

(53) Tipico provvedimento 'sociale' è quello con il quale determinati enti pubblici, come ad es. i Comuni, accettano di inserire nelle graduatorie degli aspiranti a fruire di un alloggio anche le 'coppie di fatto'. A livello di giurisprudenza costituzionale è stato consacrato il principio per il quale in caso di cessazione della convivenza (per morte o per esaurimento della relazione) il convivente che resta nella casa comune ha diritto alla successione nel relativo contratto di locazione (*Corte costituzionale*, 7.IV.1988, n. 404, in *Il Foro italiano*, 1988, I, 2512). Già nel 1982, poi, la Cassazione ha affermato che « la convivenza *more uxorio* — pur non determinando alcun obbligo di coabitazione, né di mantenimento e di assistenza — dà luogo ad uno stato di fatto avente indubbio carattere di stabilità, onde l'immobile ove essa si svolge costituisce l'abitazione duratura dei conviventi » (Sez. III, 27.IV.1982, n. 2628, in *Foro italiano*, 1982, I, 2869). Resta ferma, invece, la inestensibilità delle clausole penalistiche previste per il coniuge e i parenti ai soggetti legati da rapporti di fatto (es., punibilità su querela dei delitti contro il patrimonio, facoltà di astenersi dal testimoniare).

(54) RESCIGNO segnala che « la via del regolamento legislativo » per la famiglia di fatto « è percorsa in esperienze tra loro non assimilabili, attraverso un corpo organico di norme (come accade nel mondo scandinavo), o con episodica (e talora incidentale) considerazione del fatto (così ha reagito all'importanza ed alla dimensione del fenomeno il riformatore sanmarinese del diritto di famiglia) » (*Famiglia*, cit., 710). È stato, peraltro, sollevato « il dubbio di fondo se l'istituzionalizzazione di una famiglia di serie inferiore rappresenti realmente un arricchimento della dignità degli interessati » (QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino 1998, 23). Cfr. anche TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 37.

(55) Anche per queste situazioni si registrano alcuni provvedimenti volti a consentire la partecipazione di coppie non eterosessuali all'assegnazione di alloggi di proprietà pubblica (di norma, proprietà comunale). Si segnalano altresì sponsorizzazioni pubbliche, con conseguente sostegno finanziario (diretto o indiretto) per manifestazioni, iniziative, che ottengono di essere classificate nel novero delle iniziative culturali. Attraverso queste *pieghe* dell'attività amministrativa, il fenomeno sociale interessato può salire progressivamente diversi gradini dell'*accoglienza* (come si usa dire oggi) ordinamentale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendenti a consentire (in sede comunale) una sia pur simbolica formalizzazione del rapporto e del legame di coppia (56).

Si è detto che questa fenomenologia ha sinora soltanto lambito il diritto. Ciò è avvenuto per due concorrenti ragioni che meritano attenzione in conclusione di questa analisi. L'evoluzione del costume è stata talmente tumultuosa (in tutto l'occidente) da aver superato in poco meno di due decenni tutto quanto lo Stato moderno aveva elaborato in materia di matrimonio e di famiglia. Il governo legislativo dei fenomeni sociali deve oggi registrare sul tema delle relazioni personali (sessuali, affettive, familiari) un orizzonte inimmaginabile sino a poco tempo addietro.

Di più. Proprio in quanto fenomeni extragiuridici (*rectius*: fenomeni non regolati giuridicamente), questi, almeno in una prima fase, si presentano e si caratterizzano con una notevole dose di diffidenza verso lo strumento normativo. Alla legge si ricorre o quando si presenta una specifica esigenza, o quando si intende conseguire una legittimazione sociale forte (foss'anche provocatoria). Ma, nel loro insieme, i soggetti impegnati in queste nuove esperienze sono consapevoli di essere fuori della tradizione giuridica consolidata. E intendono rimanervi per mantenere quella *libertà di fatto* che ne ha consentito l'affermarsi e lo svilupparsi (57).

La seconda ragione è più sottile. È lo stesso legislatore ad essere titubante e incerto se procedere ad una disciplina stabile della nuova fenomenologia sociale. Non tanto (e questo sarebbe un atteggiamento lungimirante) per attendere se le nuove esperienze si consolidano e si stabilizzano, o se sono destinate (almeno alcune) ad esaurirsi in un ragionevole spazio di tempo. Quanto perché ogni

---

(56) L'Europarlamento ha approvato nel 1994 un documento con cui si raccomanda alla Commissione di sancire i diritti degli omosessuali nell'Europa dei dodici, riconoscendo loro il diritto 'al matrimonio ed alla adozione per le coppie omosessuali'. Per DE LUCA, *La famiglia oggi*, cit., 469, « il nostro sistema costituzionale non mi sembra consenta — al di fuori di una regolamentazione giuridica di singoli aspetti che possono richiedere una tutela legislativa — una estensione del concetto di vincolo coniugale ad unioni eterosessuali *more uxorio* e, meno che mai, ad unioni omosessuali, nonostante sia stato avanzato persino un progetto di legge in questo senso e nonostante le raccomandazioni recenti dell'Europarlamento ».

(57) Sull'argomento, PROSPERI, *La famiglia 'non fondata sul matrimonio'*, Napoli 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativa stabile richiede delle scelte, ma ogni scelta comporta selezione di valori, e inevitabilmente implica divisioni e contrapposizioni. Procreazione assistita, famiglia di fatto, convivenza non eterosessuale, suscitano e provocano lacerazioni ideologiche e confessionali di speciale rilievo. Di fronte a queste prospettive, la scelta più agevole è quella di non scegliere. E consentire che le diverse situazioni continuino ad evolversi e a svilupparsi (o regrediscano) in quel *mondo dei fatti* che *naturaliter* garantisce tolleranza, flessibilità, adattamento spontaneo. Si giunge così al paradosso del diritto postmoderno. La tolleranza che ha aperto molte possibilità, anche anomale (in termini di tradizione), riproduce se stessa non più elaborando valori (che vuol dire accettare e recepire, ma anche, se del caso, rifiutare) ma semplicemente mantenendo queste possibilità in un ambito di rilevanza (di fatto) irrilevante (formalmente).

Disciplinare la procreazione assistita, e pronunciarsi normativamente su tutte le varianti connesse alle biotecnologie avanzate, vuol dire recepire (sia pure tenuamente e cautamente) una qualche concezione della riproduzione che fuoriesca dai canoni tradizionali (58). Disciplinare la *famiglia di fatto* vuol dire inevitabilmente delineare un rapporto tra la famiglia fondata sul matrimonio (prevista e privilegiata dalla Costituzione) e altre forme di convivenza (non previste costituzionalmente), e rivedere in qualche modo il ruolo dell'istituto matrimoniale (59). Disciplinare la convivenza non

(58) Sull'argomento, DALLA TORRE, *Le frontiere della vita*, cit., 124 ss., 180 ss.

(59) Sul punto, il dibattito si è sviluppato in modo considerevole. Sembra prevalente l'orientamento per il quale la convivenza non matrimoniale va inquadrata tra le formazioni sociali « ove si svolge la personalità » dell'uomo, di cui all'art. 2 della Costituzione. Cfr. MAJELLO, *Stato e comunità familiare*, in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano 1981, 887; BESSONA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., 69. RESCIGNO si spinge a delineare una netta analogia tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia di fatto: « la convivenza realizzata nel *ménage* di fatto, o famiglia di fatto, presenta, nella sostanza, lo stesso contenuto della convivenza originata dal matrimonio: tra i soggetti che vivono come coniugi (*more uxorio*, secondo il corrente modo di esprimersi) si stabiliscono vincoli di fedeltà, coabitazione, assistenza, e di reciproca contribuzione agli oneri patrimoniali; tra genitori e figli procreati fuori del matrimonio, doveri di mantenimento, educazione ed istruzione a carico dei primi, di devozione e rispetto da parte dei figli. Quando la convivenza si allarga ad altri soggetti, solitamente si riproduce, sempre sul piano dei fatti, una serie di aspettative e di rapporti analoga a quella che nella famiglia legittima è imposta, oltre che dalla solidarietà familiare, dalla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eterosessuale comporta, ancor più, intaccare quel nucleo più intimo della concezione cristiana occidentale che ha fatto della eterosessualità il discrimine verso altre forme di società preesistenti (60). I giuristi possono agevolmente tornare con la mente alla concezione romanista della *forma del matrimonio* lasciata alla volontà delle parti, e agli atti sottoscritti *inter amicos* (61) per comprendere il livello di problematica che si dovrebbe affrontare. Si può dire, allora, che la tolleranza senza confini dello Stato postmoderno non riesce (almeno per il momento) a valicare quelle che possono essere considerate le *colonne d'Ercole* della propria secolare concezione del matrimonio e della famiglia (e della procreazione). E non riesce nemmeno a

---

legge » (*Famiglia*, cit. 710). Ma sul punto del rapporto tra famiglia di fatto e famiglia legittima non viene messa in discussione la « preferenza dell'ordinamento per la famiglia legittima » neanche da chi si dichiara favorevole ad una forte estensione della disciplina attuale anche alla famiglia di fatto (Cfr. PROSPERI, *Matrimonio, famiglia e parentela*, in *Rassegna di diritto civile*, 1983, 404). Per alcuni Autori, anzi, sembra vi sia addirittura una preclusione costituzionale ad estendere il concetto di famiglia alle unioni di fatto: « una norma ordinaria che ampliasse il concetto di famiglia o di posizioni giuridiche familiari al di là dei rapporti tra componenti la famiglia legittima in senso stretto, o che concepisse in modo diverso la famiglia, sarebbe irrimediabilmente da qualificarsi incostituzionale » (TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiana*, cit., 80).

(60) Sull'argomento, CANTARELLA, *Secondo natura*, Milano 1995.

(61) Pur disciplinando alcuni aspetti essenziali del vincolo matrimoniale, e soprattutto i suoi effetti (patrimoniali, tra i coniugi, sui figli), lo Stato è rimasto sin dall'antichità estraneo alla *forma* del matrimonio, lasciata alle parti o alle tradizioni familiari. Ancora nell'*Ecloga*, composta da Leone III l'Isaurico tra il 726 e il 741, e valida per un certo periodo anche in Italia, il matrimonio può essere stipulato attraverso una scrittura notarile alla presenza di tre testimoni, oppure con una semplice cerimonia in chiesa, o *inter amicos* (in ciò seguendo la tradizione romana). Inizialmente, quindi, la cerimonia religiosa si afferma come una delle varianti della *scelta* privata lasciata alle parti, ma senza vincoli o obblighi speciali. È la Chiesa d'oriente che preme perché gli sposi celebrino il matrimonio facendolo benedire dal sacerdote, e già nell'893 Leone il filosofo stabilisce come legge civile l'obbligo delle nozze in chiesa. Per la Chiesa romana questa consuetudine è favorita, ma a lungo non è ritenuta obbligatoria sotto pena di peccato: è papa Nicolò I a confermarlo con una lettera dell'866 ai bulgari che lo interpellano in proposito. Più avanti, avrà inizio la grande elaborazione teorica (teologico-giuridica) del matrimonio in sede canonica, soprattutto nelle scuole di Parigi e di Bologna, che proseguirà fino a pervenire alla disciplina tridentina sulla forma della celebrazione, e sulla sua essenzialità ai fini della validità del vincolo. Sull'argomento, BRANDILEONE, *L'intervento dello Stato nella celebrazione del matrimonio prima del Concilio di Trento*, in *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano 1906, 89 ss.; CORTESE, *Il diritto nella storia medioevale*, Roma 1995, I, 290 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ribadirle, o adattarle. Riesce solo ad astenersi dallo scegliere e dal ridefinirsi.

Concludendo, nello specifico della mia analisi, si può rilevare, con qualche ovvietà, che il dibattito, e i suoi contenuti, sviluppatosi nella cultura e nella dottrina giuridica degli anni '30-'50 appare lontano e quasi 'alieno' rispetto alla riforma degli anni '70 e ai problemi insorti con la successiva evoluzione del costume. E si può aggiungere, con minore ovvietà, che gli stessi principi costituzionali del 1948 non potrebbero reggere da soli il peso delle scelte da compiere per ridefinire le questioni cui ho fatto appena cenno, questioni che si presentano già eversive nei confronti della riforma del 1975. Il giurista riesce a far dire alle leggi molte cose, a volte quasi tutto e il contrario di tutto. Ma quando mancano financo le parole per descrivere nuove situazioni sociali, la legge, foss'anco la Costituzione, dev'essere riscritta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI B. FERRI

PATOLOGIE CONTRATTUALI E CIRCOLAZIONE DELLA PROPRIETÀ

1. L'invalidità nel sistema del codice civile del 1942. — 2. Il modello del BGB. — 3. La proprietà e le idee del legislatore del 1942. — 4. Il controllo della circolazione delle ricchezze: l'ideologia « dirigista ». — 5. *Segue*: la disciplina del codice civile. — 6. La funzione sociale della proprietà e del contratto e il « positivismo » di Léon Duguit. — 7. Proprietà e contratto tra codice civile e Costituzione: le riflessioni della dottrina.

1. *L'invalidità nel sistema del codice civile del 1942.*

In un precedente scritto, mi è accaduto di riflettere sulle origini delle novità introdotte dal legislatore 1942 in materia di invalidità del contratto (1).

Ebbi modo, allora, di sottolineare come nel sistema del codice civile del 1865, tutta la materia attualmente ricondotta alla disciplina della invalidità e dell'inefficacia, era affidata a poche e confuse regole: agli artt. 1105-1119 e 1300 e seg. (questi ultimi raccolti sotto il titolo di « Delle azioni di nullità o di rescissione »); ed inoltre, per quel che concerneva il tema della risoluzione dei contratti, referenti normativi era dato rinvenire soprattutto negli artt. 1158, 1165, 1167, 1298.

È noto anche che l'elaborazione di quelli che sarebbero diventati, nel codice civile vigente, gli istituti della nullità, annullabilità, della risoluzione, era, nei fatti, affidata alla dottrina, soprattutto, ma anche alla giurisprudenza che, però, ricorrevano, in mancanza di chiari referenti normativi certi, come avviene nel sistema attuale, ad

(1) Mi riferisco al mio scritto *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, ora in G. B. Ferri - C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, pp. 107 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una varietà di espressioni non omogenee e di terminologie non uniformi.

Consapevole di questa situazione, la dottrina aveva, in proposito, più volte sottolineato « la varietà e l'incertezza del linguaggio che si riscontra nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza » (2), le quali finivano per ricondurre alla comune etichetta di « *inefficacia* », le ipotesi più disparate, ben consapevoli, tuttavia, che, quello dell'*inefficacia*, « è un concetto generale che ha bisogno di essere determinato nelle varie specie. Ora all'esatta determinazione di queste occorrono de' termini precisi e rispondenti alla loro natura: ma purtroppo tanto nella scienza che nella legislazione il linguaggio adoperato non è preciso né costante, cosicché accade alcune volte che due diverse specie d'inefficacia sono chiamate con unico nome, e molte altre una specie particolare è designata con nome che essendo generale abbraccia anche altre specie. Tale confusione di parole genera confusione d'idee, perché così vengono ad estendersi i principî propri di una ad altra specie diversa, e quindi ne provengono anche effetti pratici dannosi » (3).

L'esigenza di mettere ordine a siffatta caotica situazione, nella quale, dunque, per ipotesi analoghe quando non identiche, si ricorreva, indistintamente alla confusa terminologia « di *nullità*, di *inesistenza giuridica*, di *inefficacia*, di *invalidità*, di *impugnabilità*, di *annullabilità*, di una nullità *assoluta* o *radicale* e di una *relativa* e così via » (4), fu particolarmente sentita dal legislatore del 1942, che pose mano alla riforma della materia, elaborando, in maniera articolata e sostanzialmente compiuta, anche taluni spunti contenuti del progetto italo-francese di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti del 1927, nel quale, pur propendendo ancora verso una sistemazione esemplata sull'esperienza del Code Napoléon, è possibile rinvenire talune (non tutte) delle radici dell'attuale sistema delle invalidità (5).

---

(2) L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici*), ora in *Scritti minori*, Napoli 1986, p. 269.

(3) N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano 1910, p. 313.

(4) Così, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, 1939, pp. 288-289.

(5) In proposito, cfr. nostro *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., pp. 115-119. Mi riferisco, in particolare, al fatto che il Progetto italo-francese, negli artt. 10 e 11, stabiliva, da un lato (art. 10) « Le condizioni necessarie per l'esistenza del contratto sono:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sottolineammo, nelle nostre precedenti riflessioni, che la sistemazione della disciplina dell'invalidità, scelta dal legislatore italiano del 1942, si ispirò soprattutto al modello adottato dal legislatore tedesco nel BGB, che si articolava nei due istituti della nullità e dell'annullabilità (6).

Nel BGB si trova, insomma, già chiaramente disegnato, nelle sue linee fondamentali, l'assetto che il legislatore italiano del 1942 avrebbe conferito alla materia dell'invalidità (7).

Per il legislatore tedesco, centrale appare il ruolo chiamato a svolgere dalla volontà nella costruzione del negozio giuridico il quale esprime una *regolamentazione* di interessi, che si *oggettivizza* attraverso una dichiarazione di volontà o un comportamento volontario, posti in essere da uno o più *soggetti*. Sulla scorta di tale definizione, le patologie (nella forma della nullità ed impugnabilità-annullabilità)

1° il consenso delle parti; 2° un oggetto che possa essere materia di contratto; 3° una causa lecita »; dall'altro (art. 11) che « il contratto può essere annullato: 1° per incapacità legale delle parti o di una di esse; 2° per vizi del consenso ».

Alle soluzioni adottate dal Progetto italo-francese, negli artt. 10 e 11, si collega il citato art. 22 (sempre dello stesso progetto), che collocava l'approfittamento dello stato di bisogno tra i vizi della volontà.

Il citato art. 22 disponeva, infatti, che « Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto o alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni.

L'azione di annullamento dev'essere intentata entro l'anno dalla conclusione del contratto. Essa può essere evitata mediante l'offerta che faccia l'altra parte di pagare un supplemento che sia riconosciuto sufficiente dal giudice.

Restano in vigore le disposizioni speciali relative alla lesione in determinati contratti ».

(6) Cfr., sempre nostro *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., pp. 108 ss.

(7) In questo ordine di idee, si è *tendenzialmente* mosso anche il legislatore italiano del 1942, in sede di riforma del codice civile; dico « *tendenzialmente* » perché, ad esempio, gli art. 427 e 428 c.c. stabiliscono, rispettivamente, l'*annullabilità* sia del negozio posto in essere dagli interdetti e dagli incapaci (art. 427 c.c.) sia di quello posto in essere « da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere » (art. 428 c.c.), mentre il sistema del BGB sancisce la *nullità*, del negozio giuridico posto in essere sia da chi è *non transitoriamente* incapace (par. 104, n. 2), sia da chi, invece, è *soltanto transitoriamente* incapace (par. 105, 2° comma).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assumevano rilievo in due direzioni: quella attinente alla *regola* e quella attinente, per così dire, alla « condizione » in cui può trovarsi il *soggetto* che a tale regola abbia dato vita.

Le patologie destinate ad incidere sulla *regola* (illiceità, immoralità, mancanza di forma e assoluta mancanza della volontà che necessariamente è destinata ad incidere sulla stessa esistenza della regola) conducono alla nullità del negozio; quelle invece che attengono alla « condizione » in cui può trovarsi il soggetto e che, più precisamente, incidono sulla piena libertà e sulla piena consapevolezza del suo volere (errore vizio, errore ostativo, dolo e violenza morale) comportano l'impugnabilità-annullabilità.

Per altro, nel sistema del BGB, siffatta prospettiva non viene contraddetta dal fatto che il negozio giuridico, posto da chi sia, anche se transitoriamente, incapace, venga sanzionato (par. 105) nella forma più grave della nullità. In queste ipotesi sembrerebbe aver rilievo la « condizione » (d'incapace) del soggetto, che ha posto in essere la regola negoziale, più che la regola stessa.

Non è così, perché la mancanza di capacità che emerge nelle ipotesi considerate nel par. 105 del BGB è destinata a rilevare, in quanto sintomo di *mancanza di volontà*, non quale « condizione » del soggetto autore del negozio giuridico, ma sulla rilevanza giuridica della regola stessa; ciò che ne determina, fin dall'origine, la sua *inefficacia*.

Con quanto andiamo dicendo, vogliamo sottolineare che, nel sistema del BGB, proprio in coerenza con il ruolo centrale che la volontà è destinata a svolgere nella disciplina del negozio giuridico, diversamente da quanto accade nel sistema del codice civile italiano del 1942 con riguardo alle ipotesi di incapacità, non è tanto siffatta « condizione » in cui versi l'autore del negozio giuridico, in sé considerata, a giustificare la sanzione della nullità e, conseguentemente, l'*originaria inefficacia* della *regola*; « ma sono i riflessi (in termini di inesistenza) che, sulla regola stessa, derivano da tale " condizione " d'incapacità e cioè la *mancanza di volontà*.

Sembra così trovare conferma l'idea che per il legislatore tedesco la nullità costituisca una sanzione che sempre finisca per attenere alla *regola* e non alla *condizione* del soggetto. Nel sistema del BGB, sembra prendere corpo, con riguardo al fenomeno dell'incapacità,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'equazione per cui se *manca* la *volontà*, *manca* la *regola* (8); e cioè la regola non si è "giuridicamente" formata. Da questo deriva la sua nullità e con la nullità la sua inefficacia originaria » (9).

Il fatto che, nel sistema del BGB, la mancanza cioè della volontà costituisca il segno (più che un sintomo) della mancanza della regola, giustifica la *sanzione* della nullità (nei termini di una originaria inefficacia), della dichiarazione non seria (par. 118) e nella stessa ipotesi della simulazione (par. 117); ricostruibile, quest'ultima, sempre nel sistema del BGB, come dichiarazione soltanto apparente (*Scheingeschäft*) ma non realmente voluta e quindi non rilevante, dal punto di vista giuridico, e, per questo, conseguentemente non produttiva di effetti (10).

Del resto, la stessa nullità sanzionata, nel caso in cui la regola stessa non si sia *manifestata* nelle forme prescritte dalla legge (par. 125 BGB), si giustifica per l'insufficiente grado della sua *evidenza giuridica*; cosa che, appunto, ne determina, con la nullità, l'inefficacia.

---

(8) Anche nel sistema del codice italiano, la mancanza di volontà determina la nullità del negozio. Ciò non accade, tuttavia, con riguardo, come è noto, al fenomeno della incapacità (inteso in tutte le sue possibili, varie manifestazioni), ma in caso di violenza fisica, in cui la volontà è esclusa (così, per tutti F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1989, p. 150 ed E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli, *Trattato di dir. civ. it.*, Torino 1950, p. 165). Prospettiva, questa, che, del resto, è puntualmente sottolineata dalla Relaz. cod. civ. (n. 653) che, dunque, colloca la violenza fisica « nell'orbita della mancanza di volontà ». Anche, se nel concreto, non appare semplice distinguere la coercizione che compromette, ma non fa venir meno la volontà (la cd. violenza morale), dalla ipotesi, appunto, della cd. violenza fisica o assoluta (a nostro giudizio, in verità piuttosto astratta e teorica) « in cui venga soppressa del tutto, per una irresistibile coercizione materiale, la libera scelta del contraente » (così, R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, *Trattato di dir. civ.*, Milano 1980, p. 34).

(9) Così, nostro *Appunti sull'invalidità del contratto* cit., pp. 110-111.

(10) Pur con diverse sfumature e, forse qualche reticenza, la dottrina tedesca sembra sostanzialmente, orientata, per le varie ipotesi riconducibili ai par. 105, 117 e 118 BGB, nel senso di *Fehlen des Willens* e di *Nichtigkeit wegen Willensmängeln*. Sul punto, ad esempio, cfr. A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, München und Leipzig 1914, pp. 550 ss.; ma anche K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1983, pp. 351 ss.; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 1985, il quale da un lato definisce la capacità negoziale come capacità « zu vernünftiger Willensbildung » (p. 193), dall'altro, a proposito, del par. 117, sottolinea come « die Nichtgeltung wird zum Geschäftsinhalt » (p. 212).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Avemmo modo di sottolineare come una diversa ricostruzione è, invece, possibile proporre anche con riguardo al par. 138, 2° comma.

Infatti, « in questo caso l'abuso del bisogno, dell'inesperienza, della leggerezza altrui rende nullo il negozio giuridico; ciò, tuttavia, non accade sempre, ma soltanto quando chi abbia abusato, abbia ottenuto vantaggi patrimoniali *sproporzionati* (11) alla sua prestazione. Consideriamo che il 1° comma del par. 138 afferma la nullità dei negozi contrari ai *guten Sitten*. Nell'ipotesi del 2° comma del par. 138, a determinare la nullità del negozio non sembra tanto la limitata libertà del volere di colui che subisce l'abuso (e, dunque, come accade nei casi precedenti, quando per la *mancanza* di *volontà*, manca « giuridicamente » la *regola*), quanto l'intrinseca *immoralità* (e, dunque, *illiceità*) dello *sproporzionato* approfittamento » (12), perseguito attraverso il contratto. E del resto, che ad essere sanzionata nel 2° comma del par. 138 BGB, sia proprio l'*illiceità* della *regola* che il contratto esprime, lo dimostra, con chiarezza, la collocazione della norma, nell'ambito del par. 138, a ridosso del principio sancito nel 1° comma (13); cosa, questa, opportunamente notata dal

(11) Dal che si dovrebbe dedurre come, per il legislatore tedesco, un *non sproporzionato* approfittamento, pur in caso di abuso, non renderebbe il negozio giuridico nullo (*ex* § 138, 2° comma); un poícome, del resto, accade nel nostro sistema con l'azione generale di rescissione disciplinata dall'art. 1448 c.c., per cui « l'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto » (art. 1448, 2° comma, c.c.).

(12) Così, nostro *Appunti sull'invalidità del contratto* cit., p. 111.

(13) Nel commentare il par. 138, è stato notato come « la lésion visée par l'art. 138 n'est pas une lésion supposée suffisante pour vicier le consentement; ou, du moins, c'est un point que le juge n'a pas à rechercher. C'est une lésion suffisamment apparente, et obtenue dans les circonstances telles qu'elle choque les bonnes moeurs, alors même que l'exploitation qui l'a produite n'eût pas été de nature à vicier la volonté » (così, R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté - Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris 1929, p. 297). Sul punto, cfr., D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit. pp. 244-246 e W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Das Rechtsgeschäft*, II, Berlin-Heidelberg-New York 1979, pp. 363 ss. Sulla definizione e sull'applicazione del concetto di *gute Sitten*, cfr. K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg 1960, pp. 3-21 (in particolare).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislatore italo-francese, nel commento all'art. 22 del Progetto di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti del 1927 (14).

Le scelte effettuate dal legislatore italiano del 1942, con riguardo alle patologie del negozio giuridico, pur con alcune differenze, tendono a riprodurre, come si è detto, sostanzialmente, quelle del legislatore tedesco.

Infatti anche il legislatore italiano del 1942 ha distinto tra patologie negoziali che attengono alla « *condizione* » del soggetto e quelle che, invece, attengono alla *regola* che, del negozio giuridico, costituisce il *contenuto*; e, tuttavia, la scelta italiana appare diversa soprattutto con riguardo alle soluzioni contenute nei par. 105, n. 2 e 138, 2º comma.

Anche nel sistema del vigente codice civile italiano, la *nullità* riguarda sempre il negozio inteso come *regola*; ciò spiega sia la nullità dei negozi illeciti, immorali, sia la nullità che consegua ad una violenza assoluta (in cui manca la volontà) o alla mancanza di uno degli altri elementi essenziali (15). In questo caso, potremmo ripetere

(14) In sede di commento a questo articolo, la Relazione che accompagnava il Progetto italo-francese, ebbe modo, non a caso, di chiarire (par. 7) come « sotto lo stesso paragrafo dei vizi del consenso e nell'ultimo articolo di esso (art. 22) si è fatta però una profonda innovazione, dando ospitalità nel nuovo codice ad una azione generale di lesione nei contratti, quando per la sproporzione fra le obbligazioni assunte dall'uno dei contraenti e il vantaggio che egli ritrae dal contratto, sia da presumere che il consenso di lui non sia stato sufficientemente libero. Si è voluto con questa disposizione colpire specialmente l'*usura* nelle sue forme più varie; e perciò si è preferita una tal formula, che ha già un precedente nel codice civile italiano per la Colonia Eritrea (art. 1103), rinunziando sia alla riproduzione di disposizioni relative al tasso massimo degli interessi, troppo limitate nel campo di applicazione e facilmente frodabili, sia del § 138 del cod. civ. germanico, al quale non si può negare che la proposta disposizione si avvicina, ma dal quale però si distacca sia perché il codice germanico configura il fatto dell'abuso del bisogno, o dell'inesperienza o della leggerezza di un contraente, da parte dell'altro, mentre nel nostro testo la cosa viene considerata sotto il profilo della non libertà di consenso della vittima, sia perché (ed è ciò che costituisce la differenza più notabile) mentre il cod. germ. annulla senz'altro il contratto come illecito, il nostro articolo dà facoltà al giudice sia di annullarlo, sia di correggerne il vizio riducendo l'entità delle obbligazioni lesive ».

(15) E per chi, nel fenomeno della simulazione, interpreta, la formula, per cui « il contratto simulato non produce effetto tra le parti » (art. 1414, 1º comma c.c.) come sinonimo di nullità, la giustificazione di questa scelta non può che fondarsi sulla considerazione dell'assenza di volontà in questo negozio. Possono così spiegarsi le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le considerazioni sopra proposte; e cioè che la totale mancanza della volontà (in caso di violenza assoluta) o l'assenza dalla regola di un elemento essenziale finiscono per incidere e, dunque, toccare la stessa « esistenza » della regola che il negozio esprime.

Mentre le *patologie*, che attengono alla « condizione » del soggetto, si risolvono sempre sul piano dell'annullabilità. Ciò accade sia che si tratti di vizi della volontà, sia che si tratti di incapacità (cfr. artt. 427, 428, 1425 c.c.).

Di fronte a siffatto tipo di scelte che il legislatore italiano del 1942 ha fatto proprie, mutuandole dal legislatore tedesco del 1900, sia consentito esprimere la sensazione che, in entrambe le esperienze, la *sanzione* della nullità sia, a ben vedere, posta tendenzialmente a salvaguardia dei *princìpi* e dei *valori* su cui si fondano l'ordinamento giuridico statuale e la società che in esso si esprime; come è evidente, per quel che riguarda i negozi illeciti o immorali, ma che non è meno evidente anche nel caso di nullità derivante dall'assenza, nella struttura del negozio, di quegli elementi che l'ordinamento statuale considera fondamentali, perché una regola privata abbia quella necessaria *evidenza strutturale* che gli consenta di produrre effetti, sul piano del sistema dell'ordinamento statuale.

Attraverso, invece, la *sanzione* dell'annullabilità, vengono evidenziati (e, conseguentemente, si dà la possibilità di colpire) gli squilibri che si siano determinati tra gli interessi dei privati, negozialmente regolati; squilibri derivanti dal fatto che la regola negoziale, a seguito di un vizio o di una condizione di incapacità di uno dei contraenti, non è stata, in concreto, espressione di una volontà in grado di assumere valutazioni e decisioni pienamente consapevoli ed autonome.

In questo senso, la tutela offerta dall'annullabilità, appare di

---

ricostruzioni (anche a livello manualistico) della dottrina prevalente per cui, con la sanzione della nullità, il legislatore del 1942 non abbia voluto conferire rilevanza giuridica ad un negozio (quello simulato) fittiziamente o apparentemente voluto e che, in quanto tale voluto, dunque, non è. Sul punto cfr., per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1989, pp. 151 ss., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1997, p. 145 (in particolare). In questo senso anche P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1984, pp. 340-342, il quale sottolinea come la nullità del negozio simulato e, dunque, la sua incapacità a produrre effetti sin dall'origine risalga « alla fase della formazione del consenso » (ID., *Manuale* cit., p. 341).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipo *più* squisitamente *privatistico* e *patrimonialistico*; ciò consente anche spiegare sia l'immediata efficacia della regola negoziale, sia la possibilità, da parte dell'interessato (o da chi lo rappresenta), di utilizzare, o meno, la stessa tutela offerta dall'ordinamento statuale.

Del tutto autonoma, come si è detto, è stata la scelta del legislatore del 1942 di disciplinare l'approfittamento dello stato di bisogno con l'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) (16).

2. *Il modello del BGB.*

La scelta del modello tedesco, in materia di invalidità del contratto, non fu compiuta dal legislatore italiano, in sede di riforma

(16) Infatti, il legislatore del 1942 non ha ricostruito tale ipotesi (come pure sembra essere stato tentato di fare, suggestionato dalla scelta del legislatore tedesco), in chiave di immoralità della regola negoziale (par. 138 BGB) e, dunque, di nullità di questa; né, alla fine, ha scelto di costruire l'ipotesi di abuso come una sorta di quarto vizio della volontà, come pure aveva sostanzialmente fatto, nell'art. 22 del Progetto italo-francese di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti; Progetto che poi nella sua quasi totale integrità confluì nel progetto del libro delle obbligazioni del 1936, da cui mancano, rispetto all'articolato del Progetto italo-francese, soltanto le dieci norme riguardanti il contratto di lavoro.

Vale la pena ricordare che anche il previgente sistema di codice civile conosceva, come è noto, una azione di rescissione per lesione, legata all'idea di una lesione sproporzionata (art. 1308); essa era, tuttavia, diversa, quanto a contenuti, da quella disciplinata, nel sistema attuale, appunto, dall'art. 1448 c.c. ed era anche diversa, quanto a presupposti e disciplina, dalle azioni tendenti a far valere, nel sistema di codice civile del 1865, l'invalidità; ad esempio, non potevano essere applicate all'azione « di rescissione per causa di lesione » (art. 1309, ult. comma) le disposizioni dettate, nello stesso art. 1309, con riguardo alla conferma, ratifica, esecuzione volontaria dell'obbligazione contro la quale la legge ammetteva l'azione di nullità (cfr., sul punto, per tutti, R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile* cit., III, pp. 232-235 e G. Pacchioni, *Diritto civile italiano - Dei contratti in generale*, II, 2, Padova 1939, p. 196). L'azione di rescissione (*ex* art. 1308 cod. civ. 1865) trovava sostanzialmente applicazione in tema di vendita e di divisione ereditaria. In tema di vendita, soltanto a favore del venditore e non del compratore (art. 1536), quando il venditore veniva « leso oltre la metà nel giusto prezzo di un immobile » (art. 1529). In tema di divisione ereditaria, essa trovava applicazione, sia nell'ipotesi di violenza e di dolo (1° comma, art. 1038), sia, appunto, nel caso (come è sancito nel vigente 1° comma, art. 763 c.c.) della lesione oltre il quarto (2° comma, art. 1038).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei codici, soltanto in base alla considerazione della evidente razionalità che lo ispirava.

Certamente, queste sue caratteristiche di razionalità dovettero apparire al legislatore italiano del 1942 come modelli oggettivamente i più idonei all'esigenza di dare una efficace organizzazione ad una materia che, come si è visto, appariva, nel sistema di codice civile del 1865, molto confusa.

In materia di invalidità del contratto, infatti, la scelta del legislatore italiano a favore al modello tedesco derivò anche da un situazione culturale, specifica dell'esperienza italiana, nella quale, pur nel vigore di un modello di codice civile esemplato dal modello francese (di cui, anzi, non soltanto si limitava a ricalcare l'impianto ma di cui finiva anzi per costituire una spesso quasi testuale traduzione), da tempo l'attenzione della dottrina si andava orientando verso la cultura della pandettistica e di quelle che intorno e dopo questa fiorirono.

Vogliamo con ciò dire che (con tutte le approssimazioni che questo tipo di datazione comporta), soprattutto a partire dalla fine del secolo scorso, l'impianto dogmatico-sistematico, che caratterizzava le predette tendenze del pensiero tedesco, esercitò una forte attrazione sulla civilistica italiano.

Infatti, grazie agli studiosi del diritto romano, la dottrina civilistica italiana sempre più si trovava a « pensare » in tedesco e, in siffatta prospettiva, a *leggere* un codice civile d'origine francese, di cui cominciava a percepire non poche inadeguatezze.

Proprio in questo senso, Filippo Vassalli, nella sua prolusione romana del 1930, ricorda come « Dacché gli studi giuridici italiani si orientarono per un indirizzo indipendente dalla scuola francese dell'esegesi e sentirono l'influenza dei risorti studi del diritto romano e si arricchirono della conoscenza della produzione scientifica tedesca ebbe anche essa rapidamente ad abbeverarsi alle fonti nuove: essa attinge largamente dalla dottrina e parole e categorie concettuali e strumenti di indagine e di interpretazione. Si può ben dire che gran parte dei mezzi logici (non dei giuridici in senso stretto), coi quali opera la giurisprudenza, non siano quelli stessi del codice (negozio giuridico, inesistenza, simulazione, arricchimento senza causa, sopravvenienza, azione di dolo, fatto giuridico, persona giuridica). E la cosa è tanto più notevole, in quanto la dottrina civilistica italiana (è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certo una colpa, ma forse una felice colpa) non si è formata, per la sua massima parte, sul testo del codice nostro, né dell'archetipo suo, il codice francese! » (17).

A quel filone del positivismo giuridico legato alla tradizione della grande scuola esegetica, fiorita intorno alla codificazione francese, rimasero legati soltanto taluni (e, in verità, sempre meno numerosi) autorevoli studiosi del diritto civile che tuttavia non giunsero mai agli eccessi attribuiti al giurista d'oltralpe Bugnet, noto, alla metà del secolo scorso, per aver curato una ristampa delle opere di Pothier, ma noto soprattutto perché sembra amasse ripetere: « Je ne connais pas le *droit civil*, je n'enseigne que le code Napoléon » (18); essi, piuttosto, sembrarono condividere le più attenuate posizioni di Charles Demolombe, il quale nella prefazione al suo imponente commentario, in trentuno volumi, *Cours de Code Napoléon* (1841-1879), scriveva: « *Ma devise, ma profession de foi est aussi: le textes avant tout! je publie un cours de Code Napoléon, j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer la Code Napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire*, *et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi* » (19).

L'influenza del BGB sulle scelte del legislatore italiano del 1942, in materia di invalidità, consentono qualche ulteriore riflessione.

Il BGB fu, come è noto, un codice d'impianto sostanzialmente liberale; esso, per altro, non fu « das Programm einer politischen und weltanschaulichen Richtung, sondern ein Ausgleichsversuch zwischen drei Wertsystemen, die sich in der deutschen Sozialgeschichte des 19. Jhs. selbst nicht hatten verschmelzen können. Zwar überwiegt das Rechtsbild des Liberalismus; aber daneben bewahrt es autoritäre und konservative Züge; in wenigen Fällen gibt er der sozialen Forderung der Zukunft Raum » (20).

Ed inoltre, nel BGB « Uneinheitlich ist die Herkunft der sozia-

(17) F. Vassalli, *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, II, Milano 1960, p. 406.

(18) La citazione è in F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris 1919, p. 30.

(19) La citazione è in Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris 1996, p. 188.

(20) Così, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, p. 289.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

len Elemente. Sie entspringen teilweise der Sorge des klassischen Liberalismus selbst um die Sauberkeit der Spielregeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs » (21).

Insomma, l'idea dell'uomo che sta alla base del BGB riflette sostanzialmente quella tipica dei modelli della borghesia proprietaria; e cioè l'idea non « del piccolo artigiano o dell'operaio, ma piuttosto quella del ricco imprenditore, del proprietario terriero, del funzionario, quindi dell'uomo da cui si poteva pretendere di essere sufficientemente assennato ed esperto negli affari e quindi capace di muoversi razionalmente nell'ambito della propria libertà contrattuale » (22).

Il sistema delle invalidità disegnato dal legislatore tedesco nel BGB, ed in particolare quello della nullità, appare perfettamente funzionale ed adeguato alla definizione dei poteri del proprietario espressa nel par. 903 del BGB e, dunque, alla concezione e al contenuto della proprietà che questi poteri delineano.

L'ampiezza del contenuto del diritto di proprietà desumibile dal dettato del par. 903 del BGB, appare non dissimile (per la possibilità che, sia pure nei limiti derivanti dalla legge o dai diritti dei terzi, il proprietario ha di disporre, « nach Belieben » dei propri beni) da quella delineata dagli artt. 544 code Napoléon e 436 cod. civ. 1865 e da questi consegnata all'idea dell'assolutezza, risultante nella formula « de la manière la plus absolue » del code Napoléon e ripresa dal legislatore italiano del 1865.

Intendiamo con ciò sottolineare come, nelle esperienze di codice, risulta confermato quel legame tra disciplina della proprietà e quella dell'autonomia privata, considerata nelle presenti riflessioni nella prospettiva delle patologie del contratto e segnatamente, come si diceva, quella della nullità.

Quest'ultima, infatti, sanzionando l'originaria ed insanabile inefficacia dei negozi illeciti, di quelli immorali o di quelli *strutturalmente incompiuti*, con riguardo agli elementi che l'ordinamento statuale considera essenziali, finisce per assumere il ruolo di salvaguardia dei *princìpi* e dei *valori*, su cui l'ordinamento giuridico

(21) ID., op. cit., *loco* cit.

(22) Così K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. a cura A. di Majo e A. Gambaro), I, Milano 1992, p. 178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statuale stesso poggia il suo intero sistema, e i quali individuano anche quelle fondamentali regole del gioco, al cui rispetto l'ordinamento statuale stesso subordina la tutela degli interessi negoziali privati.

Del resto, « il civilista sa ch'è sul riconoscimento della proprietà individuale che poggia — immediatamente o mediatamente — tutta al disciplina dell'attività economica dei nostri ordinamenti sociali » (23); sa che se « il diritto delle obbligazioni, che comprende tutta la disciplina degli scambi, così di cose come di servizi, si riporta alla proprietà » (24) e che a quest'ultima si riportano anche molti aspetti dell'istituto matrimoniale, del diritto della famiglia e che il diritto delle successioni è « un accessorio del diritto di proprietà » (25).

E, soprattutto, ed è ciò che qui interessa, il civilista ben sa che le modalità per acquistare la proprietà, non meno che le facoltà del proprietario di godere e disporre del bene, di cui è titolare, si realizzano principalmente attraverso i negozi ed i contratti, in particolare; e sa, dunque, che « la libertà contrattuale è, sotto questo aspetto, una proiezione del diritto di proprietà » (26).

In questo senso, proprio perché l'autonomia dei privati è, proiezione del diritto di proprietà, la disciplina, soprattutto della nullità del contratto, nel quadro delle invalidità, per la funzione di salvaguardia dei valori portanti del sistema dell'ordinamento giuridico, di cui sopra s'è detto, non può essere che funzionale ed organica con quella della proprietà. Ciò spiega come ad una idea *borghese* di proprietà potessero essere funzionali i modelli dell'invalidità, sostanzialmente disarmonici e caotici, propri del code Napoléon e del nostro codice civile del 1865. A ben vedere si tratta di codici del *citoyen*; del cittadino commerciante, proprietario terriero e immobiliare, cui servono soluzioni improntate a pragmatico realismo, non eleganti e raffinate costruzioni concettuali.

La tutela e i limiti per l'esercizio delle facoltà (per altro, assolute) del proprietario e, conseguentemente, la stessa disciplina

(23) Così, F. Vassalli, *Aspetti della crisi attuale del diritto di proprietà*, ora in *Studi giuridici* cit., III, 2, p. 779.

(24) Id., op. cit., *loco* cit.

(25) Id., op. cit., p. 780.

(26) Id., op. cit., p. 786.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del contratto non si realizzano in istituti particolarmente elaborati, ma sono affidati a soluzioni semplici, comprensibili, pur se letterariamente elegante è lo stile in cui legislatore li esprime. Insomma, sembra essere accettato il fatto che tutela e limiti posti dall'ordinamento statuale, se espressi con la semplicità e comprensibilità, possano anche avere la spontaneità e la immediatezza non rigorosa della pratica, della realtà dei traffici ed el commercio.

Che il codice, in materia di invalidità, risulti impreciso, che dottrina e giurisprudenza parlino, per situazioni sostanzialmente analoghe, di volta in volta, di *nullità*, di *inesistenza giuridica*, di *inefficacia*, di *invalidità*, di *impugnabilità*, di *annullabilità*, di una nullità *assoluta* o *radicale* e di una *relativa* e così via, in chiave di realismo borghese, sembra poco interessare ad una società in cui l'istituto della proprietà sembra essere l'asse portante dell'intera vita economica; ciò perché, a ben vedere, i risultati, ai fini della circolazione dei beni e delle ricchezze, sembrano dover, in concreto, cambiare di poco.

Il BGB non è un codice « rivolto al cittadino, ma al giurista di professione, e rinuncia deliberatamente alla comune comprensibilità, non ponendo l'erudizione del lettore tra i suoi compiti, sostituendo dappertutto la casuistica concreta con un linguaggio astratto e concettuale » (27). È un codice il quale, pur essendo mutata la realtà economica e sociale, non ne coglie che, in via del tutto marginale, le novità. Esso si pone, dal punto di vista ideologico ed ideale, quale sostanziale continuazione della grande stagione della codificazione francese.

Esso è tuttavia un codice di professori e destinato ai professionisti del diritto. L'idea di razionalità e di ordine, non meno che il linguaggio rigoroso e la struttura armonica che esprimono i caratteri che differenziano il BGB dal code Napoléon e dal codice civile italiano del 1865, sono il portato della elaborazione della « Scuola pandettistica e della sua dottrina altamente raffinata ed astratta » (28).

---

(27) Così K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* cit., I, p. 178.

(28) Così K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., *loco ult.* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Insomma « l'eleganza ed il carattere pregnante del Code civil, la sua brevità epigrammatica, la passione quasi repressa delle sue formulazioni mancano completamente nell'ambito del BGB, che considera invece della massima importanza la precisione, la chiarezza, la compiutezza delle sue disposizioni, rassegnandosi ad accettare uno stile da cancelleria molto difficile, una struttura delle frasi molto complicata, che ricorda le antiche formule gotiche » (29).

E, tuttavia, la scarsa sensibilità del BGB verso tutte le novità che si erano avute alla fine del XIX secolo, nell'organizzazione della società e dell'economia (30), ha fatto sì che le differenze di stile e di struttura, esistenti tra il code Napoléon e il BGB, risultino pur essendo il primo più vecchio di quasi un secolo, del tutto formali ed estrinseche; dal momento che entrambi sembrano alludere a una stessa sostanzialmente immutata realtà sociale ed economica e costituire i rami di una identica pianta ideologica.

Quanto andiamo sottolineando ci consente di proporre una prima riflessione: differenti discipline adottate, per istituti analoghi, da differenti legislatori possono servire una stessa ideologia.

E, ad esaminare le esperienze francese del code Napoléon (e, dunque, anche del vecchio codice civile italiano del 1865) e tedesca del BGB, in tema di disciplina delle invalidità del contratto, si può constatare come stili e razionalità completamente differenti possono servire concezioni ideologiche sostanzialmente non molto dissimili.

Ma se quanto detto è vero, è vero anche il contrario, nel senso che un medesimo stile e una medesima razionalità e, dunque, analoghe discipline possono servire ideologie differenti.

È il caso, come vedremo, del legislatore italiano del 1942 che, in tema di invalidità in generale ed in particolare, per quel che a noi interessa, in tema di nullità, si è ispirato alle idee liberali e borghesi del legislatore tedesco del 1900, pur professando, almeno in teoria, una concezione dello Stato e del diritto, non certo assimilabile alle idee di quest'ultimo.

---

(29) K. Zweigert-H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 179.

(30) K. Zweigert-H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., pp. 177-178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *La proprietà e le idee del legislatore del 1942.*

L'idee e le scelte del legislatore del 1942 appaiono molto diverse da quelle dei legislatori che lo avevano preceduto.

Una diversità appare d'indole, come dire?, eminentemente strutturale. Infatti, già da tempo, infatti, ci si era resi conto che la produttività di taluni beni non era legata soltanto alla loro natura, appunto, produttiva. Il lavoro appare uno strumento indispensabile e determinante nel processo produttivo. In tal modo, « il lavoro, com'è causa costitutrice della proprietà...ne è pure la misura » (31).

Ciò significa che non è soltanto la proprietà nel suo aspetto formale che fa acquistare i frutti, ma è soprattutto il lavoro (32).

Alla considerazione del tradizionale aspetto *giuridico* della titolarità del diritto si affianca quella degli aspetti *economici* dell'istituto che riguardano, appunto, le modalità attraverso cui « si addiviene al risultato produttivo » (33).

Dall'emergere del *momento* del lavoro, all'interno dell'istituto della proprietà, scaturiscono differenti e rilevanti conseguenze che, in materia, guideranno alcune importanti scelte anche (ma non solo) sistematiche del legislatore del 1942.

Innanzitutto si delinea una differenziazione, mai così chiaramente esplicitata tra bene non produttivo e bene produttivo; inoltre la figura del proprietario di un bene produttivo e, dunque, di proprietario-produttore, finirà, come subito vedremo, per avvicinarsi e, in alcuni casi (come appare, in tutta evidenza, nel fenomeno dell'impresa agricola) (34), sovrapporsi, se non confondersi, con quella di imprenditore.

In questa prospettiva, particolarmente significativo e chiarificatore appare, ad esempio, il pensiero di Lorenzo Mossa.

---

(31) Così, E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto*, Torino 1895, p. 190, n. 146.

(32) Così S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (con *riguardo alla proprietà terriera*), ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, p. 263.

(33) Così, C. MAJORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, in *Jus*,II, 1941, p. 82-83 (in particolare).

(34) Sul punto, cfr. miei due scritti *Alla ricerca dell'« imprenditore » agricolo e del tempo perduto a ricercarlo dove non si trovava*, e « *Imprenditore » agricolo* e *accanimento terapeutico*, ora in *Proprietà produttiva e impresa agricola*, Torino 1996, pp. 91 ss. e pp. 153 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'illustre studioso, dopo aver sottolineato come l'impresa « è qualunque attività economica organizzata e durevole nell'interesse personale e generale. La proprietà è il diritto sull'impresa agraria, così come è diritto sull'impresa commerciale » (35), chiarisce che « l'esercizio del diritto di proprietà sul bene a utilità sociale esige costantemente l'esistenza di un'impresa. L'utilità sociale si consegue, necessariamente, con una attività economica organizzata » (36). Ciò nel senso che nella proprietà produttiva è difficile che si verifichi « la completa separazione fisica tra la persona del proprietario e la persona dell'imprenditore » (37); in casi del genere « la separazione fra proprietà e impresa è arrivata agli estremi » (38).

D'altra parte, l'idea di un *proprietario* che, in quanto *produttore*,

---

(35) L. Mossa, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma 1939, p. 267.

Non a caso, anche in tempi recenti, e con riguardo al sistema introdotto dalla Costituzione repubblicana, si affermata questa idea di una tendenziale coincidenza tra proprietà produttiva (collegata all'elemento del lavoro) e impresa. E, infatti « la proprietà produttiva significa elemento statico (proprietà) tramutato in fonte di produzione per l'impulso di una forza specifica, che è (e non può non essere altro che) il lavoro. *Proprietà-lavoro* così diventa un binomio, una sintesi indissolubile » (così S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà* cit., p. 271).

Ed ancora: è stato scritto come « la proprietà privata dei beni produttivi, e specialmente della terra,...riconosciuta e garantita dalla Costituzione, è la proprietà attiva...In tal senso va intesa l'affermazione che la proprietà della terra coincide con l'impresa o, quanto meno, tende a coincidere con l'impresa » (così, F. Santoro-Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura,* ora in *Saggi di diritto civile,* II, Napoli 1961, pp.862-863). Infatti, la proprietà di un bene produttivo « non può non essere attiva, perché la produzione, anche dove è naturale come per la terra, esige l'opera dell'uomo » (Id. *o.c.* p. 863).

(36) L. Mossa, op. cit., p. 270.

(37) W. Cesarini Sforza, *Proprietà e impresa,* in *La concezione fascista* cit. p. 374.

(38) Id., op. cit., *loco* cit. Pochi anni dopo, l'illustre scrittore avrà modo di ribadire e chiarire la sua posizione, respingendo le tesi funzionalizzatrici, in materia di proprietà e sottolineando come « il diritto di proprietà può dunque essere soppresso, ma non *socializzato* o *sprivatizzato* col pretendere che serva a bisogni e interessi collettivi o pubblici: questi bisogni e interessi non sono affar suo. Al quale riguardo bisogna tener per fermo che nessuna alterazione in senso *sociale* quel diritto subisce per effetto dei *limiti* cui è sottoposto, siano di diritto pubblico o di diritto privato, oppure servitù legali » (così W. Cesarini- Sforza, *Proprietà e produzione nell'impresa agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, p. 141). Dunque « non la proprietà è *funzione* e il proprietario è *funzionario*, ma queste qualifiche sono rispettivamente applicabili all'impresa e all'imprenditore... Quel che si può concepire *socialmente*, cioè con riferimento a interessi sociali o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finisca anche per assumere i caratteri e la fisionomia di un *imprenditore*, era stata già esplicitamente affermata da Enrico Finzi, nel Primo Congresso Nazionale di diritto agrario del 1935, il quale aveva sottolineato come « la pressione politica pare, infatti, che agisca nel senso di *indurre i proprietari a farsi od a restare imprenditori, produttori.* La concezione nazionalista della morale del *possesso produttivo* diventa ormai la politica e la disciplina giuridica del dominio....per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il *proprietario*) e quella dinamica ne ha un altro (il *produttore*): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l'una e l'altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario-produttore*... È particolarmente rispetto a questa figura che si può parlare di *proprietà funzione sociale* » (39).

Ma considerata la proprietà in una chiave produttivistico-imprenditoriale, l'ulteriore e logica conseguenza, sul piano delle razionalità, è quella di operare, nell'ambito dei beni produttivi, la distinzione i tra beni che sono rilevanti per la produzione generale (e che, come tali, non coinvolgono e riguardano soltanto l'interesse *privato* del proprietario-produttore) e quelli che non lo sono.

Già nel progetto di riforma del libro della proprietà della Commissione Reale del 1937, toccò a Roberto De Ruggiero commentare l'art. 18, nel quale, *fugacemente* comparve, con riguardo alla definizione di proprietà, il riferimento alla *funzione sociale*, su cui in seguito si soffermerà la Relazione al codice civile del 1942. Scriveva in proposito De Ruggiero che il diritto di proprietà, « pur essendo esclusivo in potenza, deve anch'esso sottostare a quelle limitazioni che derivano dalle necessità della convivenza sociale, ed anzi, quanto più il concetto di solidarietà sociale si sviluppa, tanto maggiori sono le restrizioni e i vinchi a cui, nell'interesse generale e per la utilizzazione sociale della ricchezza, la proprietà va sottoposta. Ogni nuova restrizione imposta alla proprietà per il bene pubblico non

---

pubblici che sfuggono alla valutazione soggettiva o individuale, non è la proprietà, bensì l'impresa » (ID., op. cit., p. 150).

(39) Così, E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione,* in *Atti del Primo Congresso Nazionale di diritto agrario* (Firenze 21-23 ottobre 1935), Firenze 1935, pp. 170 e 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sembra neppure un sacrifizio dell'interessato, ma una rivendicazione del diritto della collettività » (40).

Nel pensiero di De Ruggiero, il significato e la portata della formula *funzione sociale* sembrano, tuttavia, ancora legati alla tradizionale idea di limite *negativo*, per il quale il contenuto della proprietà si sarebbe potuto estendere o restringere; ma nell'ambito di questi più estesi o ristretti confini, non sarebbe venuta meno la natura ancora squisitamente *privata* dell'istituto. In sostanza, non sembra ancora emergere, a carico del proprietario, la necessità di porre in essere, *in positivo*, comportamenti che consentano l'adempimento degli obblighi di cui, secondo la formula del vigente art. 832 c.c., avrebbe dovuto farsi carico.

Una evoluzione singolare, che merita qualche considerazione a parte, è quella che assunse Emilio Betti. In un primo intervento, a commento sempre dell'art. 18 del progetto della Commissione Reale del 1937, l'illustre scrittore notava come a considerare la *funzione sociale,* in esso richiamata, non come *ratio iuris*, ma come *l'estremo d'applicazione* della tutela giuridica, si finirebbe per portare l'istituto fuori dal campo del diritto privato (41). Intesa in questo senso, la funzione sociale non segnerebbe più « un limite esterno alla sfera del diritto, ma un limite interno inerente alla sua intima struttura. La proprietà verrebbe giuridicamente riconosciuta solo in quanto esercitata in conformità della sua funzione sociale: il che implicherebbe che il diritto dovrebbe essere esercitato non nell'interesse individuale del proprietario, ma nell'interesse sociale, o almeno nell'interesse individuale solo quando collimi con l'interesse sociale. Sicché ogni atto di amministrazione e di disposizione potrebbe essere sottoposto a controllo e ravvisato non conforme alla funzione sociale della proprietà... In tal modo non si degraderebbe soltanto ma si sopprimerebbe la proprietà privata. Vuole questo il fascismo? No certamente. Ciò che il fascismo vuole, non è di fare giuridicamente della proprietà un istituto di diritto pubblico, del proprietario un funzionario dello Stato. Vuole soltanto che la proprietà e l'interesse

(40) Così R. De Ruggiero, *Dalla proprietà in Codice civile secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e Relazione*, Roma, p. 17 della Relazione al Progetto.

(41) Così E. Betti, Il *quarto libro nel quadro del progetto del codice civile* in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* Padova 1940, IV, p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privato, di cui è giudice sovrano il singolo finché sia riconosciuta una libertà e un'autonomia privata, cedano sempre quando sia in giuoco un interesse pubblico » (42).

Per altro, secondo Emilio Betti, come movimento post-liberale, il fascismo « presuppone il liberalismo del risorgimento (quindi anche la rivoluzione francese) e ne accoglie certi postulati fondamentali come il riconoscimento della proprietà privata (e della sua trasmissibilità) quale garanzia dell'autonomia privata e della libertà individuale, e il riconoscimento della dignità umana nella sua varia capacità creatrice in ogni ordine e categoria sociale » (43); in questa prospettiva, il fascismo « tiene saldo nell'ordinamento corporativo il principio dell'iniziativa individuale, molla dello sviluppo economico, frenata e inquadrata nelle esigenze della solidarietà sociale » (44).

Una concezione, questa del Betti, a ben vedere sufficientemente non lontana da quella assunta dal De Ruggiero, nella relazione al progetto della Commissione Reale; dunque, tutto sommato, abbastanza moderata, nella quale, per altro, il proprietario resta titolare di un interesse essenzialmente ancora privato e non si trasforma in *funzionario*.

Ma se caliamo, all'interno delle ideologie che al tempo si andavano affermando anche tra gli studiosi, la distinzione (non tanto tra proprietà non produttiva e proprietà produttiva, ma, con riguardo a quest'ultima), tra proprietà produttiva di rilevanza generale e quella che tale rilevanza non abbia, non possiamo meravigliarci dei nuovi assetti che la materia proprietaria avrà nel codice civile.

A circa un anno di distanza, Emilio Betti pubblicava un importante scritto, nel quale, ritornando sul tema della proprietà, esprimeva, evidentemente con riguardo ai beni rilevanti economicamente la produzione nazionale, una opinione sostanzialmente diversa, se non opposta, a quella precedentemente espressa.

Scriveva il Betti che la concezione fascista, delineata nella dichiarazione VII della Carta del Lavoro (di cui riproduce quasi testualmente il contenuto) « considera l'iniziativa privata come lo strumento più efficace e più utile dell'interesse della nazione, ed

(42) ID., op. cit., *loco* cit.
(43) ID., op. cit., p. 47.
(44) ID., op. cit., p. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

afferma che la organizzazione privata della produzione, essendo funzione d'interesse nazionale rende l'imprenditore responsabile della produzione di fronte allo Stato » (45). I riflessi della dichiarazione VII sulla proprietà, fanno sì che nella disciplina dell'istituto « coerente alla concezione fascista, interesse privato e interesse pubblico sono legati da un vincolo indissolubile cui è conferita la massima efficienza. I mezzi tecnici più idonei ad attuare la funzione sociale della proprietà consistono, ora, in limiti e servitù di diritto pubblico che ne circoscrivono o riducono la libera estrinsecazione, ora, invece, in oneri e obblighi che, stimolando l'esercizio del diritto di proprietà con la prospettiva di vantaggi e di sanzioni (massima l'espropriazione), utilizzano l'interesse privato del proprietario come strumento attivo a servizio di un interesse pubblico » (46).

Più in generale la « concezione fascista è portata a ravvisare contenuto, misura e limite del diritto soggettivo dei singoli in un interesse socialmente apprezzabile, e a non riconoscere l'autonomia privata se non in quanto rivolta ad una funzione socialmente utile » (47).

Prospettiva, questa, autorevolmente condivisa da Francesco Ferrara *senior*, per il quale una pagina di cultura sembrò essersi definitivamente chiusa a seguito dell'affermarsi delle concezioni che si andavano diffondendo, in generale, sul ruolo e sui compiti dello Stato e, più in particolare, in materia di proprietà. Con l'idea di proprietà, trasformata in *dovere sociale*, alla concezione per cui « lo Stato aveva la *sovranità*, l'uomo, la *proprietà*: ognuno aveva *un dominio proprio*, e queste sfere erano indipendenti e intangibili » (48), deve subentrare l'idea (conforme, dunque, agli indirizzi ideologici che si andavano affermando), che l'individuo non è più *centro del mondo* (49), che ha al suo servizio tutte le altre istituzioni,

(45) Id., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)* in *Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere,* Vol. LXXIV, Fasc. II, 1940-1941, p. 318.

(46) Id., op. ult. cit., p. 319.

(47) Id., op. cit., *loco ult.* cit.

(48) F. Ferrara senior, *La proprietà come « dovere sociale »*, in *La concezione fascista* cit. p. 281.

(49) Id., op. cit., *loco* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« umili cooperatrici al suo benessere » (50). Lo Stato non ignora più gli individui, *estraniandosi* dai loro interessi; ma come espressione della « stessa società giuridicamente organizzata » (51) coinvolge, nella grande organizzazione che rappresenta, gli individui che, di questa, altro non sono che « cellule » (52).

E così, il diritto di proprietà, *pur degno del massimo rispetto* (53), non può più essere « semplicemente *un valore morto suscettibile di solo godimento, da parte di chi l'ha,* ma una *fonte sempre viva e perenne* d'ulteriore produzione, e perciò deve perpetuare questa sua destinazione nell'interesse di tutti » (54).

Di questa linea ideologica che sarà seguita dal legislatore del 1942, nel riformare il codice civile, la Relazione al codice civile offre una efficace e chiara sintesi.

In essa troviamo affermato il principio per cui l'ordinamento dello Stato, che riscopre le antiche corporazioni, « è dominato dal concetto dell'« unità morale, politica ed economica » della Nazione « che si realizza integralmente nello Stato ». Tutte le organizzazioni sono nello Stato e sono elementi dello Stato. Questo ordinamento corporativo non è pensabile fuori dello Stato e tanto meno contro di esso » (così, Relaz. cod. civ., n. 6).

Quanto riferito rispecchia fedelmente le *gentiliane* parole delle stesso Mussolini, per il quale lo stato « è assoluto...individui e gruppi sono *pensabili* in quanto siano nello stato. Lo stato liberale non dirige il giuoco e lo sviluppo materiale e spirituale della collettività, ma si limita a registre i risultati; lo stato fascista ha una sua consapevolezza, una sua volontà; per questo si chiama *etico* » (55) e « rappresenta la coscienza immanente della nazione » (56).

In questo quadro, « non basta che, nell'ambito di tutte le attività riconosciute dall'ordinamento giuridico, ciascuno non turbi la sfera di azione degli altri, ma occorre che svolga le sue energie produttive

(50) ID., op. cit., loco cit.
(51) ID., op. cit., *loco* cit.
(52) ID., op. cit., *loco* cit.
(53) ID., op. cit., p. 286.
(54) ID., op. cit.,p. 287.
(55) B. MUSSOLINI, *Fascismo*, in *Enc. Italiana* (ristampa integrale fotolitica della precedente edizione apparsa tra il 1929 e il 1936) XIV, Roma 1949, p. 850.
(56) ID., op. cit., *loco* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo l'indirizzo unitario richiesto nell'interesse della nazione » (così, Relaz. cod. civ., n. 10).

Ed ancora: « Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela dell'interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale. Non vi è dunque contrasto, ma armonia fra l'interesse privato e l'interesse pubblico » (Relaz. cod. civ., n. 6).

Per altro « l'esigenza di subordinare all'interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un'armonica coordinazione fra loro ha posto in rilievo gli aspetti pubblicistici degli istituti del diritto civile ed ha orientato la proprietà e l'autonomia privata verso la solidarietà corporativa, sottoponendo così rapporti eminentemente privatistici a una disciplina ispirata all'interesse pubblico, che sempre predomina nel nuovo codice » (Relaz. cod. civ., n. 8).

In tal modo « *al diritto subiettivo privato corrisponde intimamente, indissolubilmente legato un sistema di doveri pubblici* » (57).

In sostanza, comincia a prendere corpo quel fenomeno che Friedrich August von Hayek definisce della trasformazione « delle regole di mera condotta che prescindono da uno scopo (o regole di diritto privato) in regole di organizzazione guidate da uno scopo (o regole di diritto pubblico) » (58).

Questo indirizzo ideologico, nelle specifica materia della proprietà, porterà il legislatore del 1942, in sede di Relazione al codice civile, a chiarire innanzitutto (con riguardo all'art. 811 c.c. che distingueva tra beni che hanno un'importanza sociale e beni che, invece, hanno una rilevanza meramente individuale) come, nel codice civile del 1865, la categoria dei beni di rilevanza sociale s'identificasse, in sostanza, con quella dei beni immobili; ed inoltre che, pur se la distinzione tra beni mobili ed immobile risultava ancora rilevante, tuttavia, « con il progredire dell'economia nazionale, con l'intensificarsi delle esigenze della vita sociale e con l'instaurarsi dell'ordine corporativo, questa tradizionale partizione non rende la fondamentale distinzione dei beni quale si desume dalla considerazione della loro odierna disciplina... Il criterio di distin-

(57) E. Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 173.

(58) Così, F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà,* Milano 1986, p.177.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione che emerge dall'art. 811 è quello dei beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono all'uso o al godimento individuale. È rispetto ai primi che si esplica la disciplina caratteristica dell'ordinamento corporativo: la loro importanza nella conservazione e nell'accrescimento dell'energie economiche della Nazione importa non soltanto maggiori limitazioni dell'autonomia privata, ma obblighi di carattere positivo, conforme all'interesse della collettività, con cui quello individuale deve coordinarsi. Rispetto a tali beni la proprietà assume una configurazione nella quale riescono modificate le note fondamentali di pienezza ed esclusività del diritto dichiarate nella definizione stessa (art. 832); la quale, richiamando limiti ed obblighi all'ordinamento giuridico in genere, ha riferimento particolare all'ordinamento corporativo per ciò che riguarda i beni che interessano la produzione nazionale » (Relaz. cod. civ., n. 386).

Tutto ciò appare la logica premessa di quanto lo stesso legislatore del 1942 specificamente si troverà successivamente ad affermare, sempre in sede di Relazione al codice civile, a proposito della nuova fisionomia che dovrà assumere il diritto di proprietà. A tal proposito viene sottolineato che « *l'ordine corporativo rispetta il principio della proprietà privata. Questa completa la personalità umana: è un diritto e, se è un diritto, è anche un dovere. tanto che noi pensiamo che la proprietà privata deve essere intesa in funzione sociale; non quindi la proprietà passiva, ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica. La proprietà privata e l'iniziativa privata sono rispettate, ma l'una e altra devono essere dentro lo Stato, che solo può proteggerle, controllarle, vivificarle* » (Relaz. cod. civ., n. 403).

Insomma « Se la proprietà che il nostro ordinamento riconosce e tutela è la proprietà attiva che sviluppa, aumenta e moltiplica i frutti della ricchezza, ne consegue che un elemento del diritto di proprietà è costituito dal lavoro... La Dichiarazione VII della Carta del lavoro afferma perciò...che, essendo « l'organizzazione privata della produzione una funzione di interesse nazionale », l'organizzatore è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. È una responsabilità che deriva dal fatto che gli individui, pure perseguendo un interesse privato, provvedono insieme a un interesse generale » (Relaz. cod. civ., n. 404).

Dal punto di vista più squisitamente tecnico, da quanto sopra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferito, appare evidente che, il legislatore del 1942, quando parla di proprietà produttiva, si riferisce alla proprietà produttiva che abbia una rilevanza per l'economia nazionale e, come tale, superi la dimensione privata per assumere una portata generale (pubblicistica).

È chiaro, allora, la linea di confine che dovrebbe distinguere produttività proprietaria (in cui il lavoro appare ormai elemento costitutivo) e attività produttiva d'impresa tende a svanire. In questa prospettiva, inoltre, una proprietà produttiva di rilevanza nazionale non può che assumere i caratteri e l'organizzazione di una vera e propria impresa. Non a caso, viene affermato che gli stessi princìpi di solidarietà e di responsabilità che riguardano e gravano sugli imprenditori sono destinati ad operare anche con riguardo al proprietario-produttore.

In una prospettiva più squisitamente ideologica, c'è da dire che, se, in quanto affermato, con molta enfasi, nelle pagine della Relazione al codice civile si rispecchiano fedelmente i convincimenti del legislatore del 1942, la loro *traduzione*, in norme del codice civile, risultò più sfumata attraverso il tecnicismo, abilmente ed elegantemente utilizzato da Filippo Vassalli e dai suoi più stretti collaboratori, in quella opera di *defascistizzazione* del codice civile che, nonostante indubbie difficoltà, essi riuscirono ad attuare, durante i lavori della riforma (59).

Del resto la Relazione ad un codice non sembra avere tanto la finalità di condizionare l'opera dell'interprete, quanto di indicargli e fargli conoscere da un lato gli intendimenti del legislatore, d'altro lato gli itinerari ideali, culturali e sistematici che, appunto, sono alla base di quelli.

Infatti, quando gli intendimenti espressi nel *corpus* di una Relazione non hanno trovato immediata e compiuta *traduzione* nel contenuto di una norma o di più norme che disciplinino un istituto (o in queste abbiano trovato una formulazione soltanto generica), essi rimangono sostanzialmente allo stadio di *propositi*, di cui l'interprete deve farsi carico, a livello di comprensione culturale del-

(59) Sul punto, cfr. nostro *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano 1998, pp. 391 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'istituto che esamina, ma dai quali, come s'è detto, non può sentirsi vincolato, se non per un ossequio servile nei confronti del legislatore e del regime politico che esso esprime.

Indubbiamente importanti tracce delle idee solidaristico-corporativistiche, in materia di proprietà, poteva rinvenirsi sicuramente nella sequenza che emergeva dal collegamento tra gli artt. 811, 832, 838 c.c. Ciò nel senso che, se si riuscì, tuttavia, ad espungere, dalla definizione dell'istituto, qualsiasi riferimento alla *funzione sociale* che pur avrebbe dovuto caratterizzarne la nuova fisionomia, come aveva con forza ed insistenza sottolineato il legislatore in sede di Relaz. cod. civ., una marcata linea delle idee corporative (nella prospettiva insistentemente delineata nella Relazione al codice) emergeva innanzitutto, dalla distinzione tra beni rilevanti e non rilevanti la produzione nazionale configurata nell'art. 811 c.c., che, tuttavia, almeno in parte, era già constatabile nella realtà delle cose; inoltre, nella definizione delle facoltà del proprietario, contenuta nell'art. 832 c.c., venivano inseriti, accanto ai limiti *negativi* che, tradizionalmente avevano sempre condizionato (cfr. art. 544 code Napoléon e art. 436 cod. civ. 1865) il loro esercizio, nuovi obblighi (*in positivo*) che sempre il loro esercizio avrebbero dovuto ulteriormente indirizzare. Si connetteva a tali obblighi, in caso di una loro violazione, la *sanzione* dell'esproprio nei confronti del proprietario-produttore di beni rilevanti la produzione nazionale, che ne avesse abbandonato la conservazione o l'esercizio (art. 838 c.c.).

Coordinata con questi articoli, cui era stato attribuito il compito di delineare la nuova fisionomia della proprietà, risultava essere la disciplina dettata in tema di attività di impresa.

In questa prospettiva coerentemente omogenea con quanto affermato in sede di proprietà, il legislatore del 1942, con riguardo all'imprenditore, sottolineava, sempre in sede di Relazione al codice civile, che quest'ultimo si limitasse « a distinguere tra il controllo preventivo che lo Stato può esercitare nel momento costitutivo dell'impresa (art. 2084) e quello di carattere permanente che lo stato può esercitare sullo stesso svolgimento della gestione dell'impresa (art. 2085) » (Relaz. cod. civ., n. 838). Ciò nel senso di un controllo statale sull'indirizzo della produzione e degli scambi (art. 2085 c.c.). Inoltre veniva sancito, per l'imprenditore, l'obbligo di uniformarsi ai princìpi dell'ordinamento corporativo (art. 2088 c.c.). E così, poiché

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Il principio della responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato era però enunciato dalla Carta del lavoro senza sanzione » (Relaz. cod. civ., n. 840), a colmare questa lacuna, nel caso in cui l'imprenditore non avesse osservato gli obblighi imposti dell'ordinamento corporativo si provvide, con gli artt. 2089 ss c.c., prevedendo una sanzione che poteva giungere, nella sua più estrema applicazione, alla sostituzione dell'imprenditore nella direzione dell'impresa (art. 2091 c.c.). Quest'ultima norma sembra essere la *traduzione* e l'adattamento in materia di impresa dello stesso principio che aveva guidato il legislatore nel dettare l'art. 838 c.c.

Questa evidente *simmetria*, della sanzione prevista per il proprietario nell'art. 838 c.c., con la sanzione prevista nell'art. 2091 c.c., nei riguardi dell'imprenditore, discende anche dal fatto che il proprietario-produttore (cui allude l'art. 838 c.c.) finisce, come abbiamo avuto modo in precedenza di rilevare, nei fatti per coincidere con la figura di un vero e proprio imprenditore.

Tutto ciò non era sfuggito al legislatore del 1942, il quale, anche a tal proposito, chiariva come fosse pur vero « che l'ipotesi più grave del proprietario, che abbandona la conservazione o la coltivazione di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, è già considerata nel libro della proprietà (art. 838), che prevede per tale ipotesi la sanzione dell'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa. Ma questa norma non esaurisce il problema, sia perché non considera la violazione degli obblighi corporativi da parte dell'imprenditore non proprietario dei beni con cui esercita l'impresa; sia perché, all'infuori dell'abbandono della conservazione e della coltivazione di determinati beni, vi possono essere altre ipotesi di inosservanza degli obblighi corporativi da parte dell'imprenditore, idonee a pregiudicare gravemente l'economia nazionale.

Nel presente libro sono precisamente considerati i casi che non cadono sotto il precetto dell'art. 838; l'ipotesi cioè che l'imprenditore, in tale sua qualità, non osservi in qualunque modo gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, in modo da determinare grave danno all'economia (art. 2089) » (Relaz. cod. civ., n. 840).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Il controllo della circolazione delle ricchezze: l'ideologia « dirigista ».*

Ovviamente non sfugge al legislatore del 1942 il fatto che l'autonomia contrattuale costituisca sia strumento fondamentale per la circolazione della proprietà, non meno che per il suo godimento ed esercizio, sia aspetto essenziale nell'attività dell'imprenditore, proprio perché l'autonomia contrattuale rappresenta il momento in cui, attraverso lo scambio, quest'ultimo entra in contatto con il mercato. In questo senso, il legislatore del 1942 è ben consapevole che il programma dirigistico non può attuarsi, delineando soltanto i diritti e gli obblighi del proprietario e dell'imprenditore.

Quel controllo statale degli scambi, che, come abbiamo visto, è esplicitato nell'art. 2085 c.c., comportava, innanzitutto a livello, come dire?, teorico, una ridefinizione della fisionomia dell'autonomia privata, perché fosse funzionale e coerente con il disegno corporativo che il legislatore intendeva perseguire (60).

Inoltre, sempre in questa prospettiva e in questo quadro di revisione, un ruolo, anche se non esclusivo, decisamente il più importante, non poteva non essere attribuito alla nullità, che costituisce quel tipo di invalidità, posta, come si è visto, a tutela dei *valori* e dei *princìpi* fondamentali dell'ordinamento dello Stato.

Quanto al contenuto dell'autonomia privata, la Relazione al codice civile è abbastanza sintetica. Innanzitutto sottolinea che se « si traggono le logiche conseguenze dal principio che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio dell'autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanzione e secondo la logica che lo governa (art. 1322, comma primo) » (Relaz. cod. civ., n. 603). Ciò nel senso che « le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme

(60) Cfr., sul punto, nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., pp. 123 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporative », come, appunto, stabilisce il citato primo comma dell'art. 1322 c.c.

Inoltre, per quanto riguarda poi il secondo comma dell'art. 1322 c.c., che stabilisce per le parti la possibilità di dar vita a figure contrattuali « che non appartengono ai tipi aventi disciplina particolare » sempre che siano diretti « a realizzare interessi meritevoli di tutela », viene chiarito come, per *contratti meritevoli di tutela* debbano intendersi quelli in cui « il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico...l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino d'essere tutelate dal diritto » (Relaz. cod. civ., *loco* cit.) (61).

In questa prospettiva, si possono comprendere anche la definizione e il ruolo della causa del contratto che, per la Relazione al codice civile, non è « lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto...ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica (n. 603) » (Relaz. cod. civ., n. 613).

Sempre su questa linea ideologica si pongono le considerazioni della Relazione al codice civile, a commento dell'art. 1372 c.c., nel quale è affermato il principio « secondo cui la volontà privata non può creare in modo indipendente effetti giuridici (cfr. anche articoli 1987 e 2004). Questo principio afferma l'immanente e perenne soggezione della volontà individuale al comando della legge. E se ne intende la necessità, in base alla considerazione che il riconoscimento della giuridicità si fonda sulla valutazione dell'utilità generale

(61) Sul fatto che i concetti di *liceità-illiceità*, da un lato e di *meritevolezza-immeritevolezza*, dall'altro, siano perfettamente coincidenti, nonostante le intenzioni del legislatore del 1942 di differenziarli, cfr. nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma* cit., pp. 127 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli effetti che ne derivano; il compito di fare questa valutazione non può attribuirsi al singolo senza porre l'uniformità a cui essa deve ispirarsi, senza cioè far luogo ad una relatività di giudizi che scompone disordinatamente gli scopi della pluralità organizzata » (Relaz. cod. civ., n. 627).

E veniamo alla nullità. Abbiamo visto, nelle pagine precedenti, che per l'esigenza di mettere ordine alla caotica incertezza di linguaggio in cui versava la disciplina delle invalidità, nel sistema del codice civile del 1865, il legislatore italiano del 1942 si ispirò alle scelte fatte, nel BGB, dal legislatore tedesco.

E abbiamo anche avuto modo di sottolineare come, nel sistema tedesco (e conseguentemente nel sistema del codice civile italiano del 1942), il regime delle invalidità è costruito intorno alle due figure della annullabilità e delle nullità; la prima concernente le patologie attinente alle *condizioni* in cui versi l'autore del negozio giuridico, mentre la seconda riguarda la *regola* che, nel negozio giuridico, è espressa. In questa sua funzione di valutazione e controllo della regola, non soltanto in chiave di completezza strutturale, quanto, soprattutto, sotto il profilo della sua illiceità, la nullità, come si è detto, viene posta a salvaguardia dei *princìpi* e dei *valori* su cui si fondano l'ordinamento giuridico statuale e la società che in esso si esprime e che il metro di valutazione della illiceità assicura, attraverso i criteri in cui si sostanzia.

È evidente che, per attuare il programma ideologico fatto proprio dal legislatore italiano del 1942, quel controllo degli scambi (dunque, della proprietà e delle ricchezze) che appare esplicitato, con riguardo all'attività di impresa, nell'art. 2085 c.c., sembra avere una portata più generale, perché appare perfettamente coerente con quanto, come abbiamo visto, lo stesso legislatore affermava, in sede di Relazione al codice civile, con riguardo all'art. 1322 c.c. e alla causa, di cui giustificava il ruolo di *funzione economico-sociale*, del contratto con l'esigenza che gli interessi privati, espressi nella regola negoziale, risultassero, in concreto, conformi agli interessi generali e, in quanto tali, socialmente rilevanti, espressi dall'ordinamento giuridico.

Appare, altresì, evidente che, tra i criteri della illiceità indicati nell'art. 1343 c.c., quello che apparve forse il più idoneo a consentire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di controllare la regola negoziale, alla stregua dei princìpi dell'ordinamento corporativo, fu l'ordine pubblico.

Con ciò non si vuole negare che le norme imperative, proprio per tale loro natura, non rappresentassero lo strumento più tradizionale per esprimere scelte tendenzialmente fondamentali dell'ordinamento giuridico e, dunque, anche quelle di politica corporativa; né si può escludere che lo stesso principio del buon costume, pur se connotato nel suo contenuto da una rilevante presenza delle prassi sociali (anche se si trattava di prassi sociali particolarmente qualificate e consolidate nella comune coscienza), potesse costituire anche uno strumento per dare rilievo operativo sia ad aspetti di quella coscienza civile, richiamata dalla Relazione al codice civile (n. 603), a commento del secondo comma dell'art. 1322 c.c., sia per rendere rilevante quella solidarietà corporativa, cui, sempre la stessa Relazione al codice civile (n. 403) fa, in via generale, riferimento, a proposito dell'iniziativa privata e che, in particolare, costituiva il contenuto anche di quelle regole di correttezza cui, come affermava l'art. 1175 c.c., creditore e debitore devono ispirare i loro comportamenti.

E tuttavia, il fatto che legislatore del 1942 avesse conferito al principio dell'ordine pubblico un ruolo prestigioso, quale strumento di controllo dell'autonomia dei privati è documentato dal secondo comma dell'art. 31 delle Disposizioni sulla legge in generale, nel quale si affermava che « l'ordine corporativo fa parte integrante dell'ordine pubblico ».

Di questa scelta è lo stesso legislatore del 1942 a chiarirci la portata e il rilievo che essa è destinata ad assumere nel campo delle attività economiche, quando sottolinea che « il contenuto positivo del concetto di ordine pubblico è dato dall'ordine corporativo. La posizione che tutti coloro i quali partecipano alla produzione nazionale assumono nell'organizzazione corporativa dello Stato importa per ciascuno particolari doveri e particolari obblighi in ordine alla produzione; questa non va infatti considerata come interesse esclusivamente individuale, ma come fonte di utilità generale...l'ordine corporativo...mantiene la solidarietà fra i singoli nel processo totalitario della produzione e ne integra il collegamento nel corpo sociale per assicurare i bisogni etici e sociali della vita pubblica » (Relaz. cod. civ., n. 10).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'ordine pubblico, si arricchisce dell'ordine corporativo ed assume la funzione di controllo la produzione (e cioè l'attività dell'impresa e della proprietà produttiva) e dell'autonomia privata, dal momento che, come abbiamo appena visto, integra il collegamento della produzione con il corpo sociale e dunque il mercato.

Insomma, se anche il codice civile italiano del 1865 conosceva l'ordine pubblico (come lo conosce il code Napoléon), il collegamento introdotto dal legislatore del 1942 tra questo principio e l'ordine corporativo, lo rendeva, anche in ragione della duttilità e dell'elasticità del suo contenuto, strumento di più immediata efficacia per rendere gli indirizzi generali di politica economica, vincolanti l'agire autonomo dei privati. In questo suo ruolo di controllo, l'ordine pubblico conferma la sua funzione di strumento di protezione dei valori e dei princìpi etici, politici ed economici su cui si fonda il sistema statuale che lo prevede.

Del resto, l'ordine pubblico, che costituisce una delle più rilevanti novità della codificazione napoleonica, proprio per la duttilità, elasticità e anche (e forse soprattutto) per l'indubbia ambiguità del suo contenuto, che ne consentiva un uso *disinvolto* in termini di politica giudiziaria, fu concepito ed introdotto nel *code civil*, proprio per poter svolgere questa funzione protettiva.

In un sistema *cesarista*, quale fu quello instaurato da Napoleone, le libertà pubbliche furono fortemente limitate (62). Non a caso, è attribuita proprio a Napoleone l'affermazione per cui « pour gouverner il faut être militaire; on ne gouverne bien qu'avec des bottes et des éperons » (63).

Tutto ciò, per altro, non deve stupire più di tanto; come notò un suo grande contemporaneo, « en écrasant l'anarchie, il étouffe la liberté et fini par perdre la sienne sur son dernier champ de bataille » (64).

Diverso è l'atteggiamento di questo regime (come è del resto

(62) Sul punto e per tutti, un sintetico panorama del complesso sistema di limiti posti, nel periodo napoleonico, all'esercizio in C-A. COLLIARD, *Précis de droit public - Les libertés publiques*, Paris 1953, pp. 159 ss.

(63) La citazione è in G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris 1997, p. 78.

(64) Così François-René de CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, Paris 1998, p. 210.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella vocazione di molti regimi *cesaristi*) nei confronti delle libertà economiche; di ciò offre testimonianza, a suo modo esemplare, il complessivo disegno del *code civil*, nel quale veniva sancito il riconoscimento di una società in cui il potere economico era saldamente fondato sulla libertà del commercio e sul riconoscimento del ruolo dei *rentiers*. Ma data la natura e la vocazione di quel regime è ben comprensibile che a tali libertà fosse stabilito un confine, nel timore che esse, nel loro concreto esercizio, da libertà soltanto economiche, potessero assumere, nel tempo, una trasformazione in autonomie in cui si affermassero, con sempre maggiore evidenza, connotati di stampo politico; cosa, certamente, avversata dal regime.

E così, attraverso l'introduzione nel *code civil* di questa *nuova* categoria dell'ordine pubblico (quale limite all'agire contrattuale dei privati e la cui violazione ne avrebbe comportato la nullità), categoria duttile, elastica e, come s'è detto, per questo ambigua, il legislatore francese riuscì a comporre ed anche a superare « la contradiction entre les tendences dictatoriales et dirigistes de Napoléon, et les convictions et exigences libérales de ceux sur qui Napoléon s'appuyait: la bourgeoisie » (65).

Insomma Napoleone « ne s'embarrassera guère des principes de 1789. De la Révolution, il ne maintient que deux apports: Légalité des chances, grâce à laquelle un simple soldat peut devenir général; et le caractère sacré du droit de propriété » (66) grazie al quale gli viene appunto assicurato « le soutien de la bourgeoisie » (67).

In altre parole, la presenza, all'interno del codice civile, del principio dell'ordine pubblico, quale limite al concreto esercizio dell'autonomia privata, limite *nuovo* (rispetto ai limiti costituiti dalle norme imperative e del buon costume, certamente, non ignoti a pregresse tradizioni legislative) ha rappresentato (proprio per i connotati di indeterminatezza che caratterizzavano il suo contenuto), il segno dell'impronta *cesarista* che caratterizzava il sistema giuridico e politico instaurato da Napoleone.

Infatti, proprio attraverso il principio dell'ordine pubblico, quasi più e meglio che attraverso le norme imperative, si era creato

(65) Così, J. Ellul, *Histoire des institutions*, Paris 1969, pp. 190-191.
(66) G. Lebreton, op. cit., p. 78.
(67) Id, op. cit., *loco* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uno strumento, vogliamo ancora una volta ribadirlo, che tecnicamente impedisse di sovvertire, nel suo concreto esercizio, i valori ideali e ideologici e le scelte politiche ed economiche, su cui si fondava l'ordinamento dello Stato (68).

Quei caratteri di flessibilità, duttilità, ma anche indeterminatezza ed ambiguità, che caratterizzano l'ordine pubblico, ritenuti, come tali, « politicamente » utili dal legislatore francese, indussero, invece, il legislatore tedesco ad escludere dal BGB ogni riferimento al concetto di ordine pubblico.

Come ebbe a sottolineare Raymond Saleilles, il legislatore tedesco si rese conto, sia pure vagamente, « que l'idée d'ordre public, dont un gouvernement pût tirer parti, sans doute, au profit de pures tendances, et par suite à l'encontre de certains partis politiques, pouvait être exploitée, plus sûrement peut-être, à l'avantage de certaines conceptions sociales, encore incomplètement élucidées au point de vue économique et scientifique, et que l'on pût être tenté d'ériger en dogmes absolus » (69).

Il concetto di *öffentlichen Ordnung*, pur contenuto nel par. 106 del Primo Progetto del BGB, che si ispirava al pensiero soprattutto di Windscheid (ma anche di Planck) (70), apparve subito di « hoffnungloser Vagheit und Unklarheit » (71); ed inoltre, il concetto di ordine pubblico apparve inutile, perché già ricompreso, in parte, nel concetto di buon costume in parte, in parte e più in generale negli stessi principi fondamentali del *Rechtsordnung* (72). Insomma, escludendo dal BGB l'ordine pubblico e accogliendo in esso la nozione di norma proibitiva (par. 134 BGB) e di buon costume (par. 138 BGB), non si volle attribuire al giudice un'ulteriore « pleine liberté sur un terrain aussi vague, et aussi indéfini, que celui des principes de

(68) Sul punto, cfr., in particolare, nostro *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, pp. 45 ss (ivi ulteriori e specifiche indicazioni bibliografiche).

(69) R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* cit., p. 272.

(70) Sul punto, cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* cit., p. 280.

(71) Così, R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle 1926, p. 260, riassumerà, in seguito, il senso delle posizioni di critica al principio che prevalse nella stesura definitiva del BGB.

(72) Sul punto, cfr., B. MUGDAN, *Die gesamten Materialen zum Bürgerlichem Gesetzbuch für das deutsche Reich*, I, Berlin 1899, pp. 969 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ordre public, du moment que l'on entendait opposer aux bonne moeurs et aux usages » (73).

All'esclusione del principio dell'ordine pubblico dal BGB determinante fu, come è noto, l'influenza di Otto von Gierke che per la sua critica al Primo Progetto « allgemein bekannt geworden » (74).

5. Segue: *la disciplina del codice civile*.

Si ricorderà che, quando abbiamo indicato, nelle scelte del legislatore tedesco, il modello cui si ispirò il legislatore italiano del 1942, in materia di invalidità, notammo come il BGB fosse ancora profondamente influenzato dalle concezioni di moderato liberalismo, non sempre consapevole dei grandi mutamenti sociali e di mercato che la *rivoluzione industriale* stava, nei fatti, imponendo (75).

Il BGB, sotto questo profilo, sembra, se così si può dire, ideologicamente ancora volersi riferire a quelle stesse strutture sociali e a quella cultura proprie della borghesia della finanza, delle proprietà agrarie e immobiliari e del commercio, su cui, pur sempre, cui si era riferito, appoggiandovisi, Napoleone.

Il legislatore italiano del 1942 apparteneva, per quel che riguarda la tutela delle libertà pubbliche, a quella ideologia illiberale tipica dei regimi dittatoriali e *cesaristi*. Certo la fisionomia e le connotazioni ideologiche della dittatura fascista erano profondamente diversi da quelli del cesarismo napoleonico e le manifestazioni di illiberalità avevano quei tratti aggiornati e rivisitati che, del resto, imponeva il secolo e mezzo che divideva le due esperienze. Per quanto riguarda l'ideologia economica, il legislatore italiano del

(73) Così R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* cit., p. 271. In verità, la dottrina tedesca si è posto il problema se il principio dell'ordine pubblico potesse, in qualche modo, essere ricompreso in quello del buon costume (par. 138 BGB), oppure potesse essere desunto dal riferimento alle norme che pongono divieti, che tendenzialmente sono a tutela di interessi generali e pubblici, contenuto nel par. 134 BGB. Sul punto, cfr., per tutti, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Das Rechtsgeschäft*, II, cit., p. 366 e K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 424-429.

(74) Così, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* cit., p. 283.

(75) Sul punto cfr., A. MANTELLO, « *Il più perfetto codice civile moderno* » - *A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, in *Studia et documenta Historiae et Iuris*, 1996, pp. 357 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codice civile del 1942 non può proprio dirsi che si ispirasse a modelli antichi o recenti del liberismo.

Potrà apparire singolare che, in una materia così delicata, come quella delle invalidità contrattuali ed, in particolare, in materia di nullità, il legislatore italiano del 1942 rinvenisse proprio nel sistema del BGB, pur nelle connotazioni ideali ed ideologiche che, come abbiamo visto, lo caratterizzavano, il modello ispiratore.

Abbiamo più volte ricordato come, nella materia che nel nuovo codice civile si sarebbe attestata sulle due figure dell'annullabilità e della nullità, la situazione esistente nel codice civile italiano del 1865 (e, dunque, nel code Napoléon) era estremamente frazionata e confusa e richiedeva quell'opera di profonda e completa revisione (cui, in verità il legislatore francese non si è ancora accinto).

È stato scritto che il linguaggio del BGB appare improntato a chiarezza anche se « diese Sprache ermangelt zwar im Guten wie im Bösen des Pathos und der persönlichen Prägung; ein deutscher Stendhal wäre schwerlich versucht, sich an ihr zu schulen » (76). Ma non si può pretendere che uno Stendhal tedesco, per affinare lo stile della sua prosa si debba necessariamente leggere, ogni mattina, qualche passo del code Napoléon, come faceva quello vero (77). Non è su questo che si misura l'intrinseca bontà di un codice o di una legge.

Resta il fatto che il modello tedesco, in materia, presentava indici di indubbia, accettabile, anzi rassicurante, razionalità; e non

---

(76) F. WIEACKER, op. cit., p. 288.

(77) Come è noto, in una lettera dell'ottobre del 1840, Stendhal scriveva ad Honoré de Balzac: « En composant *la Chart*[*reuse*], pour prendre le ton, je lisais de temps en temps quelques pages du Code civil » (STENDHAL, *Correspondance*, tome III (1835-1842), Bibliothèque de la Pléiade, Éd. Gallimard, Paris 1968, p. 399). Poco più avanti, sempre nella stessa lettera, Stendhal, reso, tra l'altro, omaggio ad Ariosto, il suo « auteur de tous les jours » e dichiarata la propria decisa ostilità a M. de Chateaubriand e M. de Maistre (quest'ultimo definito « insupportable »), affermava: « Les seuls auteurs qui me fassent l'effet de bien écrire, c'est Fénelon: *les Dialogues des morts*, et Montesquieu » (così, ID., op. cit., *loco* cit.). E, non a caso, per quel che ci riguarda come studiosi di diritto, era proprio quest'ultimo ad aver scritto che: « Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie...Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille » (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, II, Éd. Garnier, Paris 1961, pp. 290 e 291).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteva che essere così dato il rigore intellettuale e la chiarezza concettuale che animava, pur con qualche astrattezza, tutto quell'*Allgemeir Teil* del BGB, che contiene la disciplina cui qui ci si riferisce. La dottrina italiana segnalò subito non soltanto la grandiosità dell'opera del legislatore tedesco, « frutto di un ventennio di studi » (78), che, con il BGB, aveva dato vita al « tipo più perfetto di una codificazione civile moderna » (79), ma anche l'influenza che su di esso ebbero la cultura e le logiche della pandettistica.

In questo senso, la parte generale del BGB riguardante la disciplina delle invalidità se, dalla dottrina italiana, era ben conosciuta e, dalla sua entrata in vigore, apprezzata per il rigore tecnico che la caratterizzava, apparve apprezzabile (e, per le stesse ragioni) dal legislatore del 1942 che, facendola sostanzialmente propria, poteva anche mettere ordine in una materia tanto delicata, quanto caotica.

Indubbiamente, differenti erano le ideologie che ispirarono il legislatore tedesco del 1900 e quello italiano del 1942. In proposito, vogliamo ricordare quanto in precedenza abbiamo avuto modo di constatare fuggevolmente: e cioè che se discipline diverse, dettate per istituti analoghi, possono servire una stessa ideologia, è anche vero il contrario e cioè che una identica disciplina può servire ideologie differenti.

Le razionalità, lo stile, le tecniche che presiedono ad una disciplina normativa sembrano, come il denaro, non avere un ineliminabile « timbro ideologico » che impedisca loro di essere esportate in normative chiamate ad esprimere ideologie differenti, da quelle per le quali quelle furono originariamente previste ed elaborate.

È il caso del legislatore italiano del 1942, il quale, in materia di invalidità e, soprattutto di nullità, accoglie le scelte fatte dal legislatore tedesco, ma conserva il riferimento (essenziale al modello dirigistico in economia che intendeva attuare) all'ordine pubblico

(78) Così, G. Segré, *Sulla parte generale del codice civile germanico*, ora in *Scritti giuridici*, I, Cortona 1930, p. 1. Lo scritto apparve nel 1900, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*.

(79) Così, R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, cit. I, p. 103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derivato dal sistema francese, per di più integrato dall'ordine corporativo.

Sotto questo profilo, proprio la razionalità e il rigore del modello tedesco, integrato dal mantenimento di un principio di ordine pubblico *arricchito*, come si è detto, di valenze ideologiche, che nel codice civile del 1865 non aveva, sembrò una scelta tecnica particolarmente efficace per realizzare le finalità solidaristiche e dirigistiche, cui il legislatore del 1942 tendeva e che, con riguardo all'autonomia privata, si sostanziavano in un controllo più efficace ed immediato, della circolazione della ricchezza e, quindi, della proprietà.

Ma quest'ultima finalità di controllo non era, nel disegno del codice civile del 1942, affidata soltanto all'ordine pubblico, ma anche ad altre norme e princìpi e, segnatamente, quelli dettati in materia di nullità. Abbiamo già indicato il controllo cui era sottoposto l'imprenditore (*ex* art. 2085 c.c.) nella sua attività di scambio e, dunque, nella sua attività di incontro con il mercato; controllo che, sotto il profilo della concreta disciplina dell'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte dell'imprenditore, non poteva attuarsi che rinviando alla normativa dettata in materia di nullità del contratto, nel libro quarto « Delle obbligazioni ».

Per altri versi, utilizzando talune teoriche e sofistiche dispute dottrinali, il legislatore inserì nel codice civile due norme « nuove ». Quella in tema di negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.), di cui si dichiarava la nullità, per illiceità della causa, e quella del motivo illecito (art. 1345 c.c.).

La portata di queste due norme apparve di natura eminentemente tecnica e non ideologica; tuttavia, stando a quel che è scritto nella Relazione al codice civile, esse dovevano servire per controllare (ed, eventualmente, censurare) l'intento pratico che è, per così dire, *a monte* della regola contrattuale posta in essere dalle parti e che a questa presiede.

Quanto poi, alla discussa figura del negozio in frode alla legge (80), il controllo serviva per impedire la circolazione della ricchezza e del proprietà, nel timore che le parti utilizzassero, per aggirare taluni di-

(80) Sul problema cfr. nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma* cit., pp. 211 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vieti (cfr. Relaz. cod. civ., n. 614), un istituto che, dal punto di vista formale e per le finalità che, in astratto, consentiva di realizzare, appariva perfettamente lecito.

Letto in questa chiave, l'art. 1344 c.c. sembra costituire una norma di chiusura, attraverso la quale il legislatore affida all'interprete un ampio potere discrezionale.

In chiave ideologica, deve essere ricostruito anche e soprattutto il terzo comma dell'art. 1349 c.c, nel quale si affermava che « nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento ».

Ciò nel senso che, come spiega il legislatore del 1942, con un'enfasi che, in apparenza, sembra sproporzionata al tema, « se l'oggetto del contratto deve essere determinato dal terzo, questi deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione alle quali il contratto eventualmente abbia riferimento...In regime di autarchia, modo di essere essenziale e motivo conduttore dell'attività economica fascista, un regolamento di rapporti individuali che elevi su ogni altra ragione l'interesse all'incremento della ricchezza nazionale, è l'apporto che il diritto deve recare alla realizzazione del postulato di una giustizia sociale, è la condizione necessaria per una progressiva rigenerazione dell'economia » (Relaz. cod. civ., n. 616).

La conseguenza pratica di tutto ciò e, dunque, la constatazione che il terzo, nel determinare la prestazione oggetto del contratto, non aveva tenuto conto delle condizioni generali della produzione, avrebbe dovuto *naturalmente* comportare l'illiceità della sua scelta perché contraria a quell'ordine economico corporativo, divenuto, come abbiamo visto, parte integrante dell'ordine pubblico.

Ed essendo l'oggetto elemento essenziale del contratto, dalla sua illecita determinazione da parte del terzo, non sarebbe evidentemente potuta derivare che la nullità dell'intero, specifico contratto (secondo comma dell'art. 1418 c.c.). Così stando le cose, il terzo comma dell'art. 1349 c.c. sembra, in qualche modo, potersi ricollegare alla singolare (81) inserzione, tra i requisiti dell'oggetto, della liceità (art. 1346 c.c.), cui non faceva riferimento il codice civile del

(81) Sulla inutilità del requisito della liceità, richiesto per l'oggetto, dal legislatore del 1942, cfr. nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., pp. 208 ss. (dove si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1865 e cui, evidentemente, continua a non far riferimento il code Napoléon.

Quanto affermato nel terzo comma dell'art. 1349 c.c., in buona sostanza, fissa innanzitutto il principio (forse anche ovvio) per cui il terzo, chiamato a determinare l'oggetto del contratto, soggiace agli stessi limiti che incontrano i contraenti nell'esercitare direttamente la loro autonomia, che non è, come ricorda la già citata Relazione al codice civile (n. 603), sconfinata libertà del volere, ma è un potere di regolare i propri interessi, nell'ambito delle finalità determinate dall'ordinamento positivo, nei termini indicati, in via generale, dal primo e secondo camma dell'art. 1322 c.c.

E, tuttavia, il fatto che il referente (costituito, appunto, dalle *condizioni generali della produzione*) indicato dall'ultimo comma dell'art. 1349 c.c., che dovrà governare le scelte del terzo, appaia più vago ed indeterminato dei criteri fissati dall'art. 1322 c.c. e, di fatto, finisca per attribuire al terzo taluni margini di discrezionalità interpretativa; il fatto stesso che non siano le parti contraenti a scegliere direttamente di restare nell'ambito delle finalità generali che l'ordinamento positivo abbia fissato, tutto ciò consente forse di assimilare l'intervento del terzo (pur se concordemente investito dai contraenti dell'individuazione, in parte o in tutto, dell'oggetto del contratto) ad una decisione che, in quanto in qualche misura oggettivamente *esterna* alle parti stesse, potrebbe avere, rispetto al singolo caso concreto, anche i caratteri di un'operazione di *ortopedia*; costituire cioè una scelta (pur se assunta dal terzo, nei limiti dei poteri che gli sono stati attribuiti) che non è detto debba esattamente coincidere con quella che i contraenti avrebbero potuto direttamente assumere e che questi, dunque, finiscono per dover, in qualche modo, subire. Operazione di *ortopedia* che, pur con modalità, più o meno esplicite, vedremo realizzarsi negli artt. 1339 e 1371 c.c.

Ed ancora: in questo ruolo di controllo della circolazione della ricchezza e della proprietà, per assicurare, in situazioni che potevano presentarsi come eccezionali, gli equilibri all'interno del mercato, si pone l'art. 1339 c.c., in connessione con il secondo comma dell'art. 1419 c.c.

---

chiarisce come l'illiceità dell'oggetto finisca per costituire un inutile doppione della illiceità della causa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non si dimentichi, per altro, che il legislatore del 1942 aveva davanti a sé una prospettiva di guerra; ciò spiega anche il fatto che il regime di autarchia, veniva considerato, come abbiamo visto, « modo di essere essenziale e motivo conduttore dell'attività economica fascista » (Relaz. cod. civ., n. 616).

L'operazione di « ortopedia » e di *salvataggio* di parte del regolamento contrattuale, prevista da tali articoli, con l'applicazione di una tecnica di tipo indubbiamente dirigista, consentiva di evitare quella nullità dell'intero contratto che sarebbe dovuta *naturalmente* discendere (primo comma art. 1419 c.c.) dalla nullità di una sua clausola essenziale (quella, appunto, contenente il prezzo), perché contraria a norme imperative (quali sono quelle che, d'imperio, impongono i prezzi di beni o servizi, come lascia giustamente intendere il secondo comma dell'art. 1419 c.c.). Essa, tuttavia, finisce per cancellare, dal contratto, gli originari caratteri di atto di autonomia privata, perché in esso viene sostituito il prezzo (pur sempre pattuito dalle parti), con i prezzi, appunto, fissati dalla legge.

A risultati non dissimili, nel senso di una manomissione dell'autonomia contrattuale, si poteva pervenire, in chiave di interpretazione del contratto, attraverso il secondo comma dell'art. 1371 c.c., nel quale si afferma che « la comune intenzione delle parti deve essere interpretata nel senso più conforme ai principî dell'ordinamento corporativo ». Infatti, così interpretando la comune intenzione delle parti si finiva per sovrapporre, alla funzione ermeneutica (che è quella di comprendere, appunto, la volontà dei contraenti), un *intervento* di chiaro stampo *valutativo* di tale volontà; ciò, nel caso di specie, in termini di *conformità* agli stessi criteri di valutazione dell'autonomia privata, quali quelli, appunto, espressi dai princìpi dell'ordinamento corporativo, che, come abbiamo visto erano stati chiamati a far parte *integrante* dell'ordine pubblico. Con questa *anticipazione* di un *momento* valutativo, nella fase interpretativa, si rischiava, nella concreta applicazione che di questa norma si fosse fatta, di attribuire alle intenzioni delle parti un significato *non conforme* a quello da esse effettivamente voluto e, dunque, non più in grado di rappresentarle.

Insomma, con modalità tecnicamente diverse da quelle disciplinate negli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c., ma organicamente ispirate ad una stessa ideologia, attraverso siffatta interpretazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della comune volontà dei contraenti (nella quale si sostanzia e si misura, in materia contrattuale, la loro autonomia), si sarebbe conseguentemente potuto attribuire un contenuto effettuale ad un contratto, fondato su una intenzione diversa da quella originariamente espressa; dunque su un intenzione né reale, né comune ed, in sostanza, su una sorta di « non intenzione ».

Anche in questo caso, infatti, con un intervento, anch'esso, a ben vedere, di *ortopedia*, si poteva riuscire ad ottenere, in chiave dirigistica, un controllo della circolazione della proprietà e delle ricchezze.

Buon ultimo, vogliamo ricordare l'art. 1322 c.c. sia per quel che riguarda il suo primo comma, in base al quale la libertà di determinare il contenuto del contratto, risultava, in realtà, condizionata al rispetto dei limiti « imposti » dalla legge e dalle norme corporative; sia, soprattutto, per quel che riguarda il suo secondo comma, con il quale il legislatore del 1942 ha voluto introdurre, con apparente riguardo ai soli contratti atipici (ma non è così, cfr. Relaz. cod. civ., n. 613), il criterio di valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contraenti. Criterio di valutazione, questo, che nelle intenzione del legislatore del 1942, avrebbe dovuto avere contenuti nuovi e diversi da quelli della illiceità.

Intenzione, questa, per altro, non realizzata, dal momento che, come altrove pensiamo di aver dimostrato (82), il legislatore del 1942, nell'indicare i contenuti dei criteri alla luce dei quali valutare il contratto in termini di meritevolezza, altro non ha fatto che riproporre quelli della liceità (cfr. Relaz. cod. civ., n. 603).

Quanto sopra siamo venuti illustrando, chiaramente, ci sembra, abbia evidenziato, come del resto era nell'assunto che queste nostre riflessioni intendevano verificare, innanzitutto la funzione sostanzialmente protettrice dei valori e dei princìpi, su cui il sistema statuale si fonda, che la disciplina della nullità è chiamata a svolgere; inoltre la conseguente stretta connessione tra la disciplina, appunto, della nullità contrattuale e il modello ideologico (e, quindi, economico) di proprietà che lo stesso ordinamento dello Stato abbia prescelto.

Se poi ci si dovesse domandare se il codice civile del 1942 fosse

(82) Cfr. nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., pp. 126 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un codice intrinsecamente fascista e, quindi, profondamento ideologizzato, la risposta non può che essere negativa.

Ma per spiegare il senso di questa risposta, sarà bene chiarire che « Un codice civile si può riguardare come un dato ordinamento della società o come l'esposizione sistematica di regole di diritto. Sotto il primo aspetto è opera politica, sotto il secondo è opera di dottrina. I due aspetti si cumulano nei codici moderni, né sono facilmente dissociabili » (83).

Premesso, dunque, che tutti i codici civili moderni, a far data dalla tradizione napoleonica in poi, esprimono sempre un amalgama in cui istanze politiche e vocazioni dottrinarie si confondono in modo inestricabile, intendiamo sottolineare come gli interventi di tipo dirigistico presenti nel codice civile, e sopra indicati, rappresentano, certamente, le più vistose ipotesi di limitazioni alla circolazione della ricchezza e della proprietà (in particolare della proprietà produttiva), ispirate alle idee corporative.

Di certo, la Relazione al codice civile fu fortemente ideologizzata, e, tuttavia, l'ideologia, come abbiamo avuto in precedenza modo di sottolineare, è presente in misura molto più limitata all'interno del tessuto normativo del codice civile.

È innegabile che, in esso (e abbiamo già avuto modo di segnalarlo), vi siano *presenze* che esprimono le idee solidaristiche e corporative del legislatore del 1942. E, tuttavia, se una qualche idea di *funzionalizzazione in chiave sociale* poteva derivare dai controlli previsti, con riguardo all'impresa, dal primo comma dell'art. 2085 c.c. (84), la formula « *funzione sociale* », pur enfaticamente proclamata nella Relazione, non compare, come abbiamo sottolineato, nel testo codice civile, né a proposito della causa del contratto, né a proposito della definizione delle facoltà del proprietario e dunque della definizione del contenuto della proprietà. La formula, con riguardo a quest'ultima, fu anzi sbrigativamente respinta da Filippo

(83) F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici* cit., III, 2, p. 606.

(84) Il comma dell'art. 2085 c.c. affermava « Il controllo sull'indirizzo della produzione e degli scambi in relazione all'interesse unitario dell'economia nazionale è esercitato dallo Stato, nei modi previsti dalla legge e delle norme corporative ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vassalli che, in un suo scritto del 1938, definì *superflua* la definizione della *funzione sociale* della proprietà, dal momento che « una funzione sociale o, meglio, l'attuazione di un pubblico interesse, è propria di ogni potere riconosciuto dal diritto obiettivo; e, quindi, sicuramente, del diritto di proprietà » (85); chiarendo, per altro che l'*interesse pubblico*, pur se nel sistema tempo fosse qualificato dall'ordinamento corporativo, sarebbe restato limite esterno del diritto (86).

Scriverà Salvatore Pugliatti, come agli irrazionali e incontrollati apologeti che cercavano di tradurre « in termini diversi la retorica dei dirigenti politici » (87), si contrappose una scienza giuridica che scelse come metodo « quello di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza di accogliere qualsiasi contenuto. Codesta seconda tendenza — la sola che meriti di essere presa in considerazione — consentì ai cultori della scienza giuridica, di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione da parte dei neofiti entusiasti dell'altra maniera; e nel contempo costituì una remora ed un freno in ordine all'applicazione dei nuovi princìpi e delle nuove norme, ai quali poté imporre soste e deviazioni, che in parte ne frenarono l'impulso e ne impedirono estreme attuazioni. Non sembri paradossale: il primo compito che i giuristi di tale tendenza si addossarono e riuscirono ad attuare fu, rispetto al risultato finale, più importante del secondo, poiché con quello si

(85) Così F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà,* ora in Studi giuridici cit., II, p. 334.

(86) Cfr. ID., op. cit., p. 334, nota 1. Mentre invece dalla Relazione al codice civile si poteva agevolmente desumere il nuovo ruolo attribuito all'*interesse pubblico* che, da *limite esterno* alla proprietà, veniva ad assumere quello di *condizione interna* del diritto di proprietà che solo ne poteva giustificare la sua rilevanza giuridica.

La Relazione al codice civile sottolineava, infatti, come la proprietà non fosse più da considerarsi « un diritto primigenio o naturale dell'individuo, a cui sono portate specifiche limitazioni in correlazione a determinate esigenze sociali o ad esigenze di coordinamento con altri diritti. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione » (Relaz. cod. civ., n. 402).

(87) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, p. 104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realizzava l'autodifesa della scienza giuridica, con questo si reagiva solo ad una legislazione contingente » (88).

Nella scienza giuridica, che si sviluppò durante il regime fascista, vi fu, dunque, tutta un'opera di *contenimento* culturale dell'interferenze del potere politico, legata essenzialmente alle ipotesi del formalismo giuridico e di un certo concettualismo. Era questo un modo per consentire al diritto privato di continuare il suo itinerario intellettuale, ideologicamente *neutrale*; « i suoi cultori potevano perciò respingere con sufficiente sicurezza l'accusa di *tradimento dei chierici* che gli intellettuali si erano meritata per l'attitudine di disimpegno e di cedimento assunta di fronte alle dittature » (89).

È, per altro, anche innegabile che scelte essenzialmente tecniche, quale, per fare un esempio, la formulazione dell'art. 1337 c.c. e l'affermazione, che esso contiene, circa l'esigenza che durante le trattative le parti si comportino secondo buona fede, fossero, poi, in sede di Relazione, enfaticamente utilizzate per proclamazioni ideologiche fuori luogo e, soprattutto, prive di consistenza (90).

Ma, nonostante ciò, il disegno del codice civile del 1942, considerato nel suo insieme, per le esigenze che animarono la codificazione e per le scelte di fondo (culturali e tecniche) che ne caratterizzarono la novità, non può, di certo, dirsi un codice fascista.

Infatti, caduti, con il venir meno del regime politico che li aveva prodotti, gli articoli che avevano inserito nel codice le scelte solidaristiche corporative del legislatore del 1942, quando nell'immediato dopoguerra si discusse se e come tenere in vita il codice civile, ci si accorse subito che le presenze ideologiche nel codice civile del 1942 erano, grazie, come si è detto, all'opera paziente e discreta di Filippo Vassalli, posticce e facilmente eliminabili come, in effetti, lo furono (91), senza che fosse minimamente toccato l'impianto generale del codice civile che, dopo più di cinquanta anni dalla sua entrata in

(88) ID., op. cit., *loco ult.* cit.

(89) Così, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari 1991, p. 14.

(90) In sede di Relazione al codice civile, l'obbligo della buona fede durante le trattative viene presentato come strumento idoneo a soddisfare l'armonia « degli interessi delle parti e di quelli superiori della nazione » (Relaz. cod. civ., n. 612).

(91) Cfr., sul punto, P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, ora in *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze 1966, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vigore, rimane, nell'ambito dell'esperienza europea, un codice di particolare modernità.
Non si dimentichi, per altro, che « un testo di legge è più spesso l'espressione accumulata di tutto un lavoro di meditazione, di costruzione, di discernimento, di un lavoro che è stato alimentato nel corso dei secoli dal contatto costante con circostanze mutevoli, con sentimenti e idee diverse.
Ogni nozione che il legislatore maneggia gli giunge grave di tutto un passato, di cui non si potrebbe far *tabula rasa* se non sacrificando un patrimonio di cultura che è inerente alla struttura delle nostre società e, allo stesso tempo, del nostro pensiero » (92).
Al di là, dunque, dell'intenzioni e proclamazioni ideologiche del legislatore del tempo, i codici furono « fabbricati in buona parte sulla base della dottrina e giurisprudenza anteriori al fascismo, o elaborati per ragioni di studio da tecnici che erano fascisti solo di nome, o addirittura, alcuni apertamente ostili » (93).
In sostanza, durante i lavori di riforma del codice civile non vi fu alcuna *trahison des clercs*.
Nell'esperienza italiana della codificazione del 1942 la scienza giuridica, ha potuto suggerire « soluzioni di problemi tecnici che sarebbero state adottate identiche anche se non ci fosse stato il fascismo, semplicemente perché a quelle conclusioni portava il progresso degli studi e l'evoluzione storica della vita sociale » (94).
Ed allora, per ritornare agli istituti su cui abbiamo riflettuto, si constatò che le idee di proprietà e di autonomia privata, così come risultavano disegnate nel modello del code Napoléon e del codice civile italiano del 1865, erano, nei fatti, ampiamente superate.
Per adeguare tutta la materia alle esigenze che si venivano profilando nella realtà sociale ed economica, le novità introdotte dal legislatore del 1942, al di là delle ideologie che le ispirarono, nel loro complesso risultarono adeguate.
Per altro, per un loro ammodernamento, proprietà ed autonomia avrebbero dovuto avere un assetto e un'organizzazione sistema-

(92) Così, F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 405.
(93) P. CALAMANDREI, op. cit., p. 90.
(94) P. CALAMANDREI, op. cit., p. 91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tici, comunque tecnicamente, non molto diversi da quelli che poi hanno avuto nel codice civile del 1942.

In questo senso, il codice civile del 1942 resta, nel suo disegno di fondo, un codice moderno e di stampo sostanzialmente liberista, che prende atto del processo di industrializzazione che si veniva imponendo nella realtà socio economica, con la conseguente perdita di centralità dell'istituto della proprietà, nei suoi connotati tradizionali, a favore di un nuovo tipo di proprietà (quella produttiva), dell'impresa e, in generale, del lavoro.

Insomma, il codice civile del 1942 non si potrà definire, come fu definito il code Napoléon, il codice dei *rentiers*. E se una sua definizione si volesse indicare, questa non potrebbe fondatamente che essere quella di codice dell'imprenditore e del proprietario-produttore.

In tutto ciò, pur nel superamento di modelli precedenti, non più proponibili nella realtà moderna, il vigente codice civile, depurato da ogni retaggio corporativo, si pone in una linea di diretta continuità con il codice precedente.

Così, per proporre qualche esempio che possa testimoniare quanto andiamo dicendo, si considerino gli artt. 832 e 1322 c.c., che normativamente definiscono istituti che furono, come abbiamo visto, particolarmente esposti alle influenze ideologiche, proprio per il ruolo centrale che essi erano chiamati a svolgere nel disegno economico corporativo.

L'art. 832 c.c. pur se è rimasto immutato, rispetto alla formulazione originale, assume attualmente una portata del tutto differente rispetto a quella che intese attribuirgli il legislatore del 1942.

Infatti, abrogati gli artt. 811 e 838 c.c., ed inserito l'istituto proprietario nel disegno costituzionale, attraverso l'art. 42 (dove però il riferimento alla *funzione sociale* della proprietà assume una valenza del tutto diversa da quella che tale formula assumeva per l'ideologia corporativa), l'art. 832 c.c. viene a trovarsi collegato (artt. 44 e 47 cost.) anche con il *valore* della persona, che è *valore centrale* e *fondante* il nuovo ordine costituzionale (cfr. gli artt. 2 e 3 cost.).

Certamente rimane il riferimento agli *obblighi* (e cioè l'imposizione di comportamenti *in positivo*, tipica manifestazione delle tecnica corporative) che possono gravare sul proprietario, accanto a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quei doveri *in negativo* che derivavano dall'esperienza precedente e dalla tradizione del code Napoléon.

Nelle idee del legislatore del 1942, l'introduzione di tali obblighi voleva indubbiamente costituire lo strumento tecnico che consentisse di *funzionalizzare*, in vista della realizzazione di indirizzi corporativi, l'istituto della proprietà, inserendo all'interno di questa l'*interesse pubblico*, quale condizione, come abbiamo visto, della sua rilevanza giuridica. Attualmente, il riferimento a tali obblighi assume un altro significato, che trae origine dal disarticolarsi dell'unitarietà del diritto di proprietà in una pluralità di ipotesi di *appropriazione proprietaria*, in conseguenza delle moltiplicarsi di *nuovi* beni, oggetto di diritto (95).

Il passaggio da un sistema fondato sull'idea di una proprietà sostanzialmente unitaria e, dunque *al singolare*, ad un sistema fondato sulla constatazione di una pluralità di ipotesi proprietarie, che fu autorevolmente proposta con particolare riguardo alla proprietà terriera (96), appare suscettibile di una ulteriore specificazione.

Già l'idea di un proprietario-produttore finisce per confondersi con quella di imprenditore e, dunque, per attrarre nelle logiche dell'istituto della proprietà quello dell'azienda, quale punto di riferimento oggettivo del suo interesse (97). Inoltre, accanto al *bene-cosa*, su cui una secolare tradizione aveva costruito lo schema della proprietà, accanto ai *beni* che, pur rientrando nella nozione di *cose*, necessitano, per la loro specifica natura, di discipline specifiche (si pensi, ad esempio, ai beni di interesse storico e culturale o ai beni di rilevante valenza ambientale), si sono affiancati non soltanto i *beni* c.d. *immateriali* (di cui, come è noto, è fortemente dubbia la sussumibilità agli schemi proprietari), ma una molteplicità di altri *beni-valori*, di natura immateriale: si pensi, per fare soltanto qualche esempio, allo stesso diritto di credito, inteso come *bene in senso*

(95) Un primo inventario di problemi in S. PUGLIATTI, *I beni*, ora in *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962, *passim* (ma pp. 8-13 e 16-48, in particolare).

(96) Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pp. 145 ss.

(97) Sul problema cfr. l'originale ricostruzione proposta da R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, ora in *Raccolta di scritti*, II, Milano 1980, pp. 1599 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico o ai *beni* che costituiscono i vari aspetti della personalità umana o ai c.d. valori mobiliari.

In questa prospettiva, la previsione di *obblighi* sancita nell'art. 832 c.c. ben può, nella fase attuale, spiegarsi anche sulla base di talune complesse ed articolate *tecniche* di godimento e di disposizione, derivanti dalla specifica natura dei beni, oggetto di appropriazione e, come tali ancora, in qualche misura, riconducibili agli schemi proprietari.

Per quanto riguarda, in generale, le dinamiche della produzione, una volta cancellato dal codice civile ogni riferimento a norme o princìpi dell'ordinamento corporativo, appare significativamente chiarificatrice del cambiamento ideologico, introdotto dal nostra costituzione, l'affermazione della libertà di iniziativa economica privata (primo comma dell'art. 41 cost.).

In questa prospettiva, il riferimento al controllo della produzione, che lo Stato avrebbe dovuto esercitare, secondo schemi dirigistici (primo comma dell'art. 2085 c.c.), appare non più proponibile. La stessa idea di programmazione e di controllo della produzione, prevista dal terzo dell'art. 41 cost., si ispira ad ideologie del tutto diverse da quelle che ispirarono il legislatore del 1942.

In particolare per quel che riguarda la programmazione, prevista, appunto, dal terzo comma dell'art. 41 cost., essa appare non solo inattuata, ma sempre meno attuabile, anche in ragione del riferimento a quei controlli sulla produzione (« perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali »), previsti sempre dal terzo comma dell'art. 41 cost., il cui significato non è mai stato molto chiaro, né, in verità, mai chiarito, in termini operativi.

Attualmente, tenuto, in particolare, conto di quello che appare (ed è) un inarrestabile processo di privatizzazione della produzione dei beni e dei servizi e di mondializzazione dei mercati (come, del resto, l'odierna economia richiede), il senso e le finalità di un controllo, sotto il profilo produttivo, soprattutto dell'iniziativa privata (atteso che quella pubblica tende progressivamente a scomparire) non possono che essere quelli imposti dall'esigenza, da un lato, di verificare la qualità degli *standards* produttivi (in vista, ad esempio, della tutela della salute dei cittadini, cui la produzione è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destinata), dall'altro, di predisporre, all'interno del mercato, una sempre più efficace e piena libertà di concorrenza tra imprenditori.

In questa prospettiva, l'affermazione del principio per cui l'iniziativa economica privata « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana » (secondo comma art. 41 cost.), appare tanto giusta, quanto ovvia e, inoltre, non rappresenta una grande novità (cfr. art. 2087 c.c.). Essa è, non sembra inutile sottolinearlo, perfettamente coerente con la centralità che il valore della persona umana ha assunto nel disegno costituzionale.

Infine, nel formula già citata, per cui l'iniziativa privata non dovrà svolgersi « in contrasto con l'utilità sociale », sembra definitivamente sigillato il superamento delle concezioni dirigistiche del legislatore del 1942, per il quale l'*utilità sociale* non costituiva tanto un limite da non violare, quanto un finalità da perseguire *positivamente*.

Per quanto riguarda, invece, il controllo degli scambi, affermato sempre nell'art. 2085 c.c., esso è da ricondursi, come s'è detto, anche con riguardo all'esercizio della sua autonomia privata, da parte dell'imprenditore, al sistema dell'autonomia contrattuale, il quale, disegnato dall'art. 1322 c.c., è rimasto nella sostanza, inalterato, rispetto alla formulazione originaria (se non nel riferimento, appunto abrogato, alle norme corporative, contenuto nel suo primo comma) e presenta chiari elementi di continuità rispetto al sistema del codice civile del 1865. Per altro, espunto l'ordine corporativo dall'ordine pubblico, con l'abrogazione del secondo comma dell'art, 31 delle Disposizioni sulla legge in generale (ma anche del secondo comma dell'art. 1371 c.c.) (98), l'ordine pubblico, proprio per quell'indeterminatezza che, fin dalla sua prima apparizione nel codice civile, caratterizzò il suo contenuto, continua, per la portata generale che, nel sistema delle nullità gli attribuisce l'art. 1343 c.c., a svolgere la funzione di salvaguardia dei valori fondamentali espressi dalla nostra costituzione. Del resto, lo stesso sistema delle nullità, considerato nel suo insieme, continua ad esprimere quelle forme di controllo dell'attività dei privati che la tradizione dei codici civili ha riservato all'ordinamento dello Stato.

(98) Alle abrogazioni di queste norme provvidero, nel 1944, i decreti luogotenenziali n. 287 e 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Restano, è pur vero, in vigore l'art. 1339 c.c. e l'operazione di *ortopedia*, quale in esso risulta disciplinata, anche nel suo collegamento con il secondo comma dell'art. 1419 c.c. (e resta formalmente in vigore, ma come vuota proclamazione il 3° comma dell'art. 1349 c.c.).

E, tuttavia, questo tipo di intervento, che il legislatore del 1942 aveva inteso realizzare, in chiave, come s'è detto, squisitamente dirigistica, apparirebbe, se lo si volesse ancora proporre in questi termini, attualmente del tutto inaccettabile.

Nel sistema odierno, infatti, l'applicazione delle tecniche espresse nelle predette norme, pur continuando a costituire una vera e propria manomissione dell'originario atto di autonomia contrattuale cui debbono applicarsi, sembra, piuttosto, potersi considerare quale specifica (e certamente eccezionale) forma di disciplina degli equilibri del mercato, con una del tutto indiretta ricaduta, in termini di tutela, anche a favore del consumatore, che sembra dover, tuttavia, essere principalmente affidata sia (e, in parte, forse ancora) agli artt. 1341 e 1342 (che l'art. 1339 c.c. di poco precede, nel disegno delle tecniche di formazione dell'accordo contrattuale, predisposto dal legislatore del 1942), sia agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., di recente introdotti dal legislatore, in attuazione di normative europee (99).

Tuttavia tali forme di controllo dovranno, attualmente, sempre più adeguarsi a quei modelli di circolazione della proprietà e della ricchezza, sempre più liberi, che l'attuale realtà socio-economica insistentemente richiede e attraverso i quali, il diritto civile tenta di

(99) La dottrina commercialistica, sulla base anche delle considerazioni contenute, in materia, nella Relazione al codice civile (n. 612), da sempre, tende, non infondatamente, a ricondurre, la tutela predisposta negli artt. 1341 1342 c.c., (ma lo stesso tipo di ragionamento sembra potersi fare, con riguardo agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c.), alla logica dell'impresa, che si manifesta come una attività *complessa e duratura*. E, nella impresa, i singoli rapporti che ne derivino « risentono della unitarietà della funzione alla quale assolvono e della unitarietà delle direttive che li ispirino... L'imprenditore, nell'esercizio della sua attività, non può ispirarsi alle esigenze del singolo caso, ma deve necessariamente improntare la sua azione ad unità di criteri e direttive. Alla stabilità della sua azione deve necessariamente corrispondere una stabilità di rapporti ai quali l'azione stessa si ispira. Da ciò una fissità delle condizioni contrattuali nei rapporti singoli, da ciò la predeterminazione di esse in moduli e formulari » (così, per tutti, già G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1950, p. 367).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconquistare l'originaria natura estrastatuale (100) e, cioè, quella originaria dimensione nella quale esso che, come Filippo Vassalli amava ricordare, non è mai stato *mancipio* dello Stato (101), si è costruito nei secoli intorno ad tradizione di una spontanea creatività.

S'impone allora l'esigenza di ripensare al rapporto tra diritto civile e Stato, oltre gli schemi che emergono da una illustre tradizione di codici (penso a quella che può ancora ricondursi al *code Napoléon*), che anche quando hanno tentato, in qualche modo di non soffocare la creatività del diritto civile, appaiono pur sempre necessariamente legati alla inevitabile rigidità degli istituti che disciplinano.

Infatti le leggi (e, dunque, soprattutto le codificazioni) « une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (102).

La realtà attuale sembra offrire più di un segnale non soltanto di novità e cambiamento, ma anche (e soprattutto) del fatto che il diritto dello Stato sta perdendo il ruolo esclusivo di custode ed interprete del diritto civile ed, in conseguenza, che la stagione di antiche autonomie e di quella spontanea creatività del diritto civile può cominciare a riaffermarsi.

E così, con riguardo agli scambi tra privati, i contenuti delle regole che ne individueranno doveri, obblighi e diritti dovranno sempre più corrispondere alle logiche mutevoli dei mercati e alle prassi, elaborate dagli operatori; prassi che queste logiche fanno emergere e che sono destinate a svolgere un ruolo sempre più centrale nel governo degli scambi. Tutto questo corrisponde, del resto, alla necessità di adattare la disciplina della circolazione dei beni e delle ricchezze alle eventuali nuove esigenze che emergano dal mercato e ciò, anche e soprattutto con riguardo al fatto che esso non

---

(100) Illuminanti e profetiche appaiono, in proposito, le pagine di F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit. III, 2, Milano 1960, pp. 753 ss.

(101) Così, F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* cit., III, 2, p. 755.

(102) Jean-Étienne PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet du code civil*, in *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Code Civil*, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris 1844, p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è più quello, come s'è accennato, principalmente circoscritto nei confini di un territorio nazionale.

Ciò significa, innanzitutto, che il compito del singolo ordinamento dello Stato, non più isolato e sovrano, come era nella logica dei codici, dovrà, nell'assicurare la certezza dei rapporti tra privati, coordinarsi ed agire, sempre più in armonia e di concerto con le logiche del mercato ed anche con quelle delle altre comunità statuali.

Per altro, nella realtà socio-economica del nostro tempo, sta emergendo, con forza, l'esigenza « di tenere in vita, per quanto possibile, il contratto, limitando rigorosamente il numero dei casi in cui è possibile mettere in discussione la sua validità, o comunque porre fine alla sua esistenza prima della scadenza. La ragione di ciò sta nel riconoscimento del fatto che, nonostante le imperfezioni che possono verificarsi nel corso della formazione o della esecuzione del contratto, è normalmente nell'interesse di entrambe le parti fare tutto il possibile per tenere in vita l'affare originario, piuttosto che rinunziarvi ed essere costrette a ricominciare tutto da capo, procurandosi altrove sul mercato beni o servizi sostitutivi » (103).

Questa realtà impone un, certamente rilevante, cambiamento dei modelli culturali di approccio a molti aspetti della disciplina degli scambi che non può più essere quella stessa che la tradizione ci ha consegnato, sigillandola nelle codificazioni.

E così l'ordinamento statuale dovrà innanzitutto considerare che il principio del *favor contractus* appare, come s'è visto, sempre più destinato a governare il commercio e gli scambi, all'interno dei mercati, non soltanto internazionali.

Così, per fare qualche esempio, proprio in relazione all'attuazione del principio del *favor contractus*, la stessa sanzione della nullità che, negli schemi codicistici, ha l'esclusiva funzione di tutelare (e lo abbiamo sottolineato in precedenza) i valori e i princìpi su cui l'ordinamento statuale si fonda (sotto il profilo della completezza, anche formale, della regola contrattuale e della sua liceità), dovrà essere ripensata alla luce anche di esigenze non più compatibili con la rigidità che a tale istituto hanno conferito i codici civili, ad esempio, italiano o tedesco.

---

(103) M. J. Bonell, *Un « Codice » internazionale del Diritto dei Contratti - I principi dell'Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano 1995, p. 81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa prospettiva, gli stessi caratteri sostanzialmente definitivi, tassativi e insanabili della sanzione della nullità dovranno, in qualche misura, adattarsi, adeguandovisi, alla mobilità e alle mutevolezze dei mercati. Ciò significa che, senza far venir meno la tutela di un equo bilanciamento degli interessi in gioco, la certezza e la saldezza dei rapporti che siano sorti tra i privati, il dogma, ad esempio, della c.d. insanabilità della nullità dovrà essere rivisitato (al di là delle limitate eccezioni che il codice civile, ad esempio, italiano consente), in un processo di revisione certamente non facile, che permetta di *consolidare* gli assetti e gli equilibri che si sono spontaneamente già determinati all'interno dei mercati, e consentire, in tal modo, ai privati un più ampio potere di *disporre* della tutela che la sanzione assicura e, dunque, di *sanare* il contratto.

Una analoga revisione s'impone anche con riguardo alle tematiche della legittimazione a far valere tale sanzione, che dovranno essere ripensate, non tanto nei termini di assolutezza nei quali i codici (quello italiano, ad esempio) le hanno assunte, quanto piuttosto nei termini (circoscritti e, se si vuole, specifici) degli assetti concreti che i soggetti, più immediatamente e direttamente coinvolti, abbiano dato ai loro interessi.

Sempre in questa prospettiva, una, sia pur rapida riflessione, meritano i problemi del formalismo negoziale che deve presiedere agli scambi.

In una organizzazione dei mercati di cui si sono accentuati i caratteri della mobilità e la natura transnazionale ed in cui, dunque, quella « moderna varietà dei mezzi comunicativi » (104), che Emilio Betti già mezzo secolo fa poteva constatare e che oggi si manifesta con « messaggi ed altri tipi di informazioni che vengono scambiati sempre più in forma non cartacea, con mezzi elettronici » (105), il sistema delle forme negoziali non può più essere quello recepito dalla tradizione dei codici civili.

Ciò con particolare riguardo alle forme *ad substantiam*, che non hanno la semplice funzione di rendere il negozio « socialmente

(104) Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 277.

(105) M. J. BONELL, *Un « Codice » internazionale del Diritto dei Contratti*, cit., p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconoscibile » (106), ma che, tassativamente fissate dalla legge, svolgono una « funzione costitutiva del negozio » (107) e, quindi, sono destinate ad incidere sulla stessa esistenza di questo.

Ad una società di *rentiers*, in cui, essenzialmente intorno alla intorno proprietà, ruotavano e si determinavano gli assetti economici più rilevanti e gli equilibri degli scambi, il sistema della forma *ad substantiam* era sicuramente funzionale, perché esso rappresentava una adeguata disciplina di controllo con cui circondare di cautele i trasferimenti delle ricchezze immobiliari.

Attualmente, in una società in cui le ricchezze, che s'impongono sul mercato, sono rappresentate da patrimoni che, in prevalenza, non hanno più natura immobiliare e *materiale*, l'esigenze di rapidità della loro circolazione mal si conciliano con il ricorso ad un formalismo rigido e tassativo (108).

Intendiamo con ciò dire che alla forma devono essere affidate, in relazione anche alla tutela dei terzi, sempre più funzioni essenzialmente di riconoscibilità, certezza e prova degli scambi e dei negozi che questi abbiano realizzato, limitando con ciò, a specifici casi, il ricorso a forme di natura sostanziale e costitutiva.

6. *La funzione sociale della proprietà e del contratto e il « positivismo » di Léon Duguit.*

A questo punto delle nostre riflessioni, merita qualche più specifica considerazione l'idea, fatta propria dal legislatore del 1942, di uno Stato che, rappresentando l'unità morale, politica ed econo-

(106) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 277.

(107) Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 279.

(108) Non è un caso che, ad esempio, nei Princìpi dell'Unidroit, i problemi della forma a vengano risolti, in *termini funzionali*, del terzo comma dell'art. 1.10, con la definizione: « per " forma scritta " si intende qualsiasi forma di comunicazione che conservi la documentazione delle informazioni contenute e sia riproduciblie in forma tangibile ».

Nel medesimo senso, nei *Principles of European Contract Law* (edited by Ole Lando and Hugh Beale), The Hague- London-Boston 2000, il n. 6 dell'art. 1:301 (*Meaning Terms*) stabilisce che « " written " statements include comunications made by telegram, telex, telefax and electronic mail and others means of comunication capable of providing a readable record of statement on both sides ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mica della Nazione, esprime, come abbiamo visto, « l'esigenza di subordinare all'interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un'armonica coordinazione fra loro ha posto in rilievo gli aspetti pubblicistici degli istituti del diritto civile » (Relaz. cod. civ., n. 8).

In siffatta cornice (e anche questo abbiamo avuto modo di segnalare), « Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela dell'interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale » (Relaz. cod. civ., n. 6), ed in conseguenza, la proprietà e l'autonomia privata vengono orientate verso la solidarietà corporativa e cioè sottoposte ad una disciplina ispirata all'interesse pubblico.

La *funzionalizzazione* del diritto di proprietà e del contratto, nelle modalità sopra ampiamente segnalate, costituisce sicuramente uno stravolgimento di quei caratteri che a queste categorie aveva attribuito quella secolare concezione del diritto civile, espressione di una società di uomini liberi, titolari, in quanto tali, di fondamentali diritti individuali che lo Stato, come comunità organizzata, ha il dovere di tutelare. In questo senso « la règle de droit, ou le droit objectif, a pour fondement le droit subjectif » (109).

Questa lunga stagione « individualistica » del diritto civile « que prenait son origine dans la philosophie stoïcienne » (110), che aveva « trouvé sa formule juridique dans le droit romain classique » (111) e che si era consolidata nel corso dei secoli, aveva ottenuto la sua consacrazione nel code Napoléon (e nei codici che a questo si ispirarono) e, prima ancora, anche in taluni passaggi della Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen del 1789 (cfr., in particolare, gli artt. 2, 4 e 17, in tema di diritti di libertà e di proprietà).

Tutto ciò tendevano a cancellare le concezioni *funzionalizzatrici* del diritto e, principalmente, quelle caratterizzanti, nel diritto civile, proprietà, appunto, e contratto.

Di tale complessa nuova concezione del diritto civile, offre

(109) Così, L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1920, p. 16.

(110) ID., op. cit., pp. 15-16.

(111) ID., op. cit., p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ampia testimonianza l'opera di Léon Duguit, soprattutto, per quel che in questa sede più interessa, in un corso di lezioni tenute nel 1911 alla Facoltà giuridica dell'Università di Buenos Aires (112).

Già Auguste Comte aveva affermato, come del resto puntualmente riferisce Léon Duguit (113) (che fu certamente influenzato dal pensiero dell'illustre filosofo positivista (114)) che « le mot droit doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique » (115); si tratterebbe infatti di due « notions théologique-métaphysiques...il ne peut exister de droit véritable qu'autant que les pouvoirs réguliers émanèrent des volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humaines qui ne comportaient qu'un office négatif...tendant toujours à consacrer l'individualité...Dans l'état positif qui n'admet plus titre céleste, l'idée de droit disparaît irrévocablement...En d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir » (116).

Sulla scia di queste concezioni si pone Léon Duguit, sul cui pensiero qualche influenza sembrano avere avuto anche gli insegnamenti di Rudolf von Jhering (117). Léon Duguit, per altro, proprio nella specifica materia della proprietà e del contratto, segnala (per quel che riguarda l'esperienza francese) taluni interventi legislativi e talune decisioni giurisprudenziali che sembrerebbero sancire signi-

(112) Ci riferiamo, appunto, allo scritto, precedentemente citato, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, pubblicato nel 1912, di cui fu ristampata una seconda ed inalterata edizione nel 1920. A quest'ultima continueremo a fare riferimento.

(113) Cfr. L. DUGUIT, *Les transformations* cit., p. 13.

(114) Così, J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, Paris 1995, p. 306.

(115) Così, A. COMTE, *Système de politique positive*, Paris 1890, I, p. 361.

(116) ID., *Système* cit., *loco* cit.

(117) Léon Duguit attribuisce, appunto, a Jhering il merito di avere posto in evidenza la « importance éminente du but social dans le droit en général et le droit moderne en particulier, public et privé, cela dans l'admirable premier volume de son ouvrage célèbre *Zweck im Recht* » (così L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé* cit., p. 96). Si rinvia, a proposito dell'illustre pensatore tedesco, all'opera, cui Léon Duguit fa riferimento. In particolare, si cfr. R. von JHERING, *Zweck im Recht* (trad. ital. a cura di Mario G. Losano), Torino 1972, pp. 18-37 e 307 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficativi passaggi verso una svolta *funzionalizzatrice* dei due istituti; ma soprattutto individua nella esperienza americana ed in altre esperienze europee chiari segnali dell'emergere di un nuovo sistema diritto civile che si andrebbe costruendo « sous la pression des faits » (118).

Tale sistema si fonderebbe « sur une conception exclusivement réaliste, qui élimine successivement la conception métaphysique de droit subjectif: c'est la *fonction sociale* [il corsivo è nostro].

L'homme n'a pas de droit; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés.

Cela est aussi proprement une conception d'ordre réaliste et socialiste qui transforme profondément toutes le conceptions juridiques antérieures » (119).

In questa prospettiva « le droit public est le droit objectif des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une *fonction sociale* [il corsivo è nostro] s'imposant à chaque individu » (120).

Nel pensiero di Léon Duguit, appare chiara, a proposito di quest'ultima affermazione, la sintonia (121) con quanto scriveva, nel 1893, Émile Durkheim quando sottolineava che la tradizionale linea di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato non era così netta, come poteva apparire a prima vista. Infatti « tutti i diritti sono privati, nel senso che sempre e dovunque vi sono individui in rapporto i quali agiscono; ma soprattutto ogni diritto è pubblico, nel senso che costituisce un *funzione sociale* [il corsivo è nostro] e che

(118) L. DUGUIT, *Les transformations* cit., p. 19.

(119) Così, ID., op. cit., pp. 19-20.

(120) Così, L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, p. 52. In questo senso cfr. ID., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris 1922, pp. 10 ss.

(121) Cfr., in proposito, L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé* cit., p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti gli individui sono — benché a titolo diverso — *funzionari* [il corsivo è nostro] della società » (122).

Per quel che qui più direttamente interessa, sul piano, più specifico dell'autonomia privata, per Léon Duguit (che sul punto sembra piuttosto riferirsi al dibattito che, nell'ambito della teoria della *Willenserklärung*, era sorto tra « volontaristi » e « dichiarazionisti ») l'effetto dell'atto sostanzialmente non dipenderebbe più dalla volontà di colui o di coloro che l'abbiano posto in essere, perché, nell'atto giuridico, tale volontà non avrebbe, in sé, più rilievo e protezione. Infatti, dal momento in cui si ammetta che « la situation de droit n'a de valeur et ne mérite protection que lorsqu'elle correspond à un but social, toute situation de droit n'a de force que dans la mesure où elle a un fondement social, elle ne peut naître que d'un acte qui a lui-même le caractère social » (123).

Per quel che riguarda il diritto di proprietà, le posizioni di Léon Duguit prendono chiaramente le mosse dal pensiero di Auguste Comte, per il quale la proprietà aveva « une indispensable *fonction sociale* [il corsivo è nostro], destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivant » (124).

Per Léon Duguit, poiché ciascun individuo ha, nella comunità cui appartiene, un ruolo sociale da svolgere, in coerenza con la posizione che occupa, il proprietario, che detiene la ricchezza, deve (perché solo lui è in grado di farlo) aumentare la ricchezza generale, avvalendosi del capitale di cui è titolare (125).

In questo senso, « la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la *fonction sociale* [il corsivo è nostro] du détenteur de la richesse » (126).

E se con concezione dell'atto giuridico *socialmente funzionalizzato*, viene definitivamente superata la tradizionale concezione dell'autonomia privata, accolta nei codici civili, « avec la notion de pro-

(122) É. Durkheim, *De la division du travail social* (trad. it.), Milano 1962, pp. 89-90.

(123) Così L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé* cit., p. 87.

(124) A. Comte, *Système de politique positive* cit., I, p. 156.

(125) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé* cit., p. 158.

(126) Id., op. ult. cit., *loco ult.* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

priété-fonction, avec la notion de protection sociale à un but » (127), si dovrebbe definitivamente superare, in materia di proprietà, l'idea, anch'essa delineata nei sistemi di codice civile, che l'istituto abbia tradizionale fondamento nella protezione di un interesse individuale.

Molto diverse sono le concezioni, ad esempio in materia di proprietà, di Pierre Joseph Proudhon che, pur dichiarandosi discepolo di Comte (ma anche di Kant) (128) perveniva, attraverso un complesso itinerario culturale, alla conclusione per cui « la proprietà è il contrappeso naturale e necessario della potenza politica; e il diritto civile della proprietà è il controllo e la determinazione della ragion di Stato. Dove manca la proprietà, o si trova al suo posto il possesso di tipo slavo, o il feudo, c'è dispotismo nel governo e squilibrio in tutto il sistema » (129). In sostanza l'*assolutismo* della proprietà serve dunque ad opporsi a quello dello Stato (130). Per svolgere la funzione di strumento di libertà, uguaglianza, giustizia, ordine e per diventare « il perno e la molla dell'intero sistema sociale » (131), la proprietà deve generalizzarsi e diffondersi al maggior numero di cittadini (132).

Certamente, questo non è il luogo per esprimere una approfondita riflessione (che per altro ampiamente meriterebbero) intorno alle idee di Léon Duguit; non possiamo, tuttavia, non sottolineare come, volendo eliminare il dogma dell'intangibilità dei diritti soggettivi, con tutti i corollari che, anche sul piano dell'autonomia privata, ne discendono, Léon Duguit ha finito per porre alla base « de l'édifice social, un principe (la solidarité sociale), supérieur à l'ordre formel » (133).

Ed, infatti, il compito di determinare, nel concreto (anche in una chiave evolutiva), i contenuti e le dimensioni operativi del concetto di solidarietà sociale, spetterebbe al potere politico, espresso nelle

---

(127) ID., op. ult. cit., p. 161.

(128) Così P. J. PROUDHON, *La teoria della proprietà* (trad. it.), Roma 1998, p. 136. Si tratta della traduzione del volume pubblicato a Parigi nel 1886.

(129) ID., op. cit., p. 130.

(130) ID., op. cit., pp. 140-142.

(131) ID., op. cit., pp. 139-140.

(132) ID., op. cit., p. 140.

(133) Così, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1919, II, p. 240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

migliori delle ipotesi, (e cioè nei sistemi di democrazia liberale) dalla maggioranza che, di volta in volta, si trova, in un determinato periodo, a governare una società; potere politico il quale finirebbe per costituirsi in una autorità destinata ad assumere tutti quei caratteri teocratici che giustificano, nelle vicende storiche, il periodico riproporsi, come è anche nel tempo presente, della essenzialità di un sistema di diritti, che riaffermi la centralità e l'insostituibilità della dimensione individuale dell'uomo, nella vita sociale e politica di un popolo.

Insomma quello che sembra mancare alle concezioni di Léon Duguit, « ce n'est pas précisément une métaphysique, mais plutôt, seulement, la pleine conscience et l'aveu sincère de sa métaphysique » (134).

Per altro, l'idea, per cui il superamento della stagione individualistica, che secondo Léon Duguit, si sarebbe, come abbiamo visto, verificato sotto *la pression des faits*, non sfugge a quella stessa obiezione (che ci sembra potersi estendere anche al nostro caso) che Georges Ripert formulava alla distinzione, proposta da Françcois Gény, tra *le donné* e *le construit* (135).

Sottolineava Georges Ripert come « le donné n'a pas une existence réelle qui soit extérieure à l'esprit du constructeur » (136). In una simile prospettiva può riguardarsi la *pression des faits*, cui Léon Duguit fa riferimento; ciò nel senso che l'entità e la valenza della *pression des faits*, quando non assuma le forme incontrollabili della violenza di una rivolta di piazza, spetterà, pur sempre, ad un *constructeur* (legislatore o giudice che sia) individuare, definire e tradurre in contenuti di regole necessariamente vincolanti (che, se

(134) ID., *Science et technique en droit privé positif*, Paris 1927, II, p. 271.

(135) Per l'antico Maestro *le donné* proviene dalla *nature des choses* e, « autant que possible, à l'état brut », mentre *le construit* « partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en oeuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées »; in tal modo *le construit* « au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit » (così, F. GÉNY, *Science et technique* cit., I, Paris 1922, p. 97). In sostanza, per François Gény, appare una tecnica giuridica è una parte dell'esperienza giuridica ben più ricca della sua elaborazione scientifica (sul punto, cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation* cit., II, p. 410).

(136) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1949, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tali non fossero, la *pression des faits*, che siffatte regole dovrebbero attuare, risulterebbe, nel concreto, del tutto irrilevante) o in decisioni giurisprudenziali (altrettanto vincolanti). Se dunque si realizzasse la prospettiva disegnata da Léon Duguit « qui consiste à vouloir tirer la règle de l'observation des faits, passant ainsi " de l'indicatif à l'impératif "» (137), quella del *constructeur* risulterebbe una « autorité sans limites » (138).

Ma per ritornare alle scelte decise dal legislatore del 1942, in materia di proprietà e di autonomia contrattuale, sembra opportuno sottolineare come esse (anche a voler tener conto di talune enfatizzazioni ideologiche pur presenti nella Relazione al codice civile, ma che, per altro, sono sostanzialmente assenti dal tessuto normativo di quest'ultimo) non abbiano mai assunto quelle forme e quei toni estremi, perentoriamente *statualisti*, che si sono potuti constatare nel pensiero di Auguste Comte e di Léon Duguit.

Anzi, il legislatore del 1942, da un lato, come abbiamo riferito, aveva avuto modo di riconoscere la natura essenzialmente *privata* della proprietà (quale completamento della personalità umana; cfr. Relaz. cod. civ., n. 403), dell'autonomia negoziale (intesa come potere dei privati di regolare un proprio assetto di interessi; cfr. Relaz. cod. civ., n. 603) e della iniziativa economica (cfr. dich. VII della Carta del lavoro, ricordata dalla Relaz. cod. civ., nel n. 403, appena citato); e tutto ciò nonostante la scelta di un sistema ideologico e normativo che funzionalizzava il loro esercizio al perseguimento *anche* di finalità generali.

D'altro lato (quasi a voler fugare ogni possibile, residua ombra di equivoco o di dubbio) il legislatore del 1942 ha voluto sottolineare quanto, a noi sembra, chiaramente già espresso nella dich. IX della Carta del lavoro (139): e cioè che « l'economia corporativa non è una economia orientata verso lo statalismo » (così, Relaz. cod. civ., n.

(137) ID., *La règle morale* cit., p. 19.

(138) ID., op. cit. *loco ult.* cit.

(139) La dich. IX della Carta del Lavoro affermava, come è noto, che « L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta ». È evidente che la gestione diretta della produzione economica, che è il segno di una economia statualista, viene prevista, nella citata dich. IX, come una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

837); per poi subito ribadire che « la Carta del lavoro, infatti, tutela e promuove l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione (dich. VII) » (così, cfr. sempre Relaz. cod. civ., n. 837, sopra citato).

Dunque, sia pure nel quadro di una loro *funzionalizzazione* in senso sociale e, quindi, della possibilità di una loro sottoposizione a controlli e direttive di tipo pubblicistico, il legislatore del 1942 riconobbe la natura, pur sempre intrinsecamente privata, dei modi di appropriazione, di circolazione e di produzione della ricchezza, nel cui processo di attuazione si volle anche dare rilievo alla tutela della integrità fisica e alla personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.).

In questo senso, e non sembri un paradosso, il legislatore del 1942 si dimostra, tutto sommato, più vicino alle idee di Proudhon, che a quelle di Duguit (e di Comte).

Per altro, le scelte *funzionalizzatrici* del legislatore del 1942, al di là dell'enfasi di talune proclamazioni ideologiche, sparse, come abbiamo avuto modo di constatare, nella Relazione al codice civile, sembrano, in concreto, essere condizionate anche (se non forse soprattutto) dall'esigenza di attuare un controllo delle attività di appropriazione, di produzione e di scambio delle ricchezze, in un momento storico in cui il processo di industrializzazione dell'economia si andava affermando, secondo un'ampiezza e con una pienezza che, se non aveva i caratteri compiuti che esso presenta nella realtà attuale, ne faceva, chiaramente, prevedere gli esiti (140).

---

ipotesi chiaramente residuale ed anche del tutto eccezionale e con prevalenti caratteri di temporaneità.

Questi caratteri di temporaneità, emergono sicuramente con riguardo alle ipotesi di gestione dello Stato conseguente alla mancanza o insufficienza dell'iniziativa privata. In entrambe tali ipotesi, la presenza dello Stato, nella gestione diretta della produzione, era destinata a scomparire (per essere sostituita da quella dei privati) nel momento che si fosse raggiunto il risultato, da un lato, del risanamento dei settori produttivi insufficientemente gestiti dai privati, dall'altro del coinvolgimento degli interessi dei privati nei settori produttivi dai quali essi erano precedentemente assenti.

Tali caratteri di temporaneità non emergono, invece, sempre e necessariamente nel caso della gestione diretta di settori della produzione, quando *siano in giuoco interessi politici dello Stato*; ciò perché tali interessi possono perdurare per un lungo (e neppure preventivamente prevedibile o razionalizzabile) arco di tempo.

(140) La consapevolezza della portata di tale fenomeno è, ad esempio, testimo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con quanto andiamo dicendo, intendiamo esprimere il convincimento che il legislatore del 1942, attraverso la sua scelta *funzionalizzatrice* (con riguardo alla proprietà, al contratto e alle attività di produzione e di scambio, poste in essere dall'imprenditore), tentò, sostanzialmente non rinnegando il *liberismo* (che non necessariamente coincide con il *liberalismo*), *anche* di governare il *passaggio*, non facile, da una società di *rentiers* (in cui la ricchezza era costituita quasi esclusivamente da patrimoni immobiliari e terrieri) ad una *nuova* società di produttori di ricchezza: imprenditori piccoli e grandi, proprietari-produttori, lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, professionisti, intellettuali (141).

Era una società, quella che si stava profilando, in cui le esigenze della produzione industriale richiedevano novità e cambiamenti. Così, ad esempio, se da un lato, le razionalità e le logiche dell'impresa imponevano l'utilizzazione della tecnica della contrattazione di massa, d'altro lato gli stessi assetti economici emergenti inducevano ad un ripensamento del concetto stesso di *bene* in senso giuridico, al di là dei termini rigorosi di *materialità*, intorno ai quali la tradizione aveva consolidato la teoria dei diritti reali, ereditata dal diritto romano, e le codificazioni ottocentesche, recependo tale tradizione, avevano costruito i modelli appropriativi della ricchezza (142).

---

niata, in positivo, dalla felice scelta di unificare il codice civile con il codice di commercio ed, in negativo, dal non riuscito tentativo di ricondurre le problematiche dello svolgimento delle attività agricole a quelle dell'impresa.

(141) Passaggio, le cui grandi linee già Cesare Vivante aveva, per altro, annunciato e delineato nella sua prolusione romana. Cfr. C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio - Prolusione*, Torino 1899., pp. 5 ss.

(142) Dell'importanza, che non sembri eccessivo definire *rivoluzionaria*, di questa transizione verso l'industrializzazione della produzione economica (e dell'esigenza tecnica di governarne i primi passi), il legislatore italiano del 1942 era perfettamente consapevole. Sul punto, cfr. G. FERRI, *Esperienza scientifica e diritto commerciale*, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990, pp. 52 ss. Pur con qualche concessione alla retorica, la Relazione al codice civile, a proposito dell'introduzione della *nuova* figura dell'imprenditore in sostituzione di quella del commerciante, su cui si fondava il vecchio codice di commercio (ormai definitivamente incorporato nel codice civile), sottolineava, come il concetto di impresa fosse conforme « al panorama dell'economia italiana: economia non monotipica, ma multiforme; che dalla terra trae la sua solidità, ma all'industria e al commercio affida la sua forza espansiva; economia non accentrata in poche mani, come nei paesi plutocratici, ma articolata secondo le varie esigenze della produzione; economia che si alimenta ancora della gloriosa tradizione artigiana del popolo italiano, ma nello

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si intese, dunque, con il nuovo codice civile italiano, governare anche un periodo di transizione, reso ulteriormente difficile dal fatto che il nuovo codice entrò in vigore nel secondo anno di guerra e questo, sia detto a margine delle nostre riflessioni, può anche spiegare l'esaltazione del sistema economico dell'autarchia.

A queste conclusioni m'inducono le seguenti considerazioni: innanzitutto il fatto che la svolta *funzionalizzatrice*, adottata dal legislatore del 1942, non assunse i toni estremi che essa aveva, ad esempio, assunto, come si è detto, nel pensiero di Auguste Comte e di Léon Duguit; inoltre, il fatto che, caduto il fascismo, il codice civile, come abbiamo visto, è riuscito non solo a sopravvivere, con la cancellazione di poche norme, al regime politico che lo aveva prodotto, ma anche ad integrarsi nel nuovo modello costituzionale, in una linea di continuità con quell'idea di libertà, su cui il diritto civile, anche se sigillato in un codice, non può non continuare a fondarsi e che, in verità, la tradizione dei grandi codici civili europei (a cominciare dal code Napoléon), pur se nella logica e con i limiti propri di una codificazione, aveva sempre cercato di rispettare.

7. *Proprietà e contratto tra codice civile e Costituzione: le riflessioni della dottrina.*

Gli artt. 41 e 42 cost., con le evidenti *ricadute* che le tematiche ad essi connesse hanno sull'autonomia contrattuale, dette luogo, soprattutto tra gli inizi degli anni sessanta e la metà degli anni settanta, ad una rivisitazione del tema della *privatezza* dell'impresa, della proprietà e dell'autonomia contrattuale, che la tradizione ci aveva tramandato.

La lettura, che taluni studiosi del diritto civile offrirono di queste norme costituzionali, tendeva a far emergere una chiave statualistica nell'interpretazione della dimensione economica della nostra società.

---

stesso tempo ha raggiunto la robustezza dell'attrezzatura richiesta dal progresso della tecnica e della scienza, che hanno soppresso le distanze ed imposto su scala sempre più larga la grande produzione di massa » (così, Relaz. cod. civ., n. 830; sulle esigenze della produzione di massa, con riguardo alla disciplina dettata negli artt. 1341 e 1342 c.c., cfr. la Relaz. cod. civ., n. 612 ed anche nota n. 99).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chiave statualistica certamente diversa da quella che era emersa dalle dichiarazioni della Carta del lavoro e da talune norme del codice civile del 1942.

Lo Stato non appariva più l'arbitro, che, pur estraneo alle strutture del mercato, era destinato a dirigerne le logiche. Diversamente dal modello desumibile, in via generale dalle dichiarazioni VII e IX della Carta del lavoro e dalle norme del codice civile, lo Stato sarebbe dovuto diventare anche contitolare (insieme ai privati) dei mezzi di produzione e, quindi, imprenditore esso stesso. La programmazione avrebbe poi pensato a razionalizzare siffatta coabitazione di pubblico e privato.

La *funzione sociale* della proprietà, proclamata dall'art. 42 cost., sembrò consentire una interpretazione che sottraeva all'istituto quella natura essenzialmente privata, che neppure il sistema fascista aveva inteso negare, consentendo interventi che ne assicurassero il ruolo di strumento in vista di nuovi equilibri e solidarietà sociali.

In questa prospettiva, la stessa natura squisitamente privata dell'autonomia negoziale poteva essere, manomessa da interventi legali e giudiziali.

Se mi si chiedesse cosa resta attualmente dei tanti, anche accesi, dibattiti che, sulla proprietà, sul negozio giuridico, sull'idea di programmazione economica, animarono la dottrina, dovrei ammettere che (tranne qualche eccezione, considerata allora controcorrente, perché non troppo deviata dagli entusiasmi delle ideologie) di essi, se non poco, restano (se si toglie loro l'impegno intellettuale in essi, comunque, profuso) echi abbastanza sbiaditi e la sensazione che la realtà attuale li abbia inesorabilmente *datati*.

Piuttosto, a nostro giudizio, anche in quei dibattiti, è percepibile, nonostante l'impronta, a volte, ingenuamente ideologica di taluni di essi, una linea di continuità che, muovendo dalla cultura che si era formata, sia in chiave dialettica intorno alla pandettistica, sia intorno alle antiche codificazioni, sia, per quel che più direttamente riguarda la nostra esperienza nazionale, intorno al codice civile del 1942 (considerato anche nel suo rapporto con la costituzione repubblicana), ha consentito di approdare alla sostanziale conferma della natura squisitamente privata dell'impresa, della proprietà e dell'autonomia negoziale, insita nelle caratteristiche originarie degli istituti. E l'odierno modello di sviluppo del mercato,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ormai non più soltanto nazionale, di questi esiti costituisce palese testimonianza.

Per quanto riguarda la proprietà, l'enfatizzazione della formula della *funzione sociale*, evocata, con riguardo alla proprietà, dall'art. 42 cost., che ha indotto, in una prima lettura, a ritenerla strumento per la realizzazione del « *primato della socialità sull'individualismo* e sulla logica economica » (143), si è dimostrata priva di reale fondamento.

Infatti, in una Costituzione fondata su un compromesso culturale, prima ancora che sociale (144), la valenza attuale della formula *funzione sociale* della proprietà (segnatamente produttiva), anche se la si colleghi con l'idea di programmazione contenuta nell'art. 41 cost., non sembra incidere significativamente né sulla natura dell'istituto, né su quella dell'autonomia dei privati e dell'impresa. Quest'ultime, anzi, escono, come si è detto, rafforzate dal processo di internazionalizzazione dei mercati e dalla conseguente accelerazione del processo di privatizzazione che, a livello di mercato nazionale, sempre più si impone.

La formula della *funzione sociale* dell'art. 42 cost., fuori da ogni valenza collettivistica o, comunque dirigistica, sembra piuttosto poter costituire un (certamente non l'unico) referente, per una adeguata razionalizzazione dell'istituto, in vista della ricomposizione degli assetti economici di una società che ha conosciuto, da un lato la frantumazione dell'unitarietà del modello appropriativo, intorno a cui era stato ricostruito l'istituto nel code Napoléon, dall'altro, le sovrapposizioni tra le logiche dell'impresa e quelle della proprietà

(143) Così, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli 1996, p. 315.

(144) Abbiamo indicato nelle pagine precedenti le possibile origini culturali della formula *funzione sociale* della proprietà. Con riguardo all'art. 42 cost., l'inserimento di tale formula, lungi dal riprodurre le istanze del positivismo francese o quelle del dirigismo del legislatore del 1942, sembra piuttosto affondare le sue più sicure radici da un lato, « nel pensiero sociale cattolico, e soprattutto in quelle dottrine comunitarie elaborate da attivi gruppi laici (da Maritain a Mounier, sino al codice di Malines) e seguite dalla Chiesa con molta cautela; e dall'altro lato nella esperienza della socialdemocrazia tedesca dal 1920 all'avvento del nazismo...la funzione sociale, vista in questi termini, non esprime una idea « comunitaria » della proprietà » e non vale a trasformare la proprietà, da diritto di escludere gli altri, in uno strumento d'integrazione del soggetto nella collettività ». Così P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1996, pp. 498 e 499.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produttiva e che, soprattutto, si è compiutamente trasformata da società dell'*avere*, in una società del *fare* e dunque delle *capacità* di *chi fa*.

Dunque, dal principio della *funzione sociale* richiamata dall'art. 42 Cost., emerge il tentativo di definire « le modalità d'uso di talune categorie di beni » (145); ciò al fine anche di realizzare il « programma di un avvicendamento dei gruppi e delle classi nella proprietà così come nel sistema politico; e così si spiega come siano promosse, incoraggiate e favorite le proprietà più lontane da ogni preoccupazione d'indole comunitaria, anzi le più gelosamente individuali come la piccola e media proprietà contadina, la proprietà coltivatrice, la proprietà dell'abitazione e, nel campo delle attività economiche, la cooperazione senza fini speculativi e l'artigianato » (146).

Insomma, un'idea di proprietà, quella che emerge dal dettato e dal sistema costituzionali, sempre più legata alla persona. In buona sostanza, « per reinserire la proprietà tra i " valori " della società e dell'ordinamento la strada...appare questa, di una proprietà ricondotta alla persona e quindi alle garanzie della libertà » (147). Il collegamento tra persona e proprietà appare di tutta evidenza, laddove i beni siano strettamente inerenti all'uomo. In questo senso, per « costruire una immagine siffatta della proprietà, può convincere anche il legame con la persona, e con la tutela della personalità, delle creazioni intellettuali dell'uomo e dei beni immateriali in cui le creazioni si esprimono; ed i beni immateriali... costituiscono una delle forme più imponenti di creazione e di controllo della ricchezza » (148).

Per quanto riguarda l'autonomia negoziale, la riflessione della dottrina appare più articolata.

Piace qui rilevarne alcuni soltanto dei momenti che hanno caratterizzato il dibattito dopo l'entrata in vigore del codice del 1942.

Un primo tentativo è stato quello di relegare l'atto di autonomia privata, al ruolo di *reperto archeologico*, in vario modo, *oggettivan-*

(145) Cfr. P. BARCELLONA, op. cit., p. 317.
(146) Così P. RESCIGNO, *Manuale* cit., p. 499.
(147) ID., *Introduzione al Codice Civile*, Bari 1991, p. 113.
(148) ID., *Manuale* cit., p. 499.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dolo. Dove con la sua *oggettivazione* si intendeva sottolineare la circostanza che la regola negoziale, dal momento che si fosse concretamente *realizzata* e resa socialmente *percepibile*, finisse per avere, come dire?, *esistenza* tendenzialmente autonoma rispetto agli intendimenti e agli interessi dell'autore o degli autori che la avevano dettata. In questa prospettiva, svalutando il ruolo della volontà negoziale e facendo leva, in chiave di sostanziale primato del ruolo dell'ordinamento dello Stato, sulla presunta funzione integrativa dell'art. 1374 c.c. (ma anche, in qualche modo, dell'art. 1375 c.c.) si ipotizzò la concorrenza di una pluralità di fonti legali e giudiziali, che partecipassero (finendo quasi sempre per sovrapporsi a questa), con la fonte privata, nella determinazione gli effetti dell'atto negoziale.

Ma che la funzione dell'art. 1374 c.c. non possa che essere e rimanere sostanzialmente interpretativa, nonostante la sua intitolazione, da decenni penso di avere, con qualche fondatezza, segnalato (149).

Il fenomeno della *contrattazione di massa*, ha fatto emergere taluni *rituali* e talune tecniche di formazione dell'accordo, apparentemente nuovi rispetto a quelli che la tradizione mercantilistica ci aveva consegnato.

In relazione a queste specifiche novità, lo studioso del diritto civile ha rivolto particolare attenzione, anche in chiave teorica, innanzitutto a talune nuove e più rigorose regole del gioco nel mercato, che sono quelle che la vecchia (cfr. artt. 1341 e 1342 c.c.) e, la nuova (art. 1469 *bis* e ss. c.c.) disciplina delle condizioni generali di contratto hanno attuato.

Con riguardo ad esse, la dottrina (non da ora e non soltanto italiana), finendo per coinvolgere lo stesso ruolo della volontà nel negozio giuridico, si è posta il certamente legittimo interrogativo, se

(149) Cfr., in proposito, nostri *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, pp. 286 ss. e, da ultimo *La « cultura » del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm*., 1997, I, pp. 867-868, nota 88 (in particolare). Confortano il mio convincimento le pagine di una studiosa, che, di recente, ribadendo orientamenti consolidati nella dottrina francese e avendo avuto l'amabilità di prendere in considerazioni anche le mie antiche riflessioni, non ha dubbi nel collocare tra le norme interpretative l'art. 1135 code Napoléon, che corrisponde al nostro art. 1374 c.c. Cfr., J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris 1999, pp. 330 ss. (in particolare).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio di fronte al fenomeno della contrattazione di massa, regolato secondo la disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto, si potesse ancora parlare di *autonomia* privata, atteso che al destinatario delle condizioni generali resta la libertà di concludere il contratto, non già quella di determinarne direttamente il contenuto.

In proposito la dottrina tedesca (già con Enneccerus e poi con Larenz, Esser, Raiser, Flume ed, in tempi più recenti, con Medicus) ha in modo convincente chiarito come, se è pur vero che, nella sua maggiore espansione, l'autonomia negoziale comprende sia l'*Abschlussfreiheit* sia la *Freiheit der inhaltlichen Gestaltung*, si può ancora continuare a parlare di autonomia negoziale, quando rimanga l'*Abschlussfreiheit*; dunque la libertà di concludere (come, appunto, accade, proprio nel fenomeno della contrattazione di massa) (150).

Del resto, alla base dello stesso meccanismo di formazione del contratto, più semplice e più tradizionale, quale è quello che si fonda sulla tecnica della proposta e della accettazione (cfr. l'art. 1326 c.c.), emerge un fenomeno di mancanza di libertà di determinare il contenuto del contratto e rimane, come nella contrattazione di massa, la sola *Abschlussfreiheit.*

Infatti, perché l'accettazione possa determinare la conclusione del contratto deve, e lo insegnano anche i manuali istituzionali, essere *definitiva* e *del tutto conforme* al contenuto della proposta. Insomma l'accentante, per concludere il contratto, deve, come è noto, far proprio, nella sua interezza, il regolamento d'interessi, predisposto nella proposta (che poi costituirà *il* regolamento d'interessi, *contenuto* di *quel* contratto).

Se ciò non accade, perché l'accettazione presenta elementi di diversità (rispetto alla proposta e, dunque, non coincide con questa), l'accettazione stessa assumerebbe il valore di una controproposta (151).

Del resto, anche la normativa sulle clausole vessatorie, dettata negli artt. 1469 *bis* c.c. e seg., non costituisce « negazione, né frattura

(150) Cfr., sul punto, il nostro *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, ora in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova 1994, pp. 280 ss. (in particolare).

(151) Sul punto, cfr. nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., pp. 244 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il principio dell'autonomia privata » (152); essa « non pone un diritto di classe, né uno statuto del " consumatore ": ciò che interessa all'ordinamento non è tanto che abbia come soggetto il consumatore (ciò che segna l'area soggettiva della portata della norma), ma che talune clausole, qualificate vessatorie, debbano formare oggetto di trattativa individuale (art. 1469 *ter*, 4° co., c.c.): pena l'inefficacia di queste; ma solo di queste (art. 1469 *quinquies*, 1° co., c.c.) » (153).

Sotto altro profilo, di fronte all'affinarsi e al proliferare di tecniche di formazione dell'accordo, che non si esprimono più nei tradizionali canoni linguistici di un esplicito e diretto dialogo tra contraenti, è sembrato che « l'individualismo...non più giova né riesce utile all'economia degli apparati tecnologici » (154) e che « La libertà di iniziativa economica, alla quale si riconducono e si appoggiano le varie tecniche dello scambio, ormai si dissocia dall'accordo » (155). E così, prendendo anche spunto dalle pagine di un antico scritto del 1901 di Antonio Cicu (156), ma adattandole alle nuove ipotesi di vendita (quelle, ad esempio, per televisione), si è voluto disarticolare l'accordo, sottolineandone il declino, nella *combinazioni di due atti unilaterali*, che si ritroverebbero « *nell'identità della merce*: è veramente questa, che combina i due atti e ne fa una decisione di scambio. Poiché le parti non parlano della cosa, cioè non la trascendono nel contenuto teoretico della lingua, esse appuntano ed esauriscono i loro atti in funzione della cosa. La espongono e la scelgono » (157).

Siffatta nuova ricostruzione di talune tecniche di scambio, se si propone nelle suggestioni di una elegante e pensosa ipotesi ricostruttiva, costituisce, tuttavia, un raffinato esercizio di intelligenza sui cui esiti, appare culturalmente stimolante.

---

(152) Così, G. Benedetti, *La tutela del consumatore nel quadro dell'Unione Europea*, in *Annali dell'Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Economia e Commercio*, Viterbo 1997, p. 23.

(153) Id., op. cit., *loco* cit.

(154) Così N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 13.

(155) Id. op. cit. *loco* cit.

(156) Cfr. A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, ora in *Scritti minori*, II, Milano 1965, pp. 287 ss.

(157) Così, N. Irti, *Scambi senza accordo* cit., p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In verità, l'analisi proposta è seria ed attuale. Le tecniche di vendita attuate, ad esempio, mediante televisione, sotto il profilo del contenuto teoretico del linguaggio, non sono a ben vedere molto diverse da quelle che si realizzano, attraverso *scambi muti*, per automatico o negli acquisti presso i supermercati, dove alla merce, disposta sugli scaffali, la clientela può direttamente accedere. Per altro, volendolo, si potrebbe astrattamente disarticolare (se ciò fosse di qualche utilità pratica o teorica) qualsiasi tipo accordo in due atti unilaterali, anche a prescindere dalla considerazione delle nuove tecniche di scambio: si pensi al normale meccanismo della proposta e della accettazione disciplinato nel codice civile. Resta comunque il fatto che, vi è sempre un momento in cui i due atti unilaterali, pur se attraverso la semplice considerazione della merce o dell'immagine di questa, si combinano, si incontrano e consentono di realizzare lo scambio. Ciò significa che, isolatamente considerato, il singolo atto unilaterale non ha autonoma forza regolatrice, non sembra in grado di attuare lo scambio; questo avviene quando gli interessi delle le parti convergono e cioè, come è stato pur detto, « si ritrovano *nell'identità della merce*: è veramente questa, che combina i due atti e ne fa una decisione di scambio » (158). Ma quel *ritrovarsi nell'identità della merce che determina la decisione di scambio* altro non sembra, appunto, che l'accordo; o se si vuole, una sua incisiva metafora. Insomma se questa decisione di scambio non si determina, lo scambio non si realizza; e non si realizza, perché non vi è contratto; e non vi è contratto perché non vi è accordo (159); e cioè non vi è quella *pactio* che Ulpiano indicava determinarsi a seguito del *duorum pluriumve in idem placitum* (*et*) *consensus* (D. II, 14, 1).

A tal proposito e fuori da ogni metafora, è noto come la dottrina abbia « teorizzato le varie tecniche o procedimenti di formazione del contratto: è testuale l'accordo che si conclude *non* con la *risposta* dell'oblato ma con l'*inizio di esecuzione*, che è atto *non dichiarativo* (art. 1327 c.c.). Qui la legge giunge ad *escludere* il *dialogo* che, nella specie, non serve alla conclusione del contratto, poiché è necessario, senza alternative, un *atto reale*. Lo scambio muto nel supermercato

(158) Così, N. IRTI, op. cit., *loco ult.* cit.

(159) Sul punto cfr. Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, Napoli 1970, p. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non è senza accordo. Lo schema della dualità di meri atti leciti, se esalta la solitudine del silenzio, non coglie l'*essenza* dello *scambio*, perché dimentica il tratto della *conformità* tra atti, sia pure muti, che deve sussistere perché essi assumano *valore di scambio*. Ma il *canone della conformità*, secondo l'ordine positivo (art. 1326, ult. cpv., c.c.) caratterizza e domina proprio la *formazione del contratto* » (160).

Lo scambio, dunque, è destinato a realizzarsi con la *combinazione* o, se si vuole, con l'*incontro*, dei due atti unilaterali; è a questo punto che « cessa l'azione individuale: è nato il contratto e l'espressione di volontà è ormai opera di questo atto che riassume una volontà comune » (161). Insomma, nelle nuove tecniche di formazione del contratto, certamente « vi sono due decisioni, come in ogni contratto: ma non (solo) decisione di esporre e di scegliere, bensì decisione di vendere e di comprare *lo stesso oggetto*. Il che significa accordo » (162). Nelle ipotesi prospettate, ma anche in molte altre, ci

(160) Così, G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul « diritto muto »*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 148.

(161) Salv. ROMANO, *Ordinamento* cit., *loco* cit.

(162) Così, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.,* I, 1998, p. 529. Le stesse tecniche della « vendita porta a porta » e la possibilità per il consumatore di recedere, che a tali ipotesi si accompagna, non costituiscono eccezioni al principio per cui è nell'accordo che si fonda l'efficacia definitiva del contratto. Riflettendo sulle dottrine che del fenomeno si sono occupate, non possiamo non sottolineare come, ai fini che in questa sede più immediatamente interessano, ad un esito, nella sostanza, non dissimile, si finisce per giungere, sia qualora si voglia ricostruire il fenomeno come una ipotesi di *condicio iuris* sospensiva, sia come una ipotesi di opzione a favore dell'acquirente, sia infine come proposta. Nella prima ipotesi, infatti, noi ci troveremmo, sicuramente, di fronte ad una vendita nella quale, tuttavia, per l'operare di una *condicio iuris* sospensiva, gli effetti traslativi non si sono potuti ancora realizzare. Nella seconda, ci troveremo di fronte ad un contratto (l'opzione), comunque diverso dalla vendita, nel quale l'effetto, eventualmente, traslativo (finale) non è destinato a verificarsi finché il titolare del diritto di opzione non lo abbia *positivamente* esercitato. Nell'ultima ipotesi, trattandosi di proposta, noi ci troveremmo in una fase che, riguardo alla eventuale vendita non ancora conclusa, apparirebbe una fase precontrattuale.

Insomma, quale che sia la soluzione prescelta, resta confermata, in modo, sia pur indiretto, l'interpretazione elaborata dalla dottrina dominante, già con riguardo al sistema del codice civile, per cui, nei confronti della vendita che definitivamente e compiutamente abbia prodotto i suoi effetti traslativi, il recesso non può esercitarsi; e che, dunque, si può esercitare il recesso solo nei confronti o di proposte contrattuali, o di contratti di prestazioni di servizi o di forniture periodiche o continuative di beni. Sulla « vendita porta a porta », per una più articolata riflessione, cfr., per tutti, il nostro scritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si trova di fronte a *linguaggi* i cui *significati* non si affidano né ai rituali, né alla coinvolgente *immediatezza* o alla *forza* evocatrice delle parole, ma a gesti, comportamenti ed anche a silenzi. Ma in ciò non c'è nulla di nuovo; è stato del resto sottolineato che « l'art d'interpréter les signes et le mutisme est familier aux droits archaïques » (163).

Del resto non è sfuggito anche il fatto che coltivare l'idea di uno scambio senza accordo e, dunque, senza contratto « significa omologare il congedo dalla libertà, della quale il contratto è espressione e presidio, per cedere alla logica dell'impresa » (164). Lo scambio senza parole sarebbe anch'esso una sorta diritto " muto ". Ma, come è stato con finezza sottolineato, « l'affermazione di un " diritto muto " è una contraddizione in termini. Il fatto bruto, di per sé, rimane tale; è veramente muto perché non riesce a dire nulla oltre sé stesso. Diviene regola privata, sentenza, ordinamento solo con l'attribuzione di un senso, mediante la parola ermeneutica » (165).

Sempre il fenomeno della *contrattazione di massa*, soprattutto, ma anche del sistema della sicurezza sociale, dell'assicurazione obbligatoria per taluni rischi, della contrattazione collettiva ecc. (166) hanno fatto venir meno l'idea (che aveva dominato i convincimenti della borghesia proprietaria), del contratto come « situazione unica

---

La compravendita come negozio di scambio, ora in G. B. FERRI - C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, pp. 241-249.

(163) Così, J. CARBONNIER, *Droit civil - Les Obligations*, Paris 1998, p. 72. Emilio Betti (lo ricorda anche G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio*, cit., p. 140) richiama taluni esempi di *baratti muti* (e cioè di contratti), diffusamente praticati nell'antichità. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 40, nota 4.

Del resto, per esperienze più vicine alle problematiche, cui abbiamo fatto riferimento, fu proprio Antonio Cicu a confermare la natura contrattuale dello scambio, certamente *muto*, tra distributore automatico ed utente. L'antico Maestro individuava, infatti, una ipotesi di offerta al pubblico « nell'offerta fatta a mezzo di automa » (A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 306); precisando che « nello scambio dell'oggetto contenuto nell'automa colla moneta gettatavi dall'utente viene ad esistenza un contratto di compra-vendita che si perfeziona non in virtù di semplice consenso, ma in virtù di un atto cui l'offerente, *legem dicens*, attribuisce forza perfezionativa del contratto » (ID., op. cit., p. 315).

(164) Così, G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio,* cit. p. 149.

(165) ID., op. cit., p. 151.

(166) P. RESCIGNO, *Manuale* cit., p. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e irripetibile » (167), e, con essa, l'immagine del contraente, individuo astratto, soggetto autonomo, « schematizzato in una volontà che dà o rifiuta il consenso » (168).

Quasi che il singolo contraente non abbia « nulla da spartire coi soggetti dell'infinito numero di contratti dello stesso tipo che si concludono nello stesso ambiente sociale e nello stesso tempo » (169).

All'immagine dell'individuo autonomo, soggetto astratto, centro di imputazione di fatti e parole (170) si verrebbe affiancando (o addirittura sostituendo) quella dei gruppi di individui, portatori di interessi omogenei che esprimono « individualità plurali nell'effettività di un contesto storico » (171); *individualità plurali* (*di massa* verrebbe voglia di dire), che, esprimendo condizioni reali di vita, possano diventare centri di imputazione di diritti, non più « anonimi e genericamente universali » (172).

Queste individualità plurali sono parse espressione dell'esistenza e dell'operare di nuove forme di *status* che, con la loro diffusione, tenderebbero a soppiantare la « *cultura* » del contratto, e finirebbero contemporaneamente per esprimere nuove forme di *soggettività*.

Per quanto riguarda il sorgere di queste nuove forme di *soggettività*, c'è da dire che questi nuovi gruppi, cui sembrano potersi riferire interessi comuni e costantemente omogenei (si pensi all'idea di *consumatore* che più di altri sembra avere un forte impatto suggestivo nell'immaginario del moderno uomo della strada), rivelano, ad una più pacata riflessione, minor compattezza ed omogeneità di quanto non si sia portati a credere.

Intendiamo con ciò dire che quando si parla, ad esempio, di consumatori o di imprenditori (e il nostro discorso sarebbe tanto più valido, se ci si dovesse, come pur è stato fatto, riferire a categorie ancor più generali, quali la donna, l'anziano, il lavoratore) si allude ad un'astrazione, appena utile per descrivere (ma soltanto descrivere) tendenziali convergenze di interessi; si allude cioè a gruppi che, nella realtà, appaiono del tutto indeterminati nella stessa composi-

(167) Id., op. cit., p. 155.
(168) F. Vassalli, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., in *Studi giuridici*, II, cit., p. 400.
(169) P. Rescigno, *Manuale* cit., p. 155.
(170) Cfr., P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., pp. 226-227.
(171) Id., op. cit, p. 227.
(172) Id., op. cit., p. 228.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dei soggetti che dovrebbero appartenervi e che spesso ad essi vengono ricondotti sulla base della constatazione di finalità, la cui omogeneità e comunanza sono, quasi sempre, presunte.

Si tratta, dunque, di gruppi del tutto diversificati negli interessi riferibili a coloro che li compongono; le cui azioni, è bene ricordarlo, nelle situazioni e nei rapporti concreti che da esse ciascun appartenente al gruppo intende far scaturire, sono, nei fatti (e, dunque, al di là delle facili proclamazioni) tutt'altro che ispirate ad unitarietà di intenti.

Tutto ciò non può costituire *quel* punto di riferimento stabile da permetterci di constatare l'esistenza di un nuovo *soggetto di diritto*, almeno nel senso in cui il giurista ha sempre inteso tale figura; a meno di non voler assumere l'idea di *soggetto di diritto* in una nozione così sbiadita, da risultare del tutto inutile. Dunque, l'affermata *soggettività* di tali gruppi altro non è che una formula di valenza semmai genericamente e descrittivamente *sociale*, o, se si vuole, *politica*; di certo, non ancora *giuridica*.

Il proliferare dei c.d. *status*, intesi nel senso anomalo in cui recenti dottrine tendono a parlarne, testimonierebbe, s'è detto, l'affermarsi di una propensione alla « *fuga* » *dal* contratto verso lo *status*; e cioè il prevalere dell'esigenza individuale « di sicurezza sociale sull'astratta tensione alla libertà » (173). Insomma, nel mondo di oggi, lo spirito umano « cerca l'elementare sicurezza dal bisogno e rifiuta la rischiosa avventura della libertà » (174).

Ma *fuga dal contratto*, in una economia di mercato, non può, a ben vedere, mai aversi, perché, come, come ha di recente sottolineato un fine giurista, il mercato « è, insieme, un risultato e una misura: per un verso è l'esito delle singole contrattazioni (non c'è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per un altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (= ogni trattativa si intraprende sulla base delle condizioni di mercato) » (175).

Non è, allora, forse un caso che, così stando le cose, proprio la

---

(173) P. RESCIGNO, *Situazione e « status » nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 222.

(174) ID., op. cit., p. 223.

(175) Così, M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso - Lineamenti di una teoria*, Torino 1966, pp. 359-360.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina commercialistica (attenta alla logica del mercato), abbia posto in luce come ciò che può apparire un intervento teso soprattutto a disciplinare il contratto (tale è, ad esempio, soprattutto il caso degli artt. 1341 e 1342 c.c. ed anche quello della normativa europea che si è tradotta negli artt. 1469 *bis* e seguenti c.c.), sia, in realtà, come del resto lascia intendere la stessa Relazione al codice civile (n. 612), un intervento volto a disciplinare l'attività d'impresa.

Tale intervento, « per lo più destinato a fini di tutela della generica categoria dei " consumatori ", rappresenta in sostanza (quando concretamente operante) l'apposizione di limiti all'autonomia dell'imprenditore ed al suo potere di organizzare la propria attività » (176).

In questa prospettiva, quella che si presenta come esclusiva disciplina della conclusione del contratto è in realtà « una sorta di razionalizzazione dello strapotere dell'impresa...che ne legittima l'esistenza e l'espansione » (177).

In sostanza, al riconoscimento « del potere normativo dell'impresa...si accompagnano...correttivi tesi a trovare o costruire un punto di equilibrio tra le necessità della produzione e quelle del consumo; e perciò diretti ad impedire gli " abusi " intollerabili, ma non a limitare o impedire quello che si è chiamato esercizio di potere normativo » (178). Dunque, « la logica dell'autonomia privata...non ne esce affatto compressa, ma tutt'al più sottoposta a nuove e più rigorose regole del gioco. I meccanismi mercantili di circolazione della ricchezza non sono posti in discussione, né alterati o corretti: se ne circoscrive soltanto a dimensioni più tollerabili e prevedibili l'effetto negativo su alcuni dei gruppi sociali che ne sono coinvolti » (179).

Ne risulta che la distanza dell'attuale modello neoliberista dal tradizionale « modello liberalmercantile dell'autonomia contrattuale...è meno marcata di quanto non appaia » (180); ciò nel senso che, sia pure, attraverso tecniche diverse (le più recenti indubbiamente

(176) Così C. Angelici, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Roma 1985, p. 194.

(177) P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., p. 405.

(178) Id:, op. cit., p. 420.

(179) Così, P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., p. 420.

(180) Id., op. cit., p. 405.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

improntate a maggior rigore), la tutela giuridica dell'autonomia negoziale continua, sostanzialmente, ancora a fondarsi sulla partecipazione di ciascun contraente alla determinazione del regolamento contrattuale.

Due fatti sembrano, piaccia o non piaccia, oggettivamente accertabili nella realtà attuale. Da un lato, senza con ciò volerne proporre sbrigative delegittimazioni o disconoscerne la sua storica funzione di determinante fattore di equilibrio sociale ed economico, si comincia a prendere coscienza che, nei rapporti tra privati, l'ordinamento statuale non sia mai stato (come lo spirito delle codificazioni può forse aver indotto a credere) l'unica ed esclusiva *machine à fabriquer le droit* (181); e che, anzi, nei nostri tempi, rischia di giocare, in questo settore, un ruolo marginale, se continuerà ad essere, come è, impacciato, spesso confusionario e, di certo, in ritardo, non soltanto nella produzione normativa, ma anche nella concreta realizzazione della tutela degli interessi, che pur abbia inteso proteggere.

D'altro lato, si può facilmente constatare come l'autonomia dei privati sia ben viva ed operante nell'attuale esperienza socioeconomica, nella quale si assiste (e lo abbiamo constatato) alla conferma del suo ruolo e dei suoi caratteri tradizionali, cui, anzi, sembrano volersi aggiungere nuovi compiti funzioni.

Non è un caso, ad esempio, che, se un tempo i negozi giuridici venivano principalmente considerati strumenti per la circolazione della ricchezza e delle cose, oggi, ad esempio, « servono anche per farle, per creare prodotti finanziari » (182): e, dunque, per creare nuovi beni, per nuove *forme di ricchezza*.

Né può sottovalutarsi il fatto che attualmente studiosi e politici sembrano tutti d'accordo (quali che siano le ideologie di appartenenza) nel ritenere indispensabile che lo Stato si ritiri, proprio a favore dei privati (e, dunque, della loro autonomia), da quel processo produttivo, cui, fino ad ora, pur aveva partecipato intensamente ed in prima persona.

---

(181) La constatazione è di G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1948, pp. 26 ss.

(182) Così, F. GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in AA.VV., *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, Bologna 1993, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quasi mezzo secolo fa, Georges Ripert ricordava come « qui défend les principes traditionels est accusé de nier le progrès » (183).

Potrò anche incorrere in tale accusa, ma, senza evocare impropoponili *fantômes de la volonté* (ma senza neppure negare a quest'ultima il ruolo eminente che nell'idea stessa di autonomia è chiamata a svolgere), a me sembra che l'autonomia negoziale, in culturale continuità (intendiamo ancora una volta ribadirlo) con la funzione e i caratteri fondamentali, che avevano caratterizzato le sue prime formulazioni, continui a rappresentare « un momento essenziale della stessa libertà della persona, che costituisce un valore irrinunziabile della civiltà umana » (184).

Del resto, in un mondo di uomini liberi che intenda razionalizzare, in un sistema di responsabilità e solidarietà economiche, i meccanismi di produzione e di circolazione della ricchezza, il problema, « non è di autorità, ma di autonomia » (185).

(183) G. Ripert, *Le régime démocratique*, cit., p. 415.

(184) R. Scognamiglio, *Negozio giuridico,* ora in *Scritti giuridici*, I, Padova 1996, p. 88.

(185) P. Gobetti, *La rivoluzione liberale - Saggio sulla lotta politica in Italia*, Torino 1964, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALFREDO CORPACI

NOTE SU LA DOTTRINA AMMINISTRATIVISTICA ITALIANA E LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA TRA FASCISMO E REPUBBLICA

1. Le ragioni di un esame puntato su alcune questioni relative alle « riforme desiderabili » nell'ordinamento della giustizia amministrativa, e di un ampliamento temporale a vicende precedenti l'instaurazione del regime fascista. — 2. La proposta di istituire un supremo tribunale amministrativo staccato dal Consiglio di Stato, e l'alternativa tra riforme radicali e limitati perfezionamenti: il dibattito in occasione dei lavori della Commissione istituita da Luzzatti nel 1910. — 3. *Segue*: e in occasione dei lavori della Commissione Forti per la riforma dell'amministrazione (1947) e della Assemblea Costituente. — 4. La discussione sul carattere delle attribuzioni delle sezioni del contenzioso del Consiglio di Stato, sui connotati della giurisdizione amministrativa e dell'interesse legittimo. — 5. Conclusioni.

1. *Le ragioni di un esame puntato su alcune questioni relative alle « riforme desiderabili » nell'ordinamento della giustizia amministrativa, e di un ampliamento temporale a vicende precedenti l'instaurazione del regime fascista.*

Molteplici sono i punti di vista onde indagare, con riguardo alla tematica della giustizia amministrativa, l'itinerario della scienza giuridica italiana nel passaggio tra fascismo e repubblica.

Nel Discorso generale sulla giustizia amministrativa (1) M.S. Giannini offre una panoramica che, spaziando su un ben più vasto arco temporale (dai primi studi in materia, fino ai primi anni '60 del 900), si incentra sull'opera della dottrina in una prospettiva, per così dire, interna alla relativa elaborazione, volta a misurarne i progressi nell'analisi e nella sistemazione scientifica. Secondo Giannini, incompiuto l'iniziale tentativo di trattazione scientifica della giustizia

(1) M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; 1964, 12 ss.; 1964, 217 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativa ad opera di F. Cammeo, la materia rimase appannaggio di « espositori culti »; lo stesso Zanobini « che pur offriva la più chiara e completa trattazione di giustizia amministrativa di questo periodo, avvertiva quanto insoddisfacenti fossero gli studi processuali in materia ». A Guicciardi viene assegnato il merito di aver dato spinta al rinnovamento degli studi: « è con lui che comincia l'analisi veramente scientifica della materia », ancorché la ricostruzione di questo Autore abbia il difetto di risolvere « in termini di architettura di concetti problemi la cui complessa realtà storica richiede ben più articolato apparato di distinzioni ». Bisognerà attendere gli anni 50/60 del 900 perché, tra le altre, opere quali quelle di F. Benvenuti sull'istruzione, di M. Nigro sull'appello, di A. Piras su interesse legittimo e giudizio amministrativo vengano a « fondare quella scienza del diritto processuale amministrativo a cui auspicavano, da Cammeo in poi, i nostri maggiori studiosi ».

In parallelo alla valutazione del percorso seguito dalla dottrina, Giannini ripercorre gli itinerari seguiti dalla giurisprudenza e l'opera del legislatore. Le opinioni espresse in proposito sono alquanto severe: « quest'organismo che gli autori hanno beneficiato del nome di 'sistema della giustizia amministrativa' italiano … (nato) non da composta scienza del legislatore ma dall'apporto giustiziale unito all'*opinio doctorum* … è non solo un brutto sistema, ma una contraffazione ». Frutto di scelte illiberali fatte dai giudici, le cui costruzioni la dottrina « sposò in pieno » (così per il modo di intendere la imperatività del provvedimento amministrativo) ed « applaudì con soddisfazione » (così per il concordato giurisprudenziale del 1929 che sancì la sconfitta della teoria del *petitum*). I « giuristi espositori » non si resero conto che dietro scelte giurisprudenziali apparentemente limitate ad aspetti interni al processo (quale, appunto, il rigetto del criterio del *petitum* in ordine alla questione del riparto delle giurisdizioni) si nascondeva una certa concezione generale della giustizia amministrativa, espressione di forze nettamente illiberali. L'automutilazione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione in nome di un malinteso principio della divisione dei poteri ha comportato riduzione della tutela del cittadino, implicando rinuncia ad un « verace » sindacato sui provvedimenti amministrativi estintivi di diritti e poteri dei privati.

Quanto ai giudici amministrativi, secondo Giannini, da un lato,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le Giunte provinciali amministrative sono da considerare « nulla più che esemplari neppur riveduti dei vecchi tribunali del contenzioso amministrativo, di infame memoria »; dall'altro, « chi volesse sapere del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato dalla lettura delle norme che lo regolano resterebbe allibito nel constatare come processi così importanti siano retti da una disciplina tanto rozza ». Il Consiglio di Stato, aggiunge, « rappresenta un caso di straordinario interesse sociologico, poiché è uno dei pochissimi esempi di istituti mediocremente concepiti che si rendono buoni per opera di uomini. Sino ad oggi sotto certi aspetti è ancora da stupire che esso si sia salvato, poiché basterebbe che quattro avvocatucoli divenuti ministri, per reazione ad annullamenti che abbiano dato loro fastidio, lo riempissero di proprie creature, affinché l'equilibrio quasi miracoloso su cui si regge venga spezzato ».

Nella lettura del Discorso generale colpisce la evidente, seppure non assoluta, separazione tra valutazione del percorso della dottrina, da un lato, e valutazione degli apporti giurisprudenziali e dell'opera del legislatore, dall'altro. I giudizi tanto severi nei confronti dell'« assurdo parasistema » si stemperano quando l'Autore assume a riferimento la dottrina. A quest'ultima viene semmai imputato di aver acceduto alle scelte giurisprudenziali senza coglierne l'effettiva portata e la reale valenza. Colpa, tutto sommato, veniale, tanto più in quanto la costruzione giurisprudenziale, imponendosi come normativa, « potrà non piacere », ma andava comunque accettata come diritto positivo vigente.

La critica alla dottrina si incentra, piuttosto, sul non essere riuscita, per lungo tempo, a spiegare il sistema, non cogliendo nella ricchissima problematica che la scienza del diritto processuale civile andava elaborando quegli spunti che le avrebbero permesso di andare oltre la semplice esposizione ovvero la trattazione di questioni esegetiche, per arrivare ad una ricostruzione con dignità scientifica del giudizio amministrativo e, più in generale, della tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Cosa che è avvenuta allorché la dottrina amministrativistica si è inserita nel dibattito della scienza processualistica, passando ad una elaborazione propriamente processuale.

A fronte di un esame condotto nel senso suddetto, c'è da chiedersi se la valutazione dell'opera della dottrina compiuta da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giannini risulti, alla fine, non del tutto esaustiva; lasciando in ombra un aspetto che, seppure possa apparire estraneo alla ricostruzione degli itinerari strettamente pertinenti alla elaborazione scientifica, tuttavia non è irrilevante per la complessiva considerazione degli apporti che quella ha dato e dei percorsi che ha seguito. Mi riferisco all'indagine sul come la dottrina italiana si è posta rispetto alla (esigenza di) evoluzione del sistema e degli istituti della giustizia amministrativa.

Una indagine da tale punto di vista appare tanto più necessaria in quanto si tratti — come richiesto agli Autori degli scritti raccolti in questo volume — di concentrarsi sull'esame degli elementi di continuità e trasformazione tra fascismo e repubblica. La Costituzione (e quanto vi sta intorno), che scandisce questo passaggio, offre il più significativo elemento di riferimento per apprezzare, nella prospettiva che si è detta, posizioni e contributi della dottrina. D'altro canto, il tema delle « riforme desiderabili » nell'ordinamento della giustizia amministrativa non emerge solo nella fase costituente, ma pure in precedenza costituisce oggetto di un dibattito a tratti vivace (2), in relazione anche ai numerosi problemi e interrogativi cui sin dalle prime applicazioni diedero luogo la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato e le successive modificazioni e integrazioni introdotte dalla legge 7 marzo 1907, n. 62 e dal R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840. Appare così opportuno allargare l'analisi ad alcune di queste ulteriori vicende, seppure esse si collochino prima della instaurazione del regime totalitario, in quanto, nella prospettiva che si intende seguire, ci permettono di testare su un più lungo periodo l'atteggiamento della dottrina.

Nelle pagine che seguono saranno toccate solo poche delle questioni e discussioni che hanno contraddistinto il corso della giustizia amministrativa italiana, fino a giungere ai giorni nostri (3):

---

(2) Si v. gli scritti pubblicati negli anni '10 del 900 nella *Rivista di Diritto Pubblico*, tra i quali A. CODACCI PISANELLI, *Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale* (1912, I, 37 ss.) e S. D'AMELIO, *Sulla istituzione in Italia di un supremo tribunale amministrativo* (1912, I, 74 ss.).

(3) Cfr. le proposte formulate nel progetto di riforma costituzionale elaborato nel 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, in *Diritto pubblico*, 1997, 923 ss. In tema si v., tra gli altri, A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, *ivi*, 895 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'istituzione di un apposito tribunale ovvero il mantenimento del contenzioso in capo al Consiglio di Stato; la connotazione della giurisdizione in termini di diritto oggettivo o soggettivo; la configurazione della situazione soggettiva oggetto di quella giurisdizione. Aspetti tra loro collegati e tutti parte di « un'avventurosa partita giocata con la storia sul terreno dei massimi principi » (4). È già stato rilevato come all'interno delle posizioni complessivamente espresse dai vari Autori emergano « contraddizioni probabilmente inevitabili » (5); ed è frequente, come vedremo, l'affermazione secondo cui la bontà e la coerenza delle ragioni teoriche debbono cedere rispetto ad una pragmatica considerazione della realtà e della pratica. Ciò conferma la problematicità nella ricostruzione del quadro, legata anche al « modo di essere storico e concreto » della giustizia amministrativa (6), al rilievo che in essa ha avuto ed ha il dato politico. E, tuttavia, sarebbe troppo semplicistico liquidare certe tesi e certe contraddizioni sostenendo che il corso degli eventi ne ha fatto giustizia e ne ha dato giustificazione. Non voglio qui certo mettere in forse, per stare all'opera della istituzione in cui si identifica l'introduzione e l'affermazione della giustizia amministrativa in Italia, un giudizio di eccellenza comunemente condiviso. Peraltro, proprio per l'ambito che quell'espressione ha tradizionalmente coperto — ulteriore rispetto alla tutela propriamente giudiziaria —, e per il ruolo che in parallelo è stato assegnato al Consiglio di Stato — « supremo custode delle migliori tradizioni dell'amministrazione italiana » (7) —, ordinamento della giustizia amministrativa e ordinamento dell'amministrazione non possono considerarsi aspetti del tutto separati e distinti. Se è vero che non bisogna « scambiare i vizi dell'amministrazione con i difetti delle strutture giudiziarie che sono chiamati a metterli in luce » (8), bisogna però anche chiedersi se e in

(4) M.S. Giannini, A.Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 251.

(5) M.S. Giannini, A.Piras, *Giurisdizione amministrativa cit.*, 252.

(6) Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 18.

(7) E. Guicciardi, *Consiglio di Stato*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1938, 908.

(8) G. Corso, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma* cit., 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che termini sul cattivo rendimento dell'amministrazione pubblica abbia influito un certo ordinamento della giustizia amministrativa e degli organi ad essa deputati.

2. *La proposta di istituire un supremo tribunale amministrativo staccato dal Consiglio di Stato, e l'alternativa tra riforme radicali e limitati perfezionamenti: il dibattito in occasione dei lavori della Commissione istituita da Luzzatti nel 1910.*

Nella relazione (9) al R.D. 13 luglio 1910, n. 500, istitutivo di una commissione (10) per lo studio delle riforme alle leggi sulla giustizia amministrativa, l'allora Presidente del Consiglio e Ministro dell'interno Luzzatti iniziava richiamando la discussione sul tema svoltasi in Senato in occasione dell'esame del bilancio dell'interno. In particolare proponeva l'interrogativo, ivi emerso, « se non fosse giunto il momento di staccare dal Consiglio di stato le due sezioni giurisdizionali per farne un supremo tribunale amministrativo ». Più in generale, rispetto all'eventualità di « immediate riforme legislative » volte a rimediare « le incertezze e gli inconvenienti » del sistema, ricordava il « contrasto di tendenze tecnico-giuridiche » tra chi « invoca un nuovo, sollecito, radicale intervento della legislazione » e quanti « reputano opportuno attendere dal progresso della dottrina e della giurisprudenza la direttiva per l'ulteriore svolgimento d'istituti da breve tempo costituiti e recentemente riformati ».

Gli stessi interrogativi, accanto ad altri, si ritrovano nella relazione predisposta nel 1947 dalla Commissione (Forti) per la riforma dell'amministrazione, in accompagnamento ad uno schema di legge sulla giurisdizione amministrativa. Tra i « problemi fondamentali » affrontati vi è quello della eventuale scissione delle funzioni consul-

(9) In *Giur. it*. 1910, *Supplemento legislativo*, col. 331-333.

(10) A farne parte erano chiamati: i senatori A. Bonasi, G. Cavasola, L. Mortara, O. Quarta, V. Scialoja, O. Serena, e i deputati A. Codacci Pisanelli, G. De Nava, T. Mosca, V. E. Orlando, A. Salandra, C. Schanzer, oltreché il direttore generale dell'amministrazione dell'interno A. Pironti. Dalla relazione predisposta dal Codacci Pisanelli, pubblicata in *Riv. Dir. pubbl.*, 1916, I, 290 ss., si ricava che ai suddetti componenti si aggiunsero i senatori Arcoleo, De Cupis, Filomusi-Guelfi e Inghilleri. A presiedere la Commissione fu chiamato il sen. Bonasi (consigliere di Stato, presidente della IV sezione, insediato alla Presidenza del Consiglio di Stato nel novembre 1910).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tive dalle giurisdizionali del Consiglio di Stato. Più in generale, si discute dell'alternativa tra una revisione radicale del sistema (affidare ad una giurisdizione unica la tutela dei diritti e degli interessi) e un intervento calibrato su ben più limitati « perfezionamenti di carattere tecnico » e « ritocchi » volti a eliminare gli « inconvenienti », lasciando invariate le linee portanti del modello.

In entrambe le occasioni prevarrà « chiaro il programma e il concetto … di proporre riforme e modificazioni limitate » (11). Ancorché non mancassero seri argomenti a favore di più consistenti interventi.

All'indomani della istituzione della IV sezione, V. E. Orlando, nel valutare l'accorpamento nella legge sul Consiglio di Stato delle norme sulle attribuzioni del nuovo organismo, non si era limitato ad una critica « meramente metodica e formale » (12). Rilevato che alla materia del contenzioso amministrativo andava riconosciuta una « autonomia così scientifica che pratica », giungeva a censurare « come forzata e inorganica la fusione del supremo magistrato di giustizia amministrativa col Consiglio di Stato, di cui costituisce una sezione. Se l'autonomia degli istituti dipende dall'autonomia del loro contenuto, non è chi non vegga come la funzione consultiva … sia sostanzialmente distinta da quella contenziosa … Il riunire tali distinte funzioni in un unico corpo, nell'ordinamento francese si spiega, più che non si giustifichi, per ragioni storiche e di fatto. Ma in Italia, dove l'istituzione si creava *ex novo*, si sarebbe fatto meglio se si fosse seguito l'esempio germanico di creare un apposito tribunale di giustizia amministrativa ».

Circa un decennio dopo Vittorio Scialoja riproponeva sulle colonne della *Rivista di diritto pubblico* (13) le « gravi ragioni » a suo avviso dimostrative dell'opportunità di distaccare le sezioni giurisdizionali dal Consiglio di Stato. Secondo questo Autore, tanto più in quanto risultava ormai acquisito il carattere giurisdizionale della IV e V sezione, la promiscuità delle funzioni faceva dell'organismo un

(11) A. Codacci Pisanelli, *Sulle riforme desiderabili* cit., p. 67.

(12) V. E. Orlando, *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, vol VIII, p. 2ª, Torino, 1895-1898, 908.

(13) V. Scialoja, *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« corpo ibrido », ed implicava « gravi inconvenienti ». In ordine alla scelta e alle « qualità di ingegno e dottrina » dei consiglieri di stato, Scialoja rilevava come l'applicazione a una funzione schiettamente giurisdizionale avrebbe richiesto sistemi diversi: « può forse lasciarsi al prudente arbitrio del Governo, moderato soltanto dai freni della morale amministrativa e della consuetudine, la scelta dei consiglieri delle sezioni consultive; ma è manifesta la necessità di meglio cautelare la nomina dei membri dei collegi giurisdizionali, ai quali è affidata la delicata missione di giudicare degli atti della pubblica amministrazione ». L'Autore si faceva carico della considerazione di parte avversa, secondo cui all'esercizio dei compiti anche giurisdizionali sarebbe stata grandemente utile la « pratica amministrativa ». Ma invitava a non esagerare l'importanza di tale aspetto, osservando che « la natura dei giudizi … richiede più spesso mente giuridica, che pratica di affari, e non sempre la mente giuridica viene rafforzata dall'esercizio della quotidiana amministrazione » (14).

Quanto, poi, alla delicata questione della posizione delle sezioni consultive rispetto a quelle giurisdizionali e ai casi non infrequenti in cui queste ultime fossero chiamate a giudicare di atti emanati a seguito di pareri dati dalle prime, Scialoja osservava come « se la decisione riconosce l'illegittimità dell'atto, ne risulta condannata moralmente la sezione consultiva; se la decisione rigetta il ricorso, può rimanere il sospetto (ingiusto ma umano) che abbia avuto qualche peso nel giudizio il riguardo dovuto ai colleghi dei magi-

(14) V. SCIALOJA, *Per una riforma* cit., 15. In uno scritto del 1961 G. MIELE (*Alcune considerazioni sull'indipendenza del giudice amministrativo in Italia*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1987, 874 ss.) avanza riserve sulla circolabilità dei consiglieri delle sezioni consultive alle sezioni giurisdizionali, osservando che la pratica delle funzioni consultive, « abituata di solito a considerare il solo interesse dell'amministrazione può generare inconsapevolmente una disposizione a farlo prevalere su quello degli altri soggetti con cui venga in contrasto; inoltre, pur non volendo negare l'utilità dell'esperienza dell'amministrazione per il compito del giudice amministrativo, la mentalità del primo non sempre si accorda con quella, distaccata e aperta, di chi ha per funzione propria di giudicare ». L'Autore sottolinea inoltre che connessioni e rapporti con le pubbliche amministrazioni, comuni all'esercizio della consulenza, mal si conciliano con « l'equidistanza della funzione giurisdizionale ». Analoghe considerazioni Miele riproporrà nella relazione presentata al Congresso celebrativo delle leggi di unificazione, tenutosi a Firenze nell'ottobre del 1965 (*Passato e presente nella giustizia amministrativa in Italia*, in *Scritti giuridici* cit., vol. II, 1063).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strati giudicanti ». D'altro canto, giudicava « dannosissima » la prassi, già allora consolidata, di affidare ai consiglieri di stato « frequenti missioni amministrative », tanto più che « queste missioni sono date da quello stesso Governo i cui atti debbono essere giudicati ».

Argomenti tutti che Scialoja si fece carico di esporre e ribadire in Senato nella tornata del 15 giugno 1909 (15); che ancora maggior eco ebbero, sempre in Senato, l'anno successivo (16). Le tesi di Scialoja vengono, infatti, condivise e propugnate dal sen. Inghilleri, allora presidente della IV sezione del Consiglio di Stato; il quale da un lato prospetta l'opportunità di « sfrondare » le materie « in cui l'opera del Consiglio di Stato nelle sezioni consultive non produce né può produrre utilità alcuna »; dall'altro, e sia pure con qualche prudenza, si schiera per l'istituzione del « Tribunale amministrativo, come in Germania ed in Austria ». È vero che certi argomenti di critica al sistema sono espressi in modo indiretto (17), riferendosi l'Inghilleri più che altro a quanto appare essere al « pubblico »; ma è probabile trattarsi di una cautela dovuta alla posizione ricoperta.

Sulla scia di tale dibattito che, come detto, indurrà l'allora Presidente del Consiglio e Ministro dell'Interno Luzzatti a istituire « non una di quelle commissioni di parata, ma una commissione di lavoro nella quale siano rappresentate tutte le opinioni degli uomini più competenti » (18), i vari aspetti del problema vennero discussi

(15) Atti Senato, Legislatura XXIII, 1ª sessione 1909, Discussioni, Tornata del 15 giugno 1909, 518 ss.

(16) Cfr. Atti Senato, Legislatura XXIII, 1ª sessione 1909-1910, Discussioni, Tornata del 21 giugno 1910, interventi di Scialoja (2751 ss.) e De Cupis (2763 ss.); Tornata del 22 giugno 1910, interventi di Inghilleri (2776 ss.) e del Presidente del Consiglio Luzzatti (2790 ss.).

(17) Così per quanto riguarda la questione dei possibili contrasti tra le sezioni giurisdizionali e le consultive: « credete che il buon pubblico possa giudicare bene, quando la sezione giurisdizionale annulla un provvedimento emesso su conforme parere della sezione consultiva? »; ed anche con riguardo al difetto delle « garanzie che hanno tutti gli altri giudici », che Inghilleri denuncia (« noi non abbiamo nessuna garanzia ») edulcorando l'affermazione con l'esporre in parallelo « la considerazione che il carattere e l'indipendenza siano virtù d'animo, non un portato di decreti o di garanzie ufficiali; non ci ho creduto mai, ma il pubblico ci crede, e quindi queste garanzie ci vogliono ».

(18) Atti Senato cit., Tornata del 22 giugno 1910, 2791. Il Presidente del Consiglio anticipava che avrebbe chiamato a far parte della commissione i sen. Scialoja, Inghilleri,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel corso del VII congresso giuridico nazionale, ove Salvatore D'Amelio ripropose le tesi favorevoli alla istituzione di un « supremo tribunale amministrativo » (19).

Il riaffacciarsi di una proposta « tanto grave quanto sarebbe quella di spogliare il Consiglio di Stato della giurisdizione » (20) suscitò immediate reazioni, di cui si fecero autorevoli interpreti i componenti stessi di quell'organismo, in primo luogo lo stesso Presidente, senatore Giorgio Giorgi.

In uno scritto le cui ragioni sono esplicitamente legate alla istituzione della Commissione di studio per le riforme alle leggi sulla giustizia amministrativa, Giorgi si preoccupa di contestare gli argomenti messi in campo dai propugnatori della sottrazione al Consiglio di Stato delle funzioni giurisdizionali; « giureconsulti dotti … e pieni di fede nelle loro convinzioni », concede l'Autore, ma sviati da « preconcetti dottrinali ». Le critiche, da questi formulate, di ibridismo e promiscuità vengono respinte a fronte della considerazione che « finché il Consiglio di Stato sia il moderatore dell'azione amministrativa, e nessuno pensa a negarlo, mi pare logico e pienamente conforme alla sua natura, che la facoltà di dar pareri a guida preventiva dell'azione amministrativa, venga integrata con la potestà di decidere, in repressione di qualsiasi offesa alla giustizia, che sia intervenuta nei provvedimenti emessi per dirimere gli attriti tra la ragione pubblica e l'interesse privato. La dualità delle funzioni, consultive e decisorie, diverse certamente nel modo di operare, è dunque logicamente coordinata nell'aiuto scambievole che una funzione dà all'altra, e nell'ultimo fine a cui entrambe cospirano ».

Giorgi si preoccupa di rintuzzare punto per punto gli argomenti portati da Scialoja, in particolare quanto alla capacità e alla indipendenza dei consiglieri di stato. Dal momento che la giustizia amministrativa « non è altro che l'amministrazione deliberante sotto la garanzia della giustizia », il miglior giudice sarà quello che, libero da soggezione al potere esecutivo, « viva tuttavia nell'ambiente dell'am-

---

Mortara, che nella discussione avevano preso le parti del distacco delle funzioni giurisdizionali dal Consiglio di Stato, « ma pregherò anche il Quarta, il quale recentemente scrisse una memoria che va tutta in senso contrario alla tesi sostenuta in Senato ».

(19) S. D'AMELIO, *Sulla istituzione in Italia* cit., in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 74 ss.

(20) G. GIORGI, *La giustizia amministrativa nel Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 1911, IV, 105 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ministrazione » e, perciò, acquisisca « l'attitudine a distinguere l'interesse dal diritto », assimilando il criterio di « quell'*aequum jus* fra l'interesse pubblico ed il privato che nella sede amministrativa costituisce la caratteristica essenziale di una sentenza ». In proposito, seppure i consiglieri di stato non godano di quella piena inamovibilità garantita ai magistrati ordinari, le guarantigie loro accordate sono ritenute sufficienti; salvo aggiungere che, comunque, l'esperienza maturata ha dimostrato come « il nostro Consiglio di Stato ha potuto essere superiore ad ogni sospetto e restare immune da ogni taccia di meno che perfetta imparzialità ». Se, dunque, la prova data è risultata positiva, se la fiducia e il rispetto verso l'organismo si sono ampliati e consolidati, a chi accampa la preoccupazione di possibili future degenerazioni va opposto che « non fu mai consiglio di prudenza il preoccuparsi di mali che non ci minacciano ».

Giorgi non manca di riconoscere l'esistenza di qualche insufficienza (tra le quali ricorda gli incarichi extraistituzionali) e, in relazione ad esse, l'opportunità di ritocchi; sempreché « si facciano con mano cauta ed accorta, migliorando il già fatto, senza compromettere quella giurisdizione che venne affidata per pubblico bene al Consiglio di Stato, il quale seppe degnamente custodirla ».

Nella stessa direzione di quello che può ben considerarsi un accorato appello a difesa dell'istituzione (21), si muove un altro autorevole componente del Consiglio di Stato, oltreché deputato al Parlamento: Carlo Schanzer. Anch'egli prospetta la necessità di qualche revisione dell'ordinamento di quel consesso, ma nettamente respinge l'idea della sottrazione ad esso delle competenze giurisdizionali (22); ciò che ne comprometterebbe grandemente il prestigio. In ogni caso, viene sottolineato che « la costituzione delle magistrature amministrative con criteri rigorosamente giudiziari potrebbe rappresentare un serio pericolo per la giustizia amministrativa, aumentando tra i poteri dello Stato gli attriti ed i conflitti che si

(21) In apertura del suo scritto Giorgi avverte che dalla risoluzione del problema relativo all'eventuale distacco delle sezioni giurisdizionali « dipendono l'avvenire del Consiglio di Stato e quello della Giustizia Amministrativa in Italia ».

(22) C. SCHANZER, *Sulle riforme nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 145 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evitano meglio con un sistema come il nostro. Nel medesimo, infatti, gli elementi amministrativi e giurisdizionali si completano e si integrano armonicamente in seno al Consiglio di Stato, dando luogo ad una risultante di capacità sui generis ».

Analoga posizione assumerà A. Codacci Pisanelli (23), e sarà questa la posizione fatta propria dalla grande maggioranza della Commissione di studio istituita nel 1910, dove evidentemente le idee di Scialoja rimasero pressoché isolate e si determinò una convergenza intorno alla posizione perorata dai consiglieri di stato.

È da notare che la questione, così come posta, non si risolveva nell'interrogativo sul puro e semplice distacco dal Consiglio di Stato degli organi deputati alle funzioni giurisdizionali, ma riguardava anche il se quei compiti dovessero essere svolti, conformemente alla natura delle funzioni, da « un vero e proprio collegio giudiziario » (24). Il pronunciamento negativo della Commissione va, dunque, valutato tenendo conto pure di questo aspetto. Esso non corrisponde solo alla preoccupazione per cui il Consiglio di Stato, ove spogliato della funzione giurisdizionale, sarebbe stato destinato a probabile decadenza (25), bensì anche e insieme alla convinzione che « l'istituzione di un supremo tribunale amministrativo, avente spiccato carattere giudiziario porterebbe a funesti attriti fra il tribunale stesso e l'autorità amministrativa ». D'altro canto, nel reputare opportuno il mantenere inalterato l'ordinamento del Consiglio di Stato, anche quanto alla disciplina della partecipazione all'Adunanza generale dei consiglieri assegnati alle sezioni giurisdizionali, la Commissione reputò in via generale vantaggioso mantenere i contatti tra queste e le consultive, in modo che « non fosse mai perduto di vista quel criterio amministrativo che non deve essere dimenticato neanche dalle sezioni giurisdizionali » (26).

---

(23) A. CODACCI PISANELLI, *Sulle riforme desiderabili*, cit.

(24) Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 290 ss.

(25) Prospettata dal Giorgi nello scritto cit.

(26) A. CODACCI PISANELLI, *La riforma delle leggi cit.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 304. Su questa linea, con riguardo questa volta alla giustizia amministrativa locale, « il concetto da alcuni vagheggiato, di chiamare funzionari dell'ordine giudiziario a far parte della prima istanza giurisdizionale amministrativa, fu escluso … anche per evitare un inizio di avocazione della giustizia amministrativa alla magistratura ordinaria » (ivi, 306).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In termini più generali e complessivi, la conclusione « quasi unanime » che non fosse il caso di adottare « radicali mutamenti … che rischiano di compromettere e di distruggere i risultati di un lungo lavoro legislativo e giurisprudenziale », e piuttosto di limitarsi ai « prudenti ritocchi richiesti da reali inconvenienti manifestatisi sul funzionamento del sistema », pienamente risponde ai « voti ed auguri » di cui qualche anno prima si era fatto autorevole portavoce il Giorgi; e che erano ben rappresentati in seno alla Commissione, a cominciare dallo stesso Presidente sen. Bonasi, nel frattempo succeduto al Giorgi a capo del Consiglio di Stato (27). In Commissione sedevano anche autorevoli esponenti della dottrina amministrativistica dell'epoca, la cui voce, evidentemente, non si sottrasse al coro.

Trent'anni dopo la Commissione Forti, tra i cui componenti sedevano alcuni tra i più autorevoli esponenti della dottrina amministrativistica, giungerà ad analoghe conclusioni.

Sulla proposta di scindere le funzioni consultive del Consiglio di Stato dalle giurisdizionali, non manca il riconoscimento che « da un punto di vista meramente teorico » essa dovesse ritenersi preferibile; e, tuttavia, non fu ritenuto conveniente, in omaggio a « principi astratti », rinunciare ai « certi vantaggi dell'ordinamento presente ». Viene, infatti, ricordato che la giurisdizione amministrativa è applicata alla tutela di una situazione soggettiva (l'interesse legittimo) che trae origine « dall'esistenza di norme le quali regolano in senso obiettivo l'attività amministrativa ». Se ne deduce che la scissione delle sezioni giurisdizionali dalle consultive avrebbe comportato conseguenze negative in quanto « nell'esercizio delle funzioni consultive, a contatto più immediato con la realtà e la pratica amministrativa, i consiglieri acquistano quella sensibilità e quella esperienza che si dimostrano preziose all'esercizio della funzione giurisdizionale … dalla coesistenza dei due tipi di attività deriva … una maggiore conoscenza dei problemi d'insieme della vita amministrativa la quale sfugge al giudice ordinario ».

---

(27) Nella seduta di insediamento alla presidenza del Consiglio di Stato, il Bonasi, rispondendo alle parole pronunziate dal Presidente del Consiglio Giolitti, ricordava la pregressa appartenenza di quest'ultimo al « Corpo eminente », e si diceva sicuro di trovare « in Voi il suo più sollecito e provvido protettore » (in *Giust. Amm.*, 1911, IV, 82 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Solo un cenno la relazione ritiene di dover dedicare alla eventualità, « per altro non espressamente manifestata », di unificazione della tutela in capo alla giurisdizione ordinaria: le ragioni della soluzione negativa dovettero apparire così evidenti da non richiedere altro argomento che « questo organo unico non sarebbe attrezzato a tutelare gli interessi legittimi ».

Né troverà migliore accoglienza la proposta di affidare ad un unico giudice tutte le controversie nei confronti della pubblica amministrazione, sia che riguardassero diritti soggettivi sia interessi legittimi. Tale proposta, infatti, si connetteva all'idea di un organo schiettamente giurisdizionale, in posizione di piena indipendenza dal potere esecutivo. Al riguardo venne ritenuto « un danno evidente il rinunciare ad un giudice specializzato ed ormai provetto in quelle delicate indagini che sono indispensabili per accertare l'eccesso di potere … (rompendo) con una tradizione ormai vetusta la quale … è assurta a dignità tale da essere presa a modello presso qualche Stato straniero ». A giustificazione della conferma delle linee fondamentali del sistema viene portato, innanzitutto, l'argomento per cui la devoluzione al giudice ordinario « mentre potrebbe determinare, almeno in astratto, un certo vantaggio per il privato litigante, avrebbe posto in posizione deteriore lo Stato, e cioè la generalità dei cittadini in sé considerata ». Si aggiunge, rifacendosi anche agli orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione, che solo apparentemente la devoluzione alla magistratura ordinaria avrebbe costituito un progresso nella tutela dei privati. Ma si ha l'impressione che il tirare in ballo il rischio di un più timido controllo sulla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, ad opera di collegi privi di quella « sensibilità » ed « acume che sono propri del giudice amministrativo », serva, più che altro, ad attenuare la principale ed effettiva preoccupazione: « che un controllo effettuato con una sensibilità diversa da quella del giudice amministrativo … potrebbe anche essere di intralcio all'amministrazione ».

In definitiva, il progetto predisposto si limiterà a delineare « perfezionamenti di carattere tecnico » e « opportuni ritocchi » (28); e, comunque, con grande prudenza e cautela.

(28) Unica proposta di « soluzione radicale » sarà la soppressione delle Giunte provinciali amministrative, e la loro sostituzione con « un organo giurisdizionale …

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così, per quanto riguarda la nomina dei consiglieri di stato, viene valutato conveniente porre « qualche remora » alla libera scelta da parte del Governo; peraltro, la individuazione legislativa delle categorie dalle quali trarre i nominandi è considerata « intralcio eccessivo alla libertà del Governo », ritenendosi « garanzia sufficiente che la nomina debba essere preceduta dal parere conforme di una Commissione composta del presidente del Consiglio di Stato, dei presidenti di sezione e di due consiglieri ».

È significativo che le garanzie vengano ipotizzate non già in termini di predeterminazione legislativa, bensì di partecipazione codecisoria di esponenti del Consiglio di Stato alla procedura di nomina. Del resto, laddove nel progetto di legge emerge qualche interessante soluzione innovativa essa va nel senso di un ampliamento dei poteri discrezionali del giudice. Basti pensare alla proposta di consentire a questi di non pronunciare l'annullamento quando il vizio di legittimità fosse tale da non influire sulla sostanza dell'atto impugnato. Dubbi ed obiezioni sono superati nel presupposto che la valutazione verrebbe « affidata ad un organo ricco di esperienza amministrativa », cosicché i temuti abusi e le deviazioni possono escludersi « con fondata previsione ».

3. Segue: *e in occasione dei lavori della Commissione Forti per la riforma dell'amministrazione (1947) e della Assemblea Costituente.*

Sui lavori della Commissione Forti con riguardo al tema in esame, così come su quelli della Costituente, sono stati compiuti studi approfonditi che hanno analizzato il ruolo svolto dai vari protagonisti (29), e, tra questi, della dottrina.

---

dotato di indipendenza e di prestigio, tale da offrire garanzia sicura di amministrare giustizia con competenza tecnica e con imparzialità »; essendo unanime il convincimento che quegli organismi non soddisfacessero a tali esigenze.

(29) Cfr., in particolare, E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*. II. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980, 225 ss.; U. ALLEGRETTI, G. FOCARDI, *Amministrazione, Costituente, Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Atti del convegno di Roma del 20-21 febbraio 1998, a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Fondazione Gramsci onlus, 1998, 359 ss.; U. ALLEGRETTI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grandissima, come documentato, l'influenza dei componenti del Consiglio di Stato e del suo presidente Meuccio Ruini, che in entrambe le sedi, e in altre ancora ove venisse in discussione il ruolo di quell'istituto e la conformazione del sistema di giustizia amministrativa, marcarono una presenza ampia ed attiva. I « voti ed auguri » che in occasione del dibattito svoltosi nei primi anni dieci del '900 l'allora presidente Giorgi aveva affidato ad uno scritto pubblicato sulle riviste specializzate, furono ora oggetto di una formale deliberazione dell'Adunanza generale, che fece seguito ad una corposa relazione di una commissione speciale del Consiglio di Stato appositamente creata per studiare la questione delle funzioni e dell'ordinamento di quell'istituto.

Ritornano gli argomenti a suo tempo avanzati per rintuzzare la critica di ibridismo (« mossa da superficiali osservatori »), la proposta di sottrazione al Consiglio di Stato della funzione contenziosa e della sua devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria, i dubbi sulla indipendenza dell'organismo (« non inferiore a quella di nessun'altra magistratura italiana, come pubblicamente ebbe a proclamare il più insigne maestro di diritto pubblico vivente e venerato statista, V. E. Orlando »); e, viceversa, per sostenere « la felice e logica fusione » di funzioni consultive e giurisdizionali, per evidenziare « il favorevole collaudo della storia », per mettere in guardia contro ogni « radicale deviazione dal solco luminoso della tradizione ». Alla luce della quale « non è esagerato affermare che soltanto a siffatto organo è stato possibile conquistare il successo della sapiente e geniale elaborazione di quell'eccesso di potere … che invano potrebbe affidarsi a qualsiasi altro magistrato che non compendiasse in sé le virtù del giudice e dell'amministratore. Giacché non va dimenticata la fisionomia della giurisdizione amministrativa nella quale … il giudice, dichiarando e tutelando l'interesse del ricorrente, in realtà dichiara e tutela altresì il pubblico interesse ».

A fronte di ciò la dottrina, in particolare quella amministrativistica, finisce con il fare da sponda alla posizione e alle tesi del Consiglio di Stato. Del che è stata data una spiegazione richiamando, per un verso, la natura strettamente specialistica del tema, e, per un

---

Interlocutori dell'assemblea costituente, in *Alle origini della Costituzione*, a cura di S. Rodotà, Il Mulino, Bologna, 1998, 165 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altro, « la frequente compromissione dei dottrinari con le abitudini della pratica nella loro frequente duplice veste di docenti e di avvocati amministrativisti » (30).

Invero, a proposito della tutela nei confronti della pubblica amministrazione, V.E. Orlando nei suoi Principi di diritto amministrativo avvertiva il lettore che « nella sfera del diritto pubblico la mera valutazione dei principii giuridici non deve mai scompagnarsi da criteri di ordine politico, che tengano conto delle speciali e momentanee condizioni dell'ambiente » (31). Conformemente a tale premessa egli non si limitava ad esporre quanto richiedessero « i principi razionali del diritto giudiziario », ma si faceva carico anche della « convenienza politica » nonché della « pratica ». Impregiudicata « la questione fondamentale » se la giurisdizione amministrativa potesse essere attribuita ad un organismo dell'ordine esecutivo, Orlando osservava che, anche ammessa tale eventualità, non necessariamente avrebbe dovuto esserne investito il Consiglio di Stato, essendo l'idea e lo scopo di questi non inscindibilmente connessi con il concetto di una giustizia amministrativa (32). Rilevava, d'altro canto, che « i principi razionali del diritto giudiziario non consentono che alcuno sia giudice in causa propria » e richiedono indipendenza e imparzialità; osservando, altresì, come chi sia abituato a considerare e ad applicare la legge dal punto di vista della pubblica amministrazione è dubbio possa considerarla ed applicarla « dal punto di vista di una giustizia assoluta ».

Passati in rassegna e giudicati inconsistenti gli argomenti portati dai propugnatori di una speciale giurisdizione amministrativa, Orlando concludeva nel senso che il sistema più conforme così ai principi giuridici come alla convenienza politica era quello dell'affidamento al giudice ordinario; salvo aggiungere « che le pure considerazioni teoriche possono non trovare nella pratica un riscontro adeguato: né si può negare che collegi amministrativi con funzioni contenziose abbiano avuto e conservino buona fama di sé.

(30) U. ALLEGRETTI, *Interlocutori*, cit., 185.

(31) V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1903, 294. Cfr. anche U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1934, 161, secondo cui « l'esperienza insegna che in questa delicata materia la via da seguire, prima che dalla tecnica giuridica, è additata dalla politica ».

(32) V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E dall'altra parte, anche il potere giudiziario può dimostrarsi inferiore all'altissimo compito che il sistema di giurisdizione unica gli affida » (33).

In questo quadro si inserisce la tesi della natura non giurisdizionale della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato; fondata principalmente sull'argomento che non può riconoscersi qualità di giudicato, e dunque natura giurisdizionale, ad un atto che non pronunzia « sulle ragioni soggettive delle parti », e che invece « ha un carattere oggettivo » limitandosi ad annullare un atto. La debolezza sul piano teorico dell'argomento verrà evidenziata da numerosi Autori, tra i quali F. D'Alessio (34); ma proprio tale debolezza induce a ritenere che Orlando sia stato influenzato anche da altre considerazioni di quadro, in primo luogo la convinzione che una verace giurisdizione amministrativa richiedesse un giudice indipendente ed esterno all'ordine esecutivo, e che tale non potesse considerarsi il Consiglio di Stato.

Per altro verso, il rilievo che l'Autore assegna alla « pratica » può spiegare l'essersi poi acquietato all'evolvere degli eventi e alle ragioni del Consiglio di Stato.

Dal canto suo la dottrina che si orientò per la natura giurisdizionale delle funzioni di giustizia amministrativa dovette confrontarsi con l'osservazione secondo cui il concetto di giurisdizione implica l'esistenza di un giudice, ed inoltre, pure concesso che la qualità di giudice possa riscontrarsi al di là dei componenti la magistratura ordinaria, con la necessità di giustificare il caso di un giudice « tratto dall'istesso ordine amministrativo ». Verrà così spiegato che nell'ambito della pubblica amministrazione è sempre possibile stabilire distinzioni tra i vari organi, isolando « nettamente quelli che giudicano da quelli che operano » (35), sicché non avrebbe pregio l'obiezione che fa leva sul difetto di imparzialità e indipendenza. D'Alessio conclude, così, che « l'elemento del giudice non è decisivo a stabilire il carattere giurisdizionale della giustizia amministrativa ». Seppure allo stesso Autore tale proposizione dovette

(33) V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., ed. 1919, 353-354.

(34) F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1912, sp. 75 ss.

(35) F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti*, cit., 86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forse apparire eccessiva se ritenne necessario richiamare subito appresso la necessità di « tener presente che innegabili manchevolezze, che tuttora presenta l'organizzazione degli istituti di giustizia amministrativa, sono una conseguenza della lenta e non ancora compiuta evoluzione del diritto in tale materia » (36).

Non molti anni dopo, nello studiare il concetto di giurisdizione in senso materiale, A. De Valles poneva in evidenza come elemento essenziale e indefettibile per il riconoscimento di una attività giurisdizionale fosse « l'effetto di stabilire il diritto per i singoli casi concreti », mentre altri elementi, e tra questi le garanzie soggettive e formali, dovevano ritenersi concorrenti ed accidentali. Quando uno di questi manchi, puntualizzava, ci si trova di fronte a « giurisdizioni imperfette », e citava in nota proprio lo scritto di Scialoja sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato (37).

Sarà questo un profilo che la dottrina amministrativistica tenderà a rimuovere, o a stemperare nella affermazione della necessaria distinzione e specialità della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria.

Se, infatti, ad Autori quali l'Orlando, che trattarono l'argomento fin dal momento del suo porsi, dovette apparire problematico affermare la natura giudiziaria degli organi di giustizia amministrativa, e perciò il carattere giurisdizionale delle funzioni da questi esercitate, negli scritti degli anni trenta verrà presentato come normale, in quanto conforme a fondamentali principi del diritto pubblico, l'attribuzione di una funzione schiettamente giurisdizionale ad organi facenti capo al potere esecutivo. Ranelletti, che con riguardo alla natura e allo scopo della giurisdizione amministrativa critica la ricostruzione in chiave di puro diritto obiettivo, non ha riserve nell'affermare che « una vera e propria giurisdizione sugli atti amministrativi … non si può organizzare all'infuori dell'ordinamento del potere esecutivo … Per conciliare e risolvere il conflitto fra le guarentigie giurisdizionali del cittadino e quelle della libertà e indipendenza del potere esecutivo, la giustizia amministrativa non

(36) F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 86.

(37) A. De Valles, *Il concetto di giurisdizione in senso materiale*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1918, I, 332.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

può essere resa se non dall'amministrazione stessa, ordinata con le garanzie proprie dell'esercizio della giurisdizione » (38).

D'altro canto, alle critiche cui era stata oggetto la commistione in seno al Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali e amministrative, seppure da taluno ancora ricordate, non si opporranno solamente ragioni di opportunità, stante i buoni risultati conseguiti e la considerazione che « le riforme di importanti istituzioni non debbono farsi senza necessità, soltanto per migliore attuazione di principi teorici » (39). Uno tra i più illustri amministrativisti dell'epoca, nominato alla fine degli anni venti Presidente del Consiglio di Stato (40), teorizzerà la coesistenza nel medesimo organismo dei due tipi di funzioni (41), in quanto entrambe rivolte al sindacato, rispettivamente preventivo e repressivo, degli atti amministrativi: il parere, nello stesso momento in cui guida e indirizza l'amministrazione, serve a prevenire l'insorgenza di contenzioso; la decisione, nel risolvere il contenzioso, fornisce orientamenti per i casi futuri. La teorizzazione in questi termini della « unità sostanziale, oltre che organica, della giustizia amministrativa » (42) risulta pienamente coerente con la specialità della giurisdizione amministrativa e del giudice ad essa preposto.

Era ben chiaro sin dall'inizio quale direzione si sarebbe corso il rischio di imboccare staccando dal Consiglio di Stato le attribuzioni giurisdizionali, per deferirle ad un apposito tribunale: dal riconoscimento teorico del carattere, per così dire, comune della funzione giurisdizionale — aveva osservato Codacci Pisanelli — « alla pro-

---

(38) O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 401-402.

(39) U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, cit., 175.

(40) Santi Romano, estraneo al Consiglio di Stato, fu preferito al consigliere anziano Schanzer. Sulla vicenda e sulla sua interpretazione v. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 342-342; l'Autore sottolinea come la nomina di Romano « segnalava, in realtà, quanta rilevanza avesse assunto nell'ambito del fascismo quella istituzione ». In tema v. altresì F. COCOZZA, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1977, 1231 ss., e L. AMMANNATI, *Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 107 ss.

(41) Cfr. S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Vol. I, Roma, sp. 26 ss.

(42) G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954, 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posta pratica di affidarla ad un ramo, distinto per speciale preparazione, ma ugualmente costituito, dell'ordine giudiziario potrebbe essere assai breve il passo » (43). Viceversa, il mantenimento in un unico organismo, quale portato della intrinseca unità del fine cui competenze consultive e giurisdizionali, pur nella diversità di efficacia giuridica degli atti in cui si estrinsecano, sono dirette, esalta la peculiarità della giustizia amministrativa e del Consiglio di Stato che ne è interprete in quanto supremo « moderatore dell'azione amministrativa » (44). È da notare che in molti punti lo scritto di S. Romano riecheggia, e talora puntualmente riprende, concetti espressi venti anni prima dal Giorgi: così laddove avverte, nell'elencare le ragioni che si opponevano alla istituzione di un tribunale amministrativo distinto dal Consiglio di Stato, che « il giudice, che è soltanto giudice, si irrigidisce inevitabilmente nella meccanica applicazione di principi meramente giuridici e formali, mentre il giudice che partecipa alla stessa formazione degli atti amministrativi e unisce il senso della giustizia a quello del pubblico interesse nelle sue molteplici e variabili esigenze, sa valutare la volontà della legge, ma anche l'uso delle facoltà discrezionali, la legittimità e il merito, la forma e la sostanza » (45).

Un cenno va, a questo punto, fatto ai « provvidi » interventi nella direzione di una « continua ascesa » del Consiglio di Stato, di cui S. Romano accredita il regime fascista, citando più volte le « incisive parole del Duce » (46). Non intendo qui impegnarmi sul significato, di circostanza o meno, da attribuirsi a tali riferimenti (47). Salvo notare che ne troviamo traccia anche nel manuale di Zanobini, ove si afferma e si sottolinea come « la formula dello Stato etico che

(43) A. Codacci Pisanelli, *Sulle riforme desiderabili*, cit., 69.

(44) G. Giorgi, *La giustizia amministrativa*, cit., 10.

(45) S. Romano, *Le funzioni e i caratteri*, cit., 27. Per analogo concetto cfr. G. Giorgi, *La giustizia amministrativa*, cit., 10.

(46) S. Romano, *Le funzioni e i caratteri cit.*, 27-28. I discorsi di Mussolini in occasione dell'inaugurazione dei lavori del Consiglio di Stato per il 1924, dell'insediamento a presidente di S. Romano, e della celebrazione del primo centenario dell'istituto sono pubblicati, rispettivamente, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1924, I, 127 ss., *Foro amm.*, 1929, IV, 1-2, *Riv. Dir. pubbl.*, 1931, I, 401 ss.

(47) Sui rapporti tra scienza amministrativistica e ideologia fascista v. le considerazioni di B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nello Stato liberale*, Milano, 1985, sp. 457 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il Regime sostituisce alla formula dello Stato giuridico » costituisce superamento e perfezionamento dei principi di quest'ultimo, tra i quali quello di ordine e di giustizia: a prova di ciò « la posizione preminente che agli istituti della giustizia amministrativa è stata fatta dal Regime » viene suffragata, oltre che dal richiamo ai perfezionamenti legislativi introdotti, anche dalle « decisive dichiarazioni … del Capo del Governo …: per il governo fascista la giustizia nell'amministrazione non è una vana formula, abbandonata alle disquisizioni teoriche di giuristi solitari, ma un programma politico concreto » (48). Come detto, non intendo impegnarmi, stante la particolare contingenza in cui venne fatta, sulla genuinità dell'affermazione secondo cui fu merito del fascismo avere, se non determinato, quantomeno consolidato e rafforzato la posizione di istituto centrale e fondamentale propria del Consiglio di Stato. Più sicuro credito va, certo, dato all'altra affermazione di S. Romano circa il carattere « universale e perenne » (49) di quella istituzione, « necessaria in ogni tempo e in ogni regime » (50). I costituenti ne daranno conferma recependo quel modello nel nuovo ordinamento. Dirà Ferdinando Rocco nel discorso pronunziato nel gennaio 1948 in occasione dell'insediamento a presidente del Consiglio di Stato: « i punti fermi fissati dalla Costituzione alla struttura del Consiglio di Stato corrispondono … ai nostri voti che possono così riassumersi: il consolidamento della fisionomia tipicamente italiana che il nostro Consesso … è venuto assumendo, attraverso la sua evoluzione storica, per genialità di statisti e di uomini di scienza » (51).

4. *La discussione sul carattere delle attribuzioni delle sezioni del contenzioso del Consiglio di Stato, sui connotati della giurisdizione amministrativa e dell'interesse legittimo.*

La discussione sul carattere giurisdizionale o amministrativo

(48) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1937, 10-11.

(49) Tale definizione viene richiamata da E. GUICCIARDI in apertura della voce *Consiglio di Stato*, cit., 890.

(50) S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri*, cit., 4.

(51) F. ROCCO, *Le funzioni del Consiglio di Stato nella nuova Costituzione*, in *Foro it.*, 1948, IV, 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle attribuzioni assegnate dalla legge del 1889 alla IV sezione del Consiglio di Stato ebbe il suo epilogo con i lavori della Commissione istituita da Luzzatti. In quella sede Codacci Pisanelli sostenne la proposta di un ritorno allo spirito e all'intento « vero » della riforma, nel senso di un « sindacato o controllo interno » esteso a tutti i provvedimenti amministrativi, impugnabili da ogni interessato, ferma l'azione davanti al giudice ordinario ove proponibile. La grande maggioranza della Commissione rigettò, però, l'idea, che appariva in controtendenza rispetto a un indirizzo ormai fatto proprio dal legislatore; e la proposta di Codacci Pisanelli raccolse i soli voti di Schanzer e Scialoja (52). Per la verità, l'adesione di quest'ultimo si spiega con il fatto che quella proposta si muoveva nel senso di riconoscere alle decisioni delle sezioni del contenzioso una efficacia ristretta al campo amministrativo. Cosa che Scialoja non riteneva incompatibile con la natura giurisdizionale delle funzioni, di cui era un assertore (53). Proprio il riconoscimento della natura giurisdizionale lo portava a patrocinare, come si è visto, il distacco dal Consiglio di Stato e l'assunzione di una più schietta fisionomia giudiziaria. Viceversa, lo stesso Scialoja non riteneva che al riconoscimento del carattere giurisdizionale corrispondesse una situazione soggettiva protetta in quanto tale: « l'interesse … non è già difeso per se stesso, come accade quand'esso costituisce il contenuto di un vero diritto soggettivo, ma trova solo indirettamente e in vario grado una soddisfazione attraverso la reintegrazione del diritto obiettivo » (54).

Altri (55), invece, avevano ritenuto discriminante, per orientarsi sulla questione della natura delle funzioni della IV sezione, che la decisione avesse carattere oggettivo ovvero costituisse pronunzia sulle ragioni soggettive delle parti. Se si guarda alla questione da questo punto di vista può ben dirsi che essa solo apparentemente esce di campo, convertendosi in realtà nell'altra sul carattere di diritto oggettivo o soggettivo della giurisdizione medesima.

---

(52) A. Codacci Pisanelli, *Sulle riforme desiderabili*, cit., 59 ss. Dello stesso Autore cfr., altresì, *La riforma delle leggi*, cit., 314-317.

(53) Cfr. V. Scialoja, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 1901, IV, 61 ss., sp. 78.

(54) V. Scialoja, *Sulla funzione della IV sezione*, cit., 76.

(55) V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, vol. III, Milano, 1901, 729 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come noto, la tesi della giurisdizione di diritto oggettivo risulterà minoritaria. Può discutersi se tra i pochi vada annoverato il Guicciardi (56). Certo è comunque che questo Autore giudica « una deformazione del concetto della giurisdizione del Consiglio di Stato … (vedere in essa) piuttosto un mezzo di tutela degli interessi dei cittadini che un mezzo per la repressione dell'invalidità degli atti amministrativi a garanzia dell'interesse pubblico » (57). Secondo Guicciardi l'assunzione della *causa petendi* a criterio per la ripartizione delle competenze fra giurisdizione ordinaria e amministrativa si concreta nel dare valore decisivo alla natura e funzione della norma che tutela un determinato interesse, e che si assume violata (58). Al riguardo occorre stabilire se tale norma, nell'imporre limiti all'amministrazione, lo fa nell'interesse individuale del cittadino ovvero nell'interesse pubblico impersonato dall'amministrazione medesima. Nel primo caso si avrà affermazione di un diritto soggettivo, a cui risulta necessariamente correlata (quale *causa petendi* passiva) illiceità dell'atto amministrativo e riparazione del diritto leso; nel secondo caso affermazione di un interesse legittimo garantito dalla legge, illegittimità dell'atto, repressione del medesimo. Corollario di tale ricostruzione è che la giurisdizione amministrativa « trova la sua ragion d'essere diretta ed immediata nella tutela dell'interesse pubblico e nella necessità di assicurare la conformità ad esso degli atti dell'amministrazione; e come pertanto sia erroneo concepire tale giurisdizione come uno strumento rivolto direttamente alla tutela degli interessi individuali » (59).

---

(56) In tal senso, ad esempio, la ritenne C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1967, 1121. Per la verità GUICCIARDI (*Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.) nega la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa, intesa nel senso di avente « quale unico fine diretto o immediato quello di costringere la pubblica amministrazione al rispetto della legalità ». Secondo l'Autore la suddetta giurisdizione è rivolta a tutelare l'interesse della generalità dei cittadini, individualizzato nell'amministrazione che impersona e rappresenta quella collettività, in funzione del quale le norme disciplinano l'esercizio delle potestà attribuite all'amministrazione medesima: dunque giurisdizione « non sui diritti soggettivi (in senso lato) dei cittadini, né di diritto obbiettivo, ma sulle potestà giuridiche dell'amministrazione ».

(57) E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, 49.

(58) E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., 56 ss.

(59) E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 58-59. Nel quadro esposto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La sistemazione del Guicciardi, apprezzata per la sua armonia ed organicità, nonché per l'attenzione agli aspetti processuali in precedenza alquanto trascurati, suscita immediate critiche quanto alle tesi che ne costituiscono il tessuto connettivo; tra queste, in primo luogo, la connotazione data alla giurisdizione amministrativa. Noterà Amorth, in una recensione alla monografia su La giustizia amministrativa (60), che la ricostruzione in chiave obiettivistica risulta contraddittoria rispetto a un dato legislativo e giurisprudenziale ormai consolidato « nel senso di assimilare sempre più la giurisdizione amministrativa alla giurisdizione di tipo civile, cioè essenzialmente diretta alla tutela di interessi soggettivi »; a fronte dei quali dati « significherebbe una diga di deviazione che non sembra giustificabile ». Amorth focalizza nelle incertezze sulla nozione di interesse legittimo il punto critico in ordine alla questione della natura della giurisdizione amministrativa, e argomenta il perché ad essa, diversamente dall'opinione di Guicciardi, vada riconosciuto rilievo sostanziale.

Punto di partenza è che non può escludersi in assoluto che una norma posta a tutela dell'interesse pubblico prenda in considerazione anche « interessi secondari dei cittadini ». Ferma la preminenza dell'interesse pubblico rispetto agli interessi privati, il primo, se non si risolve nella somma dei secondi, « ne è per così dire sublimazione in una unità della quale questi medesimi interessi sono tuttavia dei coefficienti ». Come tali anch'essi, secondo il rapporto della loro coefficienza a un dato interesse pubblico, sono tutelati dalla norma che dispone una regola in funzione di quest'ultimo interesse; e si tratta di una tutela che « non si effettua per caso o, se vuolsi, di mero riflesso, bensì necessariamente ». La circostanza per cui la tutela dell'interesse legittimo si attua tutelando lo stesso interesse pubblico in cui è compenetrato spiega perché oggetto del giudizio sia « l'atto amministrativo per se stesso, in cui quell'interesse pubblico s'è esplicato ». Seppure, dunque, si proponga al

---

trova coerente collocazione la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la cui eccezionalità viene armonizzata in forza della esistenza di una « stretta e inscindibile connessione » e di una « inseparabile compenetrazione » tra diritto soggettivo del privato e interesse pubblico (ivi, 146 ss.).

(60) A. Amorth, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 64 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice una questione oggettiva di legalità dell'atto impugnato, non in relazione immediata con l'interesse legittimo, il giudizio è funzionale alla difesa di quest'ultimo: il ristabilimento della legalità tutela l'interesse legittimo insieme all'interesse pubblico.

Per la verità, nel ventaglio degli Autori che hanno sostenuto avere la giurisdizione amministrativa quale finalità, oltreché l'osservanza del diritto obbiettivo, anche la soddisfazione degli interessi soggettivi che quello garantisce, le posizioni risultano diversificate in punto di configurazione della natura e struttura della situazione giuridica tutelata. Su tutte, peraltro, pesa l'ipoteca di una concezione non schiettamente giudiziaria della giurisdizione amministrativa, consegnata non a un « vero » giudice, bensì ad un organo di garanzia della « giustizia nell'amministrazione », facente capo al potere esecutivo.

Il peso di ciò è particolarmente evidente nella sistematica di Ranelletti. Questi, seppure convinto assertore dell'idea secondo cui nella finalità della giurisdizione amministrativa sta (anche) la « tutela o reintegrazione » degli interessi legittimi, nonché del connotato sostanziale di questi, li ricostruisce in termini di un interesse che o la legge non ha protetto « direttamente » (e gode, dunque, di una tutela « puramente occasionale … un effetto indiretto, riflesso, del diritto obbiettivo » (61)), o di fronte al quale « l'amministrazione è nella sua attività libera, cioè discrezionale, quindi ha facoltà di agire secondo il proprio apprezzamento delle esigenze dell'interesse pubblico » (62) (diritti affievoliti di fronte all'interesse pubblico cui sono condizionati).

Il superamento di questa concezione dell'interesse legittimo quale oggetto di una tutela indiretta (63), riflessa (64), ovvero come

(61) O RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 163-164.

(62) O RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 319.

(63) Cfr. C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 1933, 106. U. FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale, vol. III, La tutela dei diritti e degli interessi. Parte I (Lezioni raccolte dall'avv. Ugo Ardizzone)*, Napoli, 1945, 51 ss., parla di interesse « protetto in vista di un interesse collettivo »; la norma di diritto obiettivo, sostiene l'Autore, nel provvedere ad un pubblico interesse « fa governo di un determinato gruppo di interessi individuali » (gli interessi legittimi) che ne hanno « una indiretta protezione ».

(64) Tale concezione, osserva M.S. GIANNINI (*Discorso generale*, cit., 21), « è un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posizione condizionata a un interesse pubblico, tarderà ben oltre l'adozione del testo costituzionale. Basti richiamare la definizione riportata nell'edizione del 1958 del manuale di Zanobini (65): interessi individuali connessi con un interesse pubblico e tutelati solo attraverso la tutela di questo (interessi occasionalmente protetti). Del resto, in un saggio risalente ai primi anni '60 un illustre Autore (66) riassumeva in due proposizioni « le formule correnti » in tema: le norme regolative dell'attività amministrativa sono dettate in via immediata a tutela dell'interesse pubblico; conseguentemente l'interesse legittimo si connota per una tutela indiretta e occasionale. « Queste notazioni », proseguiva, « permangono fondamentalmente ferme sotto le numerose varianti di formule, per taluni aspetti certo non prive di importanza, che ora mettono in luce piuttosto l'interesse (tutelato) ed ora piuttosto la tutela (dell'interesse); che ora parlano di posizione ed ora di situazione (soggettiva); che, volta a volta, preferiscono una delle menzionate aggettivazioni relative al modo d'essere della tutela (occasionale, riflessa, indiretta, dipendente), non di rado presentandole variamente combinate » (67). Era, dunque, questa la percezione che a quel momento aveva dello stato dell'arte uno studioso relativamente giovane e non tra i minori; che lo induceva a dichiarare profonda insoddisfazione per una nozione che, paradossalmente, conduceva a portare acqua alle teorie formali-processuali dell'interesse legittimo. E, tuttavia, la proclamata necessità di superare il postulato che le norme d'azione siano volte a tutelare l'interesse pubblico, offrendo solo occasionalmente e di riflesso una qualche protezione all'interesse degli amministrati, e, correlativamente, l'affermazione che la tutela dell'interesse legittimo è diretta, condurrà ad un esito che tiene ferma l'idea per cui « l'interesse materiale tutelato ha carattere secondario nel quadro di un contemperamento di interessi in cui l'interesse primario è quello,

---

derivato storico della concezione del Consiglio di Stato come organo di giustizia nell'amministrazione ».

(65) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1958, 187; la definizione non si differenzia da quella risalente all'edizione del 1939 (p. 226).

(66) E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, la cui stesura originale risale al 1963; il testo è stato poi riprodotto in Id., *Diritto e processo*, Padova, 1978, 100 ss.

(67) E. Capaccioli, *Interessi legittimi*, cit., 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre pubblico, in vista del quale la legge conferisce all'autorità il potere » (68).

A ragione è stato osservato come, al di là delle ricostruzioni che esplicitamente teorizzano la subordinazione all'interesse pubblico, anche quelle che privilegiano il profilo della correlazione all'esercizio di un potere, seppure tentino di dare all'interesse legittimo una « raffigurazione più neutra … per cercare cioè (in coerenza con la sua affermata natura sostanziale) di depurarlo dall'elemento della subordinazione », non riescono tuttavia ad affrancarsi da esso: « a tale aspetto si finisce fatalmente per tornare, nel migliore dei casi nei termini di funzionalità dell'interesse privato alla più opportuna definizione, in concreto, dell'interesse pubblico » (69). Si consideri, in proposito, lo studio di Miele (70), pubblicato nel 1940, in cui viene teorizzata la relazionalità tra interesse legittimo come posizione sostanziale e le norme che disciplinano l'esercizio di un potere. L'avvertenza che la questione del concetto dell'interesse sostanziale protetto va distinta da quella relativa al modo e alla misura con cui quell'interesse ottiene protezione serve ad argomentare l'autonomia di questo rispetto all'interesse formale o processuale; essendo « il primo che la legge intende tutelare attraverso l'esercizio del diritto di ricorso ». Peraltro, l'Autore non sfugge alla conclusione che la protezione concessa è « occasionale o riflessa »; che la presa in considerazione da parte dell'ordinamento avviene « in via mediata o riflessa »; in definitiva, che la tutela è contenuta « nei limiti in cui è tutelato lo specifico interesse pubblico fatto valere, o che avrebbe dovuto farsi valere, dalla pubblica amministrazione » (71). Posizione ribadita da Miele nei Principi di diritto amministrativo (72), dove la definizione di interesse legittimo (in termini di « posizione di vantaggio … risultante dalle norme che impongono al titolare di un

(68) E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., 141.

(69) A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 496-497.

(70) G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 49 ss., successivamente pubblicato in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 275 ss.

(71) G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove* cit., rispettivamente: 286 nota, 292, 294.

(72) G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, 55-56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso ») va raccordata all'affermazione che la protezione del privato avviene « solo di riflesso, per il collegamento dei suoi interessi con quelli dell'amministrazione ».

Se si guarda alla dottrina degli anni cinquanta si ha la conferma che, per l'aspetto considerato, non si hanno significativi mutamenti.

La critica di Alessi alla concezione tradizionale dell'interesse tutelato occasionalmente e di riflesso porta a concludere che una vera tutela (dell'interesse sostanziale) « non esiste affatto, in quanto che quello che è realizzato dalla giurisdizione amministrativa, e quindi tutelato dalla norma obbiettiva, è soltanto un interesse strumentale alla legittimità del provvedimento amministrativo » (73). Secondo questo Autore, dunque, la giurisdizione amministrativa si caratterizza in quanto garantisce al singolo soltanto l'aderenza del comportamento amministrativo « all'interesse pubblico ipotizzato dalla norma » (74).

Non diversamente per la ricostruzione di Casetta, secondo la quale l'interesse legittimo consiste nella protezione di un interesse materiale che si attua « non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile ed immediata di un altro interesse meramente strumentale del soggetto alla legittimità dell'atto amministrativo … e nei limiti della realizzazione di quest'ultimo interesse » (75). Si rimane, così, nell'orbita di un interesse obiettivo alla legittimità. Solo che, diversamente da altri Autori che in esso continuavano a ritenere si esaurisse l'interesse legittimo (76),

---

(73) R. Alessi, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 320-321; cfr. altresì il precedente studio dello stesso Autore, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.* 1943, 132 ss.

(74) R. Alessi, *La crisi attuale*, cit., 323.

(75) E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 623.

(76) Così G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss. Secondo S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, sp. 241 ss., l'interesse legittimo non costituisce una situazione giuridica sostanziale, assumendo rilevanza solo sul piano processuale quale requisito di legittimazione al ricorso; l'oggetto del giudizio amministrativo è da individuare nella questione sulla legittimità dell'atto impugnato. L'Autore si sforza di contrastare l'obiezione che il giudizio amministrativo è stato predisposto al fine di tutelare gli interessi del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, osservando che la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Casetta, giudicando tale conclusione contraddittoria rispetto al « carattere individualistico del processo amministrativo », cerca una conciliazione affermando che quell'interesse di per sé obiettivo viene ad essere « fissato in un soggetto, ossia collegato appunto con un suo interesse materiale » (77).

D'altro canto, la sistemazione di M.S. Giannini in termini di situazione strumentale, la cui funzione è « unicamente quella di mettere in moto una misura giuridica, diretta a restaurare la precedente posizione giuridica favorevole » (78), se porta a superare la teorica della occasionalità e del carattere riflesso della protezione, lo fa a costo di astrarre l'interesse materiale del soggetto dall'entità giuridica interesse legittimo. Quanto all'interesse materiale si ripropone comunque una questione di protezione riflessa o accessoria in considerazione del fatto che le norme « tutelano congiuntamente, incorporandoli, interessi pubblici e interessi privati ». Tra le tipologie delle forme di coesistenza degli uni e degli altri, quelle più comuni al diritto amministrativo sono dall'Autore così definite: interessi pubblici incorporati, cui accedono interessi privati incorporati; interessi pubblici incorporati con interessi privati riflessi (79).

Né, e sempre dal punto di vista considerato, il risultato muta con la ricostruzione di Cannada Bartoli del diritto soggettivo quale presupposto dell'interesse legittimo (80). Tale tesi serve a giustificare la giuridicità e l'individualità dell'utilità privata che sta « al fondo dell'interesse legittimo », il quale mantiene pur sempre una « natura esclusivamente formale », ed è configurato « quale interesse alla legittimità ». Esso è visto in collegamento obiettivo, per un verso, con il diritto soggettivo su cui incide l'esercizio del potere amministrativo e, per un altro, con il potere medesimo: « le norme che

---

sua teorica assegna comunque all'interesse individualizzato un ruolo, sia pure nei limiti di condizione dell'azione. Osserva, d'altro canto, che per la giurisdizione amministrativa dovrebbe parlarsi « di tipo intermedio tra quella a carattere oggettivo … e quella a carattere soggettivo » (396-398).

(77) E. CASETTA, *Diritto soggettivo* cit., 618.

(78) M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, 274.

(79) M.S. GIANNINI, *Lezioni* cit., 87.

(80) E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1953, 334 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disciplinano siffatto potere sono poste nell'interesse generale dell'ordinamento e tutti i soggetti giuridici hanno un interesse (soltanto) di fatto all'osservanza di esse; tale interesse diviene legittimo per il collegamento con il diritto soggettivo » (81).

Ancora, in una aspettativa alla legittimità, seppure « immediatamente tutelata », finisce per risolversi la definizione data da Feliciano Benvenuti: « interesse del singolo a che la pubblica amministrazione usi del potere consentitole in conformità alle norme che glielo attribuiscono » (82). È appena il caso di avvertire che la riduzione in definizioni non fa giustizia della complessità e delle sfumature del pensiero di questo come degli altri Autori; e, tuttavia, esse hanno un valore e un significato anche in quanto tali.

Invero, bisognerà attendere ancora a lungo perché la tesi della secondarietà, poi della connessione tra tutela dell'interesse pubblico e tutela dell'interesse privato, venga messa in discussione. Ancora nelle pagine di un insigne Maestro, che negli anni 70-80 ha dato un decisivo contributo allo sviluppo degli studi sulla giustizia amministrativa nella prospettiva della effettività e pienezza della tutela (il che, come è stato detto (83), ha implicato « l'esaltazione della rilevanza di quegli interessi individuali che vengono protetti come interessi legittimi »), è dato leggere che in quanto la norma che prevede e disciplina il potere tutela insieme l'interesse pubblico e gli interessi privati, ne discende che « l'interesse pubblico, essendo tutelato attraverso l'esercizio del potere, è tutelato immediatamente e pienamente (necessariamente), mentre l'interesse privato, essendo tutelato anch'esso attraverso l'esercizio del potere, risulta tutelato mediatamente ed eventualmente » (84).

C'è, dunque, del vero in alcuni strali particolarmente polemici di recente lanciati da Franco Ledda nei confronti della categoria dell'interesse legittimo, quantomeno per ciò che riguarda le difficoltà (ma l'Autore ritiene l'impossibilità) di superare la configurazione quale « posizione minore o subalterna, condizionata per defi-

(81) E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo*, cit., 351.
(82) F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 233.
(83) A. Romano, in *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998, 30.
(84) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nizione a un interesse pubblico opprimente » (85). È stato obiettato (86) che Ledda sottovaluta l'utilità che la figura ha avuto nella pratica, e misconosce gli apporti dottrinali che hanno consentito di superare le iniziali e riduttive prospettazioni. Peraltro, uno scritto dello stesso contraddittore (87), che limpidamente e compiutamente traccia i percorsi della dottrina, testimonia l'estrema difficoltà del cammino, evidenzia la disomogenità dei risultati, conclude che, nonostante l'indubbio progresso sul piano teorico, l'interesse legittimo non ha ancora raggiunto « né la definitiva sistemazione concettuale né un soddisfacente livello di protezione giuridica ».

Il travaglio nel percorso verso la soggettivizzazione della tutela davanti al giudice amministrativo, e verso la sua pienezza, è dipeso, a mio avviso, in misura non irrilevante dal carattere e dai connotati di quel giudice, e, in parallelo, della giurisdizione a cui esso è stato applicato. Se ne ha conferma dalle difficoltà di ambientamento che in quella giurisdizione, e davanti a quel giudice, ha trovato la tutela degli stessi diritti soggettivi.

Nella relazione governativa di accompagnamento del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840 si dava giustificazione della istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa osservando che « è così connaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato » (88). Come noto, la tesi che nelle materie di giurisdizione esclusiva la tutela dei diritti dovesse per definizione passare attraverso l'impugnativa e il giudizio su un atto amministrativo non verrà avallata dalla giurisprudenza, che la relativizzerà a partire dalla enucleazione degli atti paritetici (89). Ma, il ricono-

(85) F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, IV, 2218.

(86) Cfr. F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 38 ss.

(87) F. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. Giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989.

(88) In *Gazz. Uff.*, 8 gennaio 1924, n.6, 77.

(89) Prospettata per la prima volta dalla decisione della V sez. del Consiglio di Stato n. 795 del 1939 (in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, II, 40), e teorizzata da G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di S. Romano*, vol. II, Padova, 1940, 287 ss

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scimento che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo conosce e tutela diritti soggettivi non è andata per lungo tempo oltre l'introduzione di talune limitate deroghe al modello del processo di impugnazione, valendo per il resto una identificazione della giurisdizione esclusiva con il giudizio di legittimità, e, perciò, della tutela dei diritti soggettivi con quella degli interessi legittimi (90). Alla luce dell'affermazione che i diritti soggettivi di cui conosce il giudice amministrativo costituiscono parte o aspetti di un rapporto che nel suo complesso è permeato dalla preminenza dell'interesse pubblico, si comprende la considerazione secondo cui tale giudice finisce con il trattare i diritti alla stessa stregua degli interessi legittimi (91).

5. *Conclusioni.*

Dall'esame compiuto, secondo l'ottica prescelta e nei limiti dei temi considerati, trova conferma l'affermazione che per gli studi in materia il passaggio dal fascismo alla repubblica non ha costituito un momento di svolta e revisione, quanto piuttosto di continuità. D'altro canto, i costituenti si ispirarono al sistema in atto; per di più irrigidendolo con previsioni che, condizionando future scelte del legislatore ordinario, è stato detto sarebbe stato meglio evitare (92).

Significative le poco più di trenta righe che nell'edizione del 1958 del manuale di Zanobini sono dedicate, nel quadro dello svolgimento della legislazione italiana, alla costituzione. Dopo un breve richiamo al testo degli artt. 100, 103, 111 e 113, l'Autore conclude che « in complesso queste norme non fanno che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale ». L'unica « vera innovazione » che

(90) Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, ed. 1983, 316.

(91) G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1866. Cfr. altresì F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 609.

(92) Cfr., tra gli altri, G. Miele, *Il contributo di V. E. Orlando agli studi di diritto amministrativo*, in Id., *Scritti giuridici* cit., vol. II, 606; Id., *Passato e presente della giustizia* cit., ivi, 1052.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zanobini rileva è l'esclusione o limitazione della tutela predicata dal 2° comma dell'art. 113 (93).

In un breve commento (94) pubblicato ad immediato ridosso del varo della costituzione, Amorth, tra i cenni dedicati alla giustizia amministrativa, a parte sottolineare che « l'enucleazione del principio generale della tutela vuole in particolare reagire a una tendenza, accentuatasi già al tempo del regime fascista, di sottrarre taluni provvedimenti amministrativi al sindacato giurisdizionale », mette in evidenza, da un lato, la salvezza della giurisdizione speciale intestata al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa (« stabilizzati nella loro competenza »), e, dall'altro, la riaffermazione del sistema in atto che consente di regola ai soli giudici speciali amministrativi di annullare gli atti della pubblica amministrazione. Dal canto suo D'Alessio, nell'edizione del manuale pubblicata nel 1949, richiama la costituzione per suffragare la tesi in passato elaborata circa la natura obiettiva della giurisdizione amministrativa (95).

In verità, la lettura e i giudizi, non solo dei primi interpreti (96), che hanno visto nella costituzione la conferma dell'assetto della giustizia amministrativa come ricevuto dalla interpretazione data dalla giurisprudenza al complesso normativo del 1865-1889, hanno dalla loro l'indubbio dato che il costituente si ispirò a quell'assetto. E, tuttavia, una rilettura più meditata, più attenta alle direttive e al programma di rinnovamento e di rifondazione dello stato democratico, più ispirata alla necessità di sviluppi conformi alle trasformazioni del tessuto istituzionale e sociale, ha via via svelato la varietà di significati attribuibili alle disposizioni costituzionali, le possibilità che esse consentono (97). Dagli anni '60 in poi è venuta così

(93) G. Zanobini, *Corso*, cit., 50-51.

(94) A. Amorth, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, 1948, 112.

(95) F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1949, nota a p. 350.

(96) Si v., ad es., quanto ritiene L. Paladin, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 457 ss.

(97) Tra i primi è da citare V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966. Alle tesi di questo Autore si rifà C. Mortati,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maturando una spinta alla revisione del modello tradizionale, orientata nella direzione di una maggiore ampiezza della copertura giurisdizionale, di un arricchimento dei caratteri e dei contenuti della categoria degli interessi legittimi e, in relazione a ciò, della processualizzazione dei mezzi di tutela (98) davanti al giudice amministrativo e del loro affinamento « allo scopo di farne degli effettivi strumenti di garanzia delle situazioni giuridiche degli amministrati » (99). Un cammino che, seppure non ha trascurato l'obiettivo della assolutizzazione della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, ha stentato a fare i conti con il nocciolo duro della specialità di tale giudice, in particolare per ciò che riguarda il Consiglio di Stato. Peraltro, non pare dubbio che la strada della processualizzazione, pur quando non ha esplicitamente messo in discussione (i residui di) quella specialità, si connette alle istanze di verace giurisdizionalizzazione che abbiamo visto avere riscaldato il dibattito agli inizi del secolo.

Era pressoché inevitabile, perciò, che, allorché ci si è accinti ad un tentativo di organica revisione della parte seconda del testo costituzionale, la questione riemergesse nella sua complessiva portata.

Non è questa la sede per rievocare le proposte elaborate nel 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. Solo voglio sottolineare le assonanze tra il dibattito di inizio secolo, di cui si è detto, e le polemiche che hanno accompagnato quei lavori, quando è apparso chiaro che si riproponeva l'eventualità di un distacco delle funzioni giurisdizionali dal Consiglio di Stato.

La posizione della dottrina amministrativistica non è stata univoca (100), pur se in larga parte orientata nel senso della tradizione.

Istituzioni, cit., 1125 ss., per confutare l'opinione che la costituzione avrebbe puramente e semplicemente confermato i criteri ispiratori del sistema preesistente.

(98) Tra le prime affermazioni di tale linea è da annoverare lo studio di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

(99) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* cit., 19.

(100) V. le relazioni e il dibattito nell'ambito delle giornate di studi in onore di M. S. Giannini tenute a Bologna nel maggio 1997, raccolte in una pubblicazione a cura della Spisa. Nella introduzione L. Mazzarolli richiama un passo di un documento, firmato da oltre trenta professori ordinari di diritto amministrativo, dove si ricorda il patrimonio di esperienza e di preparazione acquisito dai giudici amministrativi, si afferma che « la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si è detto che contraddizioni e ambivalenze rappresentano elementi di ricchezza di un patrimonio « che va preservato, migliorandolo e perfezionandolo, non abbandonandolo » (101). È stato d'altro canto rilevato che la giurisdizione amministrativa ha assicurato strumenti di tutela ulteriori rispetto a quello offerto dal diritto soggettivo; e che « anche per effetto della normativa costituzionale ha sempre più operato a tutela delle situazioni soggettive del privato … e sempre meno come strumento di controllo della legalità amministrativa o di garanzia nella amministrazione » (102). Ed ancora, rievocando il dibattito degli anni '10, si è messo in evidenza come la situazione sia ben diversa da quella di allora, dal momento che oggi il Consiglio di stato è « un organo totalmente indipendente » (103).

Si potrebbe obiettare che, in realtà, il percorso verso una verace giurisdizionalizzazione e piena tutela non è ancora compiuto; e che, nel suo corso, la specialità dell'organo preposto alla giurisdizione amministrativa (104), la peculiarità della missione ad esso affidata, la

---

peculiarità del Consiglio di Stato e dei Tar deve perciò essere assolutamente salvaguardata », e si aggiunge che « l'indiscriminata confluenza del giudice amministrativo in un'unica organizzazione giudiziaria gli farebbe perdere la sua identità e aprirebbe un periodo di notevole incertezza in ordine alla possibilità di ottenere effettivamente giustizia ».

(101) S. CASSESE, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato* cit., 61. Secondo G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, *ivi*, 1 ss., « se si riflette retrospettivamente sull'esperienza secolare di questa istituzione, non si può non cogliere come i suoi momenti migliori siano derivati da quelle che appaiono, a prima vista, le sue vistose contraddizioni »; conclusivamente Melis si chiede (lasciando l'interrogativo senza risposta) se queste contraddizioni rappresentino ancora oggi delle virtualità o, piuttosto, si siano convertiti in limiti dell'istituzione.

(102) G. CORSO, *Il Consiglio di Stato*, cit., 45.

(103) S. RAIMONDI, *Contro la giurisdizione unica e contro la separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato*, cit., 80.

(104) Come rilevato da M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 ss., la collocazione del Consiglio di Stato e dei suoi membri nell'ambito del complesso governo-amministrazione esprime « organicamente » quel connotato essenziale del nostro sistema di giustizia amministrativa consistente nella « embricazione di giurisdizione e amministrazione ». A proposito delle tecniche di operare del Consiglio di Stato, l'Autore osserva come, sia che si esponga come giudice, sia come consulente, sia che presti i suoi membri per lo svolgimento di attività amministrative, « oggetto e termine della sua cura sono sempre il potere amministrativo, come strumento di soddisfazione dell'interesse pubbli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua gloriosa tradizione (105), hanno condizionato e, se si vuole, abbagliato la dottrina. Seppure bisogna riconoscere che all'opzione per la natura schiettamente giudiziaria non si sposava chiarezza e univocità circa la configurazione e l'ampiezza della tutela; e che sarebbe azzardato ipotizzare gli esiti a cui avrebbe potuto portare sul punto l'affidamento ad un « vero » giudice.

Il legame che mi è parso di poter rilevare tra il dibattito di inizio secolo e quello di fine secolo sulla giustizia amministrativa e sul Consiglio di Stato induce a concludere che rispetto ai temi in esame il periodo fascista e il suo compimento abbia avuto un peso relativamente limitato; certo sopendo taluni nodi e non stimolando linee di revisione di un sistema che eredita e lascia sostanzialmente immutato. Nel passaggio alla repubblica la dottrina che si occupa della materia non sarà matura per fare i conti con principi risalenti largamente accettati e con la tradizione di un organo che « ha dato, anche nel periodo fascista, innegabili prove di fermezza, di indipendenza e di attaccamento agli elevati e delicati suoi compiti » (106).

---

co ». Se ciò rappresenta uno dei meccanismi di risoluzione della contraddizione fra esercizio di giurisdizione e esercizio di amministrazione, nel contempo « segna inesorabilmente il limite della soggettivazione della giurisdizione amministrativa e della sua funzionalità come strumento di protezione dell'interesse individuale » (*ivi*, 1389).

(105) Per uno scritto talmente aulico ed elogiativo da sconfinare nell'adulatorio v. A. C. JEMOLO, *Nell'approssimarsi di un centenario*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1931, 262 ss.

(106) P. CALAMANDREI, intervento pronunziato nella seduta del 5 dicembre 1946 della seconda sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, 1890-1891. Nonostante tale tributo, Calamendrei, come noto, si pronunziò per la soppressione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

ITINERARII DELL'IMPRESA

1. Le radici della teorizzazione italiana sull'impresa. — 2. La teorizzazione italiana sull'impresa: la lunga riflessione di Lorenzo Mossa. — 3. La teorizzazione italiana sull'impresa: verso il Codice del 1942. — 4. Oltre il 1945: motivi di continuità nella visione « funzionale » e « istituzionale » dell'impresa.

1. *Le radici della teorizzazione italiana sull'impresa.*

È nel ventennio fra le due guerre mondiali che in Italia si parla e si discute con frequenza crescente di *impresa,* tanto crescente che l'ultimo progetto per un nuovo Codice di commercio, quello — irrealizzato — del 1940, assume l'impresa e il suo esercizio a propria ossatura fondamentale, tanto crescente che protagonista del libro « Del lavoro » nel Codice unitario del 1942 è proprio la nozione — non si sa quanto ben digerita — di impresa (1).

Nozione indigesta per la maggioranza dei privatisti italiani — particolarmente dei civilisti — perché totalmente estranea (2) alla tradizione romanistica e all'individualismo giuridico borghese che in quella tradizione incarnava il programma della propria ortodossia giuridica ufficiale. In questo programma campeggia la proprietà, o, meglio, un modello di proprietà costruito come diritto astratto su una cosa percepita quale oggetto di sovranità e non quale fenomeno

(1) Basti qui rinviare a due saggi puntuali redatti a caldo da Alberto Asquini, il commercialista allievo di Rocco che presiedette la Commissione elaboratrice dell'ultimo progetto per un Codice autonomo di commercio e che fu un personaggio di spicco della Commissione redattrice del Codice unitario del 1942: *Una svolta storica del diritto commerciale* (1940), e *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione* (1941), ora entrambi in A. Asquini, *Scritti giuridici*, vol. terzo, Padova, Cedam, 1961.

(2) A parte un uso generico — e pertanto insignificante — dei termini 'impresa' e 'imprenditore' che compare anche in testi normativi e dottrinali ottocenteschi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

economicamente rilevante; campeggia, insomma, una proprietà soggettivisticamente e potestativamente intesa; se vogliamo, campeggia il proprietario che è semplicemente un soggetto potestativo.

A questo soggetto eretto e alto sulla cosa, che è per vocazione solitario e che esige la solitudine come unica situazione che permette di far stagliare netta la sua ombra sulla cosa, a questo soggetto la dimensione collettiva e, comunque, sociale appare intrinsecamente innaturale, e intrinsecamente innaturale ogni sua contaminazione con la fattualità economica della cosa. Per questo, la cultura giuridica borghese ha modellato la proprietà come il diritto soggettivo dell'individuo proprietario e, corrispondentemente, si è ingegnata di costruire tecnicamente il condominio quale situazione eccezionale e provvisoria (perché intimamente negativa), o addirittura quale non-proprietà, e ha tentato di liquidare in ogni modo — con spietatezza auschwitziana — ogni reliquia di proprietà collettiva (3).

Questo paesaggio semplice, nitido, astrattamente armonicissimo, fu messo duramente in crisi tra fine Ottocento e inizii Novecento per il complicarsi della società che si esprime in tre direzioni prevalenti: l'emersione delle masse, la rivoluzione tecnologica, il conseguente riassetto dell'organizzazione economica. Ora, per capir bene quella linea tendenziale del Novecento giuridico italiano che convenzionalmente siamo soliti chiamare *impresa,* ci basta — in quel grandioso fenomeno storico — restringere lo sguardo al rapporto economia/diritto; un rapporto che si complica, si sovverte, si inverte proprio dove il capitalismo maturo della grande industria rifiuta lo *abstrakte Privatrecht* dei pandettisti come un ferrovecchio degno della bottega del rigattiere.

La fucina, il laboratorio, è, come per altri esperimenti nei campi del diritto dell'economia e del lavoro, la Germania del primo quindicennio del Novecento; è qui infatti che si misura un trapasso sostanzioso rispetto alla *Welt von Gestern*, è qui che economia e diritto sono analizzati nelle loro profonde irrelazioni, senza prevenzione alcuna. A livello scientifico, è qui che nasce il movimento « Recht und Wirtschaft », è qui che ha vita e si distende dal 1912 al

(3) Cfr. quanto abbiamo scritto in: P. GROSSI, '*Un altro modo di possedere*' - *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1921 l'organo ufficiale del movimento contrassegnato da una identica intestazione, e si comincia a parlare, con linguaggio assolutamente nuovo, di « diritto dell'economia ». Poi, la prima guerra mondiale; una tragedia immane ma anche un vero « Lehrmeister auf dem Gebiete des Rechts », come scriverà nel 1917 un osservatore attento e partecipe — e anche un protagonista — dell'intero movimento, Justus Wilhelm Hedemann (4), forse il più convinto assertore di un *Wirtschaftsrecht* (5).

Nel corso dell'evento bellico talune esigenze socio-economiche divengono sfacciate, brutali, impellenti. La guerra, tuttavia, in Germania come in Italia non fa che portare alla superficie e manifestare apertamente una tendenza latente ma serpeggiante nella società da parecchi anni: il necessario primato dell'economia, il fine incombente della maggiore e migliore produzione, la necessità di una organizzazione razionale che, al di là di impensabili personalismi, tenda al risultato obbiettivo, richiesto dalla società, di perseguire appieno quel fine (6). Insomma, sono i fatti economici che dominano e condizionano e che esigono architetture giuridiche completamente nuove rispetto agli schemi paleolitici del diritto civile ancora per buona parte basati sulle diagnosi di Gaio.

È qui, in questa grande fornace storica dove guerra, anteguerra, dopoguerra mostrano una linea perfettamente continua, che prende forma e volto, dinnanzi alla enorme e complessa organizzazione economica tedesca, una prima teoria dell'impresa; non più soltanto

(4) J.W. Hedemann, *Der Krieg als Lehrmeister auf dem Gebiete des Rechts*, Leipzig, Teubner, 1917. Due anni dopo, a guerra finita, Hedemann insisterà sui doveri di rinnovamento per il civilista e disegnerà i tratti di un diritto civile sostanzialmente nuovo: *Das Bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, Fischer, 1919.

(5) Può essere istruttiva la lettura dello sguardo retrospettivo redatto dallo stesso Hedemann. Cfr. J.W. Hedemann, *Das Wirtschaftsrecht-Rückblick und Abschied*, in *Beiträge zum Arbeits-Handels-und Wirtschaftsrecht-Festschrift für Alfred Hueck*, München, Beck, 1959. Mentre « vor dem 1. Weltkrieg war der Ausdruck 'Wirtschaftsrecht' unbekannt « (p. 378), nell'immediato dopoguerra fu creato presso l'Università di Jena un 'Institut für Wirtschaftsrecht' (p. 379) dietro iniziativa dello stesso Hedemann, il quale provvide a fissare le categorie scientifiche della nuova disciplina (cfr. J.W. Hedemann, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Mannheim, Bensheimer, 1922).

(6) Tra una abbondante letteratura, particolarmente illuminante, anche sul piano storico-giuridico, mi appare E. Heymann, *Die Rechtsformen der militarischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts,* Marburg, Elwert, 1921.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un termine (*Unternehmen, Unternehmung*), o un riferimento neutro e insignificante reperibile in testi legislativi e dottrinali, piuttosto l'impresa nella sua accezione storicamente novissima e carica di significati storici e giuridici, l'impresa come concetto cardine del nuovo diritto dell'economia, su cui poter legittimamente poggiare una teorizzazione; e tutto un itinerario si sviluppa, dai primi tentativi di Ohmeyer, di Pisko, di Müller-Erzbach, di Isay degli anni Dieci (7) alla maestosa intelaiatura del « Trattato » di Müller-Erzbach risalente ai primi anni Venti (8).

Vediamo di chiarire adeguatamente a noi stessi il contenuto di questa nozione, che è di per sé vaga e sfuggente, perché siamo alle radici anche dei futuri sviluppi italiani.

Non la si capisce e non la si spiega, se, in primo luogo, non la si inserisce in una coscienza profondamente rinnovata della rilevanza della dimensione economica e della sua incidenza sulle costruzioni giuridiche. Il programma è semplice: il diritto patrimoniale nasce dai fatti economici e ne resta intriso; a quelli occorre guardare senza formalistiche ripugnanze per conseguire una percezione dell'universo giuridico in tutta la sua complessità. Questo nuovo sguardo senza prevenzioni — che ficca spregiudicatamente gli occhi ben al di là delle forme giuridiche ufficiali, nella pratica degli affari, negli assestamenti spontanei della vita quotidiana, insomma nel diritto vivente — permette di constatare quanto gli atti della vita economica rifuggano l'isolamento e quanto invece tendano a organizzarsi compiutamente, a realizzare organismi complessi e duraturi che superino la proiezione personale di questo o quel soggetto economico.

Il nuovo diritto patrimoniale come diritto dell'economia non può che prendere atto della complessità della realtà economica moderna, dei suoi assetti, delle sue conquiste, e sorprendere un mondo non più popolato da individui e atti individuali ma da coagulazioni via via sempre più ampie: la lezione giusliberistica si sposa perfettamente con il nuovo movimento di analisi giuridica; si

(7) OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt* (1906); PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand der Rechtsverkehr* (1907); MÜLLER-ERZBACH, *Die Erhaltung des Unternehmens* (1908); ISAY, *Das Recht am Unternehmen* (1910).

(8) R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, la cui prima edizione prende ad uscire nel 1919 e si completa nel 1924.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha uggia per le litanie mormorate sui testi di legge, si studia il *lebende Recht* di ehrlichiana memoria perché è il solo a restituire fedelmente l'effettività, si constata l'inservibilità del tradizionale armamentario romanistico e la necessità di identificare nuove fondazioni di ricerca (9). L'individualismo giuridico appartiene al « mondo di ieri »; il mondo di oggi è invece segnato e percorso nell'ultima Germania guglielmina da fenomeni organizzativi che travalicano individui e individualità; è l'organizzazione che conta, cioè non i singoli rapporti slegati ma piuttosto i loro collegamenti in intreccio di connessioni spesso complicatissimo.

Parlar di impresa in Austria e in Germania, da Pisko e Isay in poi, significa spostare l'analisi del giurista su questo nuovo paesaggio, perché impresa è innanzi tutto l'organizzazione unitaria di strumenti personali e reali per l'esercizio di una attività produttiva di servizii o di beni destinati allo scambio, una organizzazione unitaria sorretta e guidata da una contemplazione oggettiva della natura dei fatti economici, orientata a tutelare interessi puramente oggettivi.

L'accenno agli interessi ci consente di integrare il dato fisionomico finora offerto del volto teorico dell'impresa con un altro dato rilevantissimo per la ricomposizione d'una fisionomia storica fedele: alla immagine della purezza delle forme giuridiche ha fatto séguito, nei nuovi giuristi tedeschi, la percezione della intensa carnalità del diritto, una carnalità che è immediatamente conseguente al suo affondare nei fatti economici.

Sono in gioco interessi più che principii astratti, e sono in gioco interessi socialmente rilevanti più che interessi individuali. In questo comporsi di interessi che superano il soggetto individuo si colloca l'impresa. La quale, proprio perché contrassegnata da un meccanismo minimo o massimo di organizzazione, è necessariamente comunità, comunità di persone, di beni, di energie, di spiritualità; ma

(9) È esemplare il giusliberista Ernst STAMPE che, nella sua 'Wert-Bewegungslehre' del 1919, (cfr. *Grundriss der Wertbewegungslehre. Zur Einleitung in ein freirechtliches System der Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr, 1912-1919), ci offre il disegno di una teoria delle obbligazioni secondo il nuovo metodo e che, nella sua introduzione al diritto civile del 1920, propone una interpretazione del diritto nell'ottica del soggetto imprenditore. (Cfr. *Einführung in d. bürgerliche Recht: ein kurzes Lehrbuch nach neuem System und neuer Lehrmethode. 1. Einleitung: die Gegenstände. Die Unternehmen und die Vermögen,* Berlin, Vereinig.-Wissensch. Verl., 1920).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche una comunità non avulsa da tutto il resto, anzi ben inserita e strettamente collegata con la grande comunità rappresentata dalla generalità (quella generalità che la coscienza giuridica weimariana esprimerà bene come una società di società).

L'impresa, ben immersa nel diritto dell'economia, è ugualmente immersa nel diritto sociale, e, come tale, è portatrice di un interesse proprio e di un interesse generale, di un interesse proprio che arriva a coincidere, non può non coincidere con l'interesse generale. Fra l'uno e l'altro v'è simbiosi ed osmosi, perché l'impresa non è un'isola egoisticamente economica ma cellula d'un più vasto organismo cui dà vita e da cui riceve vita. Il nuovo diritto commerciale tedesco — che trova il teorizzatore più compiuto in Rodolfo Müller-Erzbach — è diritto di imprese e di imprenditori, né varranno per esso la inservibile distinzione tralatizia fra pubblico e privato (cui aveva, gelosamente, tenuto l'ordine borghese), né gli apparecchi tecnici del diritto romano (gelosamente conservati nei forzieri borghesi) costruiti a misura di un singolo soggetto operatore.

In conclusione: la riflessione austro-germanica sul tema-problema dell'impresa costituiva un modello essenziale per la giuristica italiana del primo dopoguerra. Nel vivacissimo laboratorio tedesco c'era stata una intensa presa di coscienza della complessità sociale ed economica, e l'impresa ne era il testimone, e anche il riuscito tentativo di dominarla e ordinarla quale cellula organizzativa e supremo momento di razionalizzazione.

« Economia e società », « Wirtschaft und Gesellschaft » — per riprendere il titolo espressivo del grande testamento intellettuale di Max Weber scritto proprio alle soglie degli anni Venti (10) — si compongono armonicamente in questo frutto tutto moderno e tutto nuovo che è l'impresa; la quale sembra assurgere a segno dei tempi: non è senza significato che lo stesso Weber, nell'ultima opera sua di sintesi, tenendo dietro alla istanza panrazionalizzatrice del politico e del sociale, ci proponga anche uno Stato che ha il volto e il carattere dell'impresa (11).

Un risultato era però certo: l'impresa sembrava fatta apposta per

(10) M. WEBER, *Economia e società*, (trad. ital.), Milano, Comunità, 1968[2]. L'ampia sintesi fu pubblicata postuma a Tübingen nel 1922.

(11) WEBER, *Economia e società*, cit., II, p. 686 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mettere in ombra la proprietà, o almeno quel modello potestativo e individualistico di proprietà che la borghesia aveva voluto al cuore del proprio ordine; sul piano economico era la rivalutazione dell'esercizio rispetto alla titolarità e si insisteva sulla funzione dei beni più che sulla appropriazione patrimoniale; su1 piano sociale, si subordinava la libertà del proprietario a programmi e scopi oggettivi e socialmente rilevanti che esorbitavano ben spesso dalla sua volontà. Se il proprietario borghese è quello descritto sommariamente da noi all'inizio di queste pagine, si capisce perché la nozione di impresa fosse intrinsecamente estranea alla cultura borghese e come di impresa non si parlasse per tutto l'Ottocento se non per accenni banali. L'ingegno acuto di Georges Ripert, disegnando negli anni Quaranta del secolo scorso gli aspetti giuridici del capitalismo moderno e scrivendo in una Francia che era rimasta assai più della Germania impermeabilmente e saldamente post-napoleonica, ha perfettamente ragione di constatare: « L'entreprise est restée cachée sous la propriété... jusqu'ici le droit n'a pas jugé utile de la faire apparaître parce-que la propriété lui suffisait » (12). È restata nascosta. Forse, sarebbe meglio dire: le è stato impedito di affiorare.

2. *La teorizzazione italiana sull'impresa: la lunga riflessione di Lorenzo Mossa.*

Un modello, dunque, operativo e teoretico, ma modello straniero ed estraneo alla nostra tradizione giuridica, estraneo anche — se non addirittura ostile — alla ottusa interpretazione borghese della vita economica e dello sviluppo economico. Era quanto bastava per irritare il naturale misoneismo dei giuristi italiani, il loro carattere « imperturbabilmente borghese » (13).

Essi, ancora tutti presi — nella stragrande maggioranza — ad arrampicarsi sugli agili pinnacoli gotici innalzati da Fadda e Bensa,

(12) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, (1946), Paris, Libr. Gén. de Droit et de Jurisp., 1951², p. 268. Vedi anche la pagina precedente sulla assenza in Francia d'una simile nozione.

(13) Come lo qualifica un testimone attento al proprio tempo, Francesco Carnelutti (cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1913, Introduzione, p. XII).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti ancora pervasi dalla persuasione della superiorità del diritto civile proprio in grazia della sua possibile purezza ed astrazione, non si dettero gran pena delle ruminazioni — per verità poco comprensibili — dei giuristi austriaci e tedeschi, nemmeno i commercialisti avvezzi a misurarsi con soggetti commercianti e con atti di commercio. Quel gran parlar di *Unternehmen s*embrò un esercizio verbale, e pertanto inutile.

Ci voleva un personaggio che se ne facesse introduttore e traduttore in casa nostra; questi fu, senza ombra di dubbio, Lorenzo Mossa (14). Di rado, un movimento e mutamento sono così rigidamente vincolati a un singolo studioso, ma per la circolazione in Italia della teoria dell'impresa un nome solitario va pronunciato, e a lui va ascritto un merito storico. Ci voleva proprio un uomo come Mossa: un innamorato — fino alla totale dipendenza intellettuale — della cultura di area tedesca e un conoscitore come pochi di tutto l'enorme lavorìo riflessivo — metodologico e tecnico — di austriaci e tedeschi; un personaggio sensibilissimo al divenire storico, tanto da aver percepito nell'impresa il segno più tipico dei tempi nuovi e anche lo strumento di salvataggio nella crisi generale del capitalismo classico.

Quel che nocque alla teorizzazione mossiana sull'impresa — ma la notazione vale per l'intiera opera del commercialista pisano — fu l'entusiasmo, l'eccessivo entusiasmo che caricò di umori il discorso, lo rese icastico, violento, ossessivo nella sua monotonia, sempre intemperante, talora incontrollato sul piano critico, talora povero sul piano speculativo e perciò inadeguato ai basilari problemi teorici affrontati. Ma Mossa vide giusto, facendosi per primo introduttore delle conclusioni d'Oltralpe. Il suo entusiasmo si mostra oggi, di fronte a occhi disincantati, condito di molta sensibilità storica,

(14) Utili — anche se insoddisfacenti — i ricordi redatti da un suo allievo spirituale, Mario Casanova, che fu anche il sistematore a livello tecnico-giuridico di parecchie intuizioni di Mossa in tema di impresa-azienda (cfr. *Vita di Lorenzo Mossa* (1961), ora in *Opuscoli di vario diritto*, (1926-1967), Milano, Giuffrè, 1968, e da Alberto Asquini, che, scientificamente, gli fu, come allievo di Alfredo Rocco, avversario rispettoso ma deciso per opposte scelte di indole squisitamente metodologica (cfr. *Lorenzo Mossa* (1957) ora in *Scritti giuridici*, vol. terzo, cit).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre la generale tiepidezza dei commercialisti italiani fu sordità (15).

La sua monotonia fu anche una esemplare coerenza, seguibile nel cammino di un ventennio segnato da conquiste progressive: dal discorso inaugurale sassarese del '23, che sembra trattare un oggetto sensibilmente diverso ma che costituisce la messa a punto di una delle intuizioni più personali e più feconde di Mossa (16), alla prolusione pisana del '26 (17), al ricchissimo « a proposito di » Oppikofer (18), al commento critico del progetto di Codice di commercio del 1925 (19), al programma — ormai definito — del suo corso di diritto commerciale (20), alle dense e programmatiche conferenze all'Università di Santander (21), all'analisi dell'impresa nei nuovi ordini sovietico, nazionalsocialista e corporativo italiano (22), all'analisi dei rapporti fra proprietà e impresa in una visione superatrice di vecchie ipoteche quiritarie (23), alla grande

(15) È Alberto Asquini che, nel suo necrologio di Mossa, rendendo omaggio al merito dell'esploratore solitario, riconosce con grande probità: « le tesi di Mossa ci lasciarono all'inizio tiepidi, sembrando tesi d'importazione » (ASQUINI, *Lorenzo Mossa*, cit., p. 41).

(16) *Il diritto del lavoro*, Sassari, Libreria Italiana e Straniera, 1923.

(17) *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (Prolusione al corso di Diritto commerciale letta all'Università di Pisa il 20 gennaio 1926), ora in L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935.

(18) *Il diritto alla impresa* (a proposito di H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1927), ora in MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit.

(19) *Saggio per il nuovo Codice di commercio*, Sassari, Libr. Ital. e Stran., 1927.

(20) *Programma del corso di Diritto commerciale per l'anno 1929-30 nella R. Università di Pisa,* Pisa, Nistri Lischi, 1933.

(21) Si tratta del testo di quattro conferenze tenute da Mossa nel 1934 presso l'Università spagnola di Santander e aventi a tema i *Principii del diritto economico*; le singole tematiche erano: *Nozione e presupposti e scopi del diritto dell'economia; L'influenza del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali; Il principio della organizzazione economica-L'impresa-Trasformazione dell'impresa-Lo Stato e l'impresa; L'organizzazione collettiva delle imprese-I problemi della responsabilitá,* tutte ora in MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit.

(22) *L'impresa nell'ordine nuovo*, ora in MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit.

(23) L. MOSSA, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietá privata,* in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, Confed. Fascista Lavoratori Agricoltura, 1939.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sintesi del « Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942 », opera incompiuta che la morte interromperà nel 1957 ma il cui primo volume dedicato a « Il libro del lavoro - L'impresa corporativa », uscito a caldo subito dopo l'intervento codificatorio (24), ci consente di valutare il messaggio centrale di Mossa nel colmo della sua maturità.

Messaggio che non è né facile né semplice disegnare qui concisamente, come si conviene a questo saggio, giacché il suo autore lo ha sepolto durante il ventennio sopra segnato all'interno d'una gran congerie di materiale alluvionale, quasi sempre disordinato e confuso, giacché *l'impresa* di Mossa è più una intuizione, o un complesso di intuizioni e di scandagli, che la sistemazione e definizione di un istituto. Può servire a dare ordine un sommario disegno ideologico del personaggio con alcuni tratti precisi.

Mossa si trova in sintonia coi suoi ammirati mèntori tedeschi almeno per due aspetti essenziali: come loro, è antindividualista ed è pertanto antistatalista. Lo muove un sincero solidarismo, che gli permette di cogliere con ripugnanza ma anche con lucidità le grosse mistificazioni del diritto borghese tutto costruito sull'idea del diritto soggettivo individuale protetto dai due strumenti príncipi della proprietà e del contratto. La denuncia di Mossa è aperta: il suggestivo dogma della libertà contrattuale premia soltanto l'abbiente così come tutte le pretese conquiste del diritto civile astratto codificato; lo Stato, che è Stato borghese, con i Codici ha rinserrato l'ordine giuridico in un sistema di regole generali e rigide per impedire ai fatti — cioè ai nuovi contenuti economici e sociali — di emergere a livello giuridico (25). Se si vuole arrivare a un diritto più giusto, si deve rompere con i dogmi dello statalismo e del legalismo ormai non più credibili malgrado il loro ammantamento liberale, e consentire all'ordine giuridico di organizzarsi spontaneamente e pluralisticamente; solo così il diritto commerciale riacquisterà il suo carattere « popolare » e « universale » (26).

Modernismo giuridico, cioè sostanzialmente un giusliberismo

(24) Milano, S.E.L., 1942.

(25) Le citazioni potrebbero essere tante; limpide le enunciazioni contenute in: *Principii del diritto economico*, cit., p. 91.

(26) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., pp. 4-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che il commercialista sente affrancatore, e antindividualismo si sposano in lui come in parecchi dei suoi fidati consiglieri austro-tedeschi, col dichiarato scopo di incrinare — se non demolire — quella cittadella fortificata di un diritto asociale che è il Codice, ogni Codice. Si dovrà avere il coraggio di frugare nel diritto vivente senza più prevenzioni verso la natura dei fatti e l'equità (27), si dovrà far molto conto del giudice e non solamente di quello togato (28), si dovrà respingere l'idea perversa di sclerotizzare il diritto commerciale — come si è purtroppo fatto — riducendolo a un complesso di leggi generali (29) e di consuetudini (30) mentre il nuovo diritto dell'economia si colloca tutto al di fuori bollato dalla irrilevanza; si dovrà soprattutto avere il coraggio di liberarsi della vecchia dogmatica con le sue decrepite ma socialmente odiose armature romanistiche (31) e registrare senza inibizioni le istanze nuove inventando una dommatica adeguata e magari istituti nuovi di zecca.

Liberati dai miti capziosi dell'individualismo giuridico occorre, finalmente anche se tardivamente, valorizzare le due grandi realtà

---

(27) Parlando del nuovo diritto del lavoro, egli constata « un sistema di norme giuridiche già in atto … quelle del diritto libero, del diritto non vincolato a immodificabili leggi scritte e riconosciute dal giudice traverso l'osservazione dei fatti e dei sentimenti sociali » (*Il diritto del lavoro*, cit., p. 10). E per il nuovo diritto commerciale parla d'una « pluralità di fonti, la legge e la pratica, la consuetudine e la scienza del diritto, la natura dei fatti e l'equità » (*I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 9); *Programma del corso di diritto commerciale per l'anno 1929-30,* cit., p. 6*; Principii del diritto economico,* cit., p. 92, dove si tesse l'elogio del modernismo giuridico come quell'atteggiamento metodologico che ha per fine « la percezione integrale del fatto giuridico » e con cui « si mira a rendere il diritto vivente, in maniera che i dogmi e gli istituti siano effettivamente permeati dal substrato economico ».

(28) *Il diritto del lavoro*, cit., p. 10-11.

(29) Mossa manifesta invece apprezzamento per talune attività del legislatore speciale, mosse da istanze concretissime e ben immerse nella storia. Tanto per fare alcuni esempii probanti, la legge italiana del 1919 sul contratto di impiego privato (cfr. *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 10-11) o la legislazione di guerra durante il primo conflitto bellico (cfr. *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, cit., p. 47).

(30) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., pp. 9-10.

(31) Affermazioni mature in: *Principii del diritto economico*-I-*Nozione e presupposti e scopi del diritto dell'economia*, cit., pp. 99-100, nonché II-*Influenze del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali*, cit., per totum; in particolare, sulla inadeguatezza delle immobili nozioni romanistiche di *res* e di *universitas* a ordinare teoricamente le nuove cose economiche e la loro circolazione, v. pp. 117-119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

represse o ignorate, il lavoro e il mercato economico; si dovrà togliere il lavoro dal rango infimo di merce cui lo condanna la romana *locatio operarum* ed elevarlo a elemento qualificante e tipizzante di un contratto autonomo (32), e si dovrà apprezzare la realtà economica assai più di quanto non hanno fatto finora il civilista (che pensa solo al proprietario fondiario) e il commercialista (che pensa solo a difendere il ceto mercantile) (33). Fuori del (e, perché no?, contro il) diritto civile e contro il vecchio diritto commerciale occorre edificare il diritto del lavoro e il diritto dell'economia, che avranno due protagonisti: il contratto di lavoro e l'impresa, due istituti che si deve avere la franchezza di constatare esorbitanti dal sistema tradizionale e pertanto plasmare con materiali nuovi gettando al macero senza rimpianti i vecchi arnesi (34).

Abbiamo unito insieme non arbitrariamente contratto di lavoro e impresa, perché è Mossa che li vincola inscindibilmente; sta qui la sua intuizione essenziale, già puntualmente presente nel discorso inaugurale del 1923 che, formalmente dedicato a « Il diritto del lavoro », non è rilevante soltanto in una ottica giuslavoristica (è senza dubbio una tappa dell'itinerario scientifico dal contratto di tariffe al contratto collettivo) (35), ma anche in una ottica giuseconomica.

Il solidarismo mossiano non può non legare lavoro e impresa; « tra imprenditore e lavoratori e impiegati esiste già in natura una società per il conseguimento di comuni risultati. Questa società naturale, oggi assorbita nella subordinazione del rapporto all'impresa, non può oltre rimanere priva di influenza nella sua configu-

(32) È la tesi del discorso inaugurale sassarese del 1923.

(33) È il tema dell'intiera opera mossiana; il suo culmine è nella seconda conferenza di Santander del 1934.

(34) Per questo Mossa è modernista, giusliberista, perché ha coscienza che, facendo i conti unicamente col sistema legislativo, non si riuscirà mai a costruire un autonomo diritto del lavoro e un autonomo diritto dell'economia; per questo Mossa ha coscienza che il costo di un autentico diritto del lavoro e di un autentico contratto di lavoro è una dottrina « contrapposta al diritto civile comune » in evidente conflitto con « lo spirito e la tecnica del diritto del codice civile » (*Il diritto del lavoro*, cit., p. 8); identica è la coscienza che circola nelle quattro conferenze di Santander, in cui si analizzano i criterii fondativi della nuova scienza del diritto economico.

(35) Su cui, ovviamente, non possiamo in questa sede che accennare rapidamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razione giuridica » (36). E non sorprende il futuro plauso di Mossa per la sistemazione da parte del legislatore del '42 dell'impresa all'interno del libro del lavoro, perché ciò ai suoi occhi ha servito a liberarla « dalla impressione commerciale » — come egli si esprime nel suo immaginifico linguaggio — e a rendere alla stessa impresa commerciale « un servizio inestimabile » (37).

Ecco, intanto, un primo dato caratterizzante: l'impresa come comunità; non più la proiezione di un soggetto e del suo dominio ma una comunità che veda coinvolte nel suo governo anche le forze del lavoro; per di più, una comunità aperta verso la comunità generale « che deve entrare con essa in contatto », perché « è in uno stato di affidamento verso l'impresa organizzata » (38).

Il modello comparativo illuminante, quello che gli « serve di bussola », è per Mossa la proprietà intellettuale: nasce da un atto creativo individuale che certamente gli dà vita, ma « è destinata ad una pronta e definitiva socializzazione » (39), giacché è per sua intrinseca natura economica vocata a inserirsi e a sussistere in mezzo alla circolazione economica e giuridica, cioè ad essere continuamente *esercitata* in frizione con altre imprese, con persone fisiche e giuridiche, con lo Stato. Riprenderemo per svilupparlo questo accenno al tema carneluttiano della circolazione e anche l'altro alla dimensione essenziale dell'esercizio; per ora ci basti individuare la comunità impresa come testimone del « nostro tempo... contrassegnato dal trionfo dell'idea sociale », perché « il moto ineluttabile del presente [del presente che Mossa vive] è... dal singolare al collettivo, dall'individuale al sociale » (40); una comunità impresa « ben inserita in quel diritto dell'economia che attiva e ingrandisce il valore del diritto sociale...quale diritto che ha le sue scaturigini negli aggruppamenti sociali e negli stessi interessi sociali » (41).

---

(36) *Il diritto del lavoro*, cit., p. 20

(37) *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice del 1942*, I, cit., p. 163, nota 2.

(38) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 23.

(39) *Influenze del diritto dell'economia sui dogmi e istituti giuridici tradizionali*, cit., p. 115. È Mossa che fa qui l'esempio della bussola.

(40) *Principii del diritto economico-I-Nozione e presupposti e scopi del diritto dell'economia,* cit., pp. 92 e 93.

(41) *Ibidem*, p. 96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si aggiunga: non una comunità fra le tante, bensì una comunità singolarissima. Lasciamo allo stesso Mossa la parola: essa è « l'organismo economico che concentra in sé i mezzi e gli uomini indispensabili per l'esercizio dell'attività commerciale » (42), « è il forte e agile organismo economico, formato di capitali, formato di lavoro, formato di forze naturali: e costituisce la persona economica, la cui vita e la cui continuità sono garantite dal diritto commerciale » (43). Il suo volto giuridico sta « nell'organizzazione di un'attività economica secondo un piano e per uno scopo determinato. Nell'organizzazione si ha, di regola, quella fusione di attività personale, di capitale, lavoro e beni immateriali, che rientra fedelmente nel concetto » (44).

Ben singolare comunità impastata di beni e di uomini, di energie (il lavoro creativo dell'imprenditore e il lavoro collaborativo dei dipendenti-socii) e di cose immateriali, tutti sorretti e stretti assieme e unificati dallo scopo e dal programma economici che la legittimano nella circolazione economica; perciò è organismo, perciò è organizzazione. L'organizzazione — o, per meglio dire, un' attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizii (45) — è essenziale perché nella circolazione nasca un'impresa e sussista un'impresa. L'organizzazione è il dato de-personalizzante, giacché uomini, cose, energie diventano — ciascuno — elementi di un meccanismo complesso con una totale fusione che permette la formazione di un organismo; è anche il dato unificante, giacché organizzazione è sempre finalizzazione di individualità a uno scopo che le trascende. Mossa ha una espressione pittoresca (com'è proprio del suo disinibitissimo linguaggio tanto disdicevole sulla bocca d'un pallido giurista) ma efficace: « la cosa è l'organizzazione di impresa con tutti i suoi elementi, che funzionano come i raggi della ruota. L'organizzazione è il cerchio ideale di questi raggi » (46).

---

(42) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 18. Altrove (*Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, cit., p. 271) la definisce: « società di lavoro e di organizzazione ».

(43) *Saggio per il nuovo Codice di commercio*, cit., p. 14.

(44) *Il diritto alla impresa*, cit., p. 65.

(45) Facciamo nostre terminologia e nozione, così come sono ricevute nell'art. 2082 del Codice civile del 1942, articolo che apre il titolo secondo, capo I 'Dell'impresa in generale' del libro quarto 'Del lavoro'.

(46) *Programma del corso di diritto commerciale per l'anno 1929-30*, cit., p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cominciano così a profilarsi i caratteri discriminanti dell'impresa:non concerne atti economici singoli o anche atti plurimi, dei quali continuerà ottimamente ad occuparsi il diritto privato (47); i1 suo campo d'azione è l'attività coordinata alla sua complessa organizzazione interna; sarà questo, d'ora in avanti, secondo il progetto mossiano, il discrimine tra il diritto privato e il nuovo diritto commerciale ormai trasfigurato in diritto dell'economia (48), ed è qui che questo secondo troverebbe concretamente, superando e spazzando via tante affannose e sterili dispute dei commercialisti, il suo autentico momento di autonomia (49).

L'organizzazione, che è coordinazione a uno scopo socialmente apprezzabile, riduce a unità elementi assolutamente eterogenei fra di loro e permette una vita unitaria dell'impresa come « tutto organico » nel traffico economico-giuridico moderno, con il conseguimento di risultati importanti per la snellezza ed efficacia di quel traffico; « risparmiando forme, spese, condizioni » (50) si potranno avere passaggi a titolo ereditario, vendite, locazioni, pegni di impresa, esecuzioni processuali su di essa. Questa unità — che Mossa si rifiuta di personalizzare (51) ma che identifica sulla scia di preziose indicazioni romaniane (52) in una « istituzione » (53), « istituzione

(47) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 20.

(48) « la distinzione tra diritto privato e commerciale sta appunto in ciò che il primo è il diritto della persona fisica e giuridica e della famiglia nei rapporti non organizzati ad impresa, ed il diritto commerciale non è più il diritto dell'attività intermediaria od altro, ma il diritto della impresa e della organizzazione di impresa » (*Programma del corso di diritto commerciale per l'anno accademico 1929-30*, cit., p. 5).

(49) *Ibidem*, p. 4.

(50) « separazione del diritto unitario dai diritti staccati, i quali, tutti assieme (i raggi della ruota) formano una cosa che non è più un complesso di diritti sui quali batte il diritto generale (di impresa) *ma una cosa nuova e diversa* » (*Ibidem*, p. 15).

(51) *Ibidem*, p. 11.

(52) Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946^2, pp. 75-76.

(53) *Programma del corso di diritto commerciale per l'anno 1929-30*, cit., p. 4. La qualifica della impresa come istituzione avrà fortuna. Cfr. P. GASPARRI, *L'impresa come fenomeno sociale*, in *La concezione fascista della proprietà privata,* cit. p. 382, e, più compiutamente, P. GRECÒ, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice Civile,* in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino, classe di scienze morali* - vol. 77, T. II a. 1941/42, p. 381 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dotata di autonomia e potere normativo » (54) — ha una sua vita propria indipendentemente dalle vicende personali del soggetto alla cui volontà si deve il suo primo realizzarsi e dei soggetti che vi operano, tutti suoi organi, anche i collaboratori, anche i dipendenti. Ci si garantisce in tal modo una continuità che non è legata alla vita di chi opera in essa e per essa.

L'impresa — come si è già detto — è vocata alla circolazione, cioè è creatura economicamente e giuridicamente dinamica secondo le esigenze del moderno diritto dell'economia. Proprio per questo è difficilmente inquadrabile in schemi e categorie quali quelli offerti dalla civilistica romanistica. L'organizzazione, che è la dimensione essenziale dell'impresa, ha una piattaforma reale (che non è riducibile alla « cosa » o alla « universitas » dei nostri tardi civilisti-pandettisti) e un tessuto di rapporti (che non è identificabile con i contratti imbalsamati negli articoli del Codice del 1865); piattaforma irriducibile perché quella (la cosa) e questi (i contratti) sono stati vincolati dai civilisti a un paesaggio statico, a figure e situazioni pensate nel loro collegamento con un titolare.

Devono subentrare nuove nozioni orientate e condizionate dalle nozioni economiche di cosa e di contratto, che i progressi tecnologico ed economico — mobilissimi nel secolo ventesimo — hanno forgiato prescindendo dalle « Istituzioni » di Gaio e di Giustiniano (55).

L'organizzazione come cosa, come cosa dalla singolarissima struttura, « una cosa immateriale, ma a fondo patrimoniale » (56): ecco, per Mossa, un tema tutto da studiare sì da cominciare a scrivere quello che sarà un capitolo importante del diritto dell'economia (57). O i contratti economici, dove « il dogma pregnante

(54) *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *L'impresa nell'ordine corporativo,* cit., p. 49.

(55) I contributi più significativi possono reperirsi nel *Programma del corso di diritto commerciale per l'anno 1929-30*, cit., e nella seconda delle quattro conferenze di Santander, quella per l'appunto dedicata alle *Influenze del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali*, cit..

(56) *Programma*, cit., p. 13. Cfr. anche: *Influenze del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali*, cit., pp. 117-119.

(57) Che si trattasse di tema vitale e in cui bisognava sbarazzarsi della vecchia dommatica romana a impostazione troppo materialistica, lo dimostra una raffinata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'economia, quello della apparenza giuridica » (58), porta a una revisione radicale dei vecchi assiomi della libertà contrattuale e del consenso, spostandosi l'attenzione dell'ordinamento sulla nuova esigenza d'una compiuta protezione degli interessi collettivi e di una maggior tutela dell'affidamento (59). Certamente, né la *universitas* romana — rinverdita da Fadda e Bensa — con la sua evocazione pastorale della immagine del gregge, né le teoriche romanistiche della novazione, della cessione del credito, dell'accollo del debito possono più bastare; è ora di finirla con questa « sterile fedeltà » (60).

La nuova dimensione è l'impresa come esercizio, cioè l'impresa nella dinamica della circolazione economica; e si avrà una frizione ineludibile con la generalità, che carica le titolarità all'interno dell'organizzazione imprenditoriale di doveri e di responsabilità, che reclama la tutela dell'apparenza sacrificando in nome dell'affidamento le manifestazioni negoziali sottostanti.

3. *La teorizzazione italiana sull'impresa: verso il Codice del 1942.*

Questa la teoria mossiana dell'impresa, che speriamo attendibilmente disegnata malgrado le oscurità e le ambiguità di cui l'autore — per la gioia dell'interprete — costella le proprie pagine: pur con

---

polemica fra Carnelutti e Vivante sulla 'proprietà della clientela'. Cfr. C. VIVANTE, *La proprietà commerciale della clientela*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXVI (1928), P. I., e *Ancora della clientela*, *ibidem*, XXVIII (1930) e F. CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, *ibidem*. A un Vivante, che, concependo la clientela come « quel complesso di relazioni di diritto e di fatto, per cui l'esercente di una azienda si assicura il concorso dei clienti » (p. 2), la individua senza perplessità quale oggetto di proprietà e quale 'cosa' in senso profondamente nuovo, replica un Carnelutti che è invece ancorato a vecchie e decrepite figurazioni della cosa e rifiuta come aberrante l'idea d'una proprietà della clientela. Il lettore non potrà che restar deluso dall'atteggiamento misoneistico di chi ha tanto contribuito, in tanti campi, ad anticipare il futuro e a disegnarlo per primo.

(58) *Influenze del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali*, cit., p. 102.

(59) *Ibidem*, p. 188.

(60) *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 49. Pur se Carnelutti — appiattito, anche questa volta, sulla tradizione — rispolvera nel '24 l'immagine della azienda come *universitas* (cfr. F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXI (1924), p. I), che era lo schema adottato dal vecchio Rodolfo Calamandrei, il padre di Piero (cfr. R. CALAMANDREI, *Teoria della azienda commerciale*, Torino, Utet, 1891).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutta la sua carica di approssimazione, pur con tutto il suo contenuto di aporie, essa ha tuttavia per lo storico un indubbio valore di specularità, interpreta i tempi, rende concreta a livello di riflessione teorica (forse, più concreta) una linea tendenziale del Novecento giuridico.

Mossa, tuttavia, rifletté e scrisse per parecchio tempo in pressoché completa solitudine, sembrando ai commercialisti italiani i suoi ricorrenti interventi come l'estroso monologo d'un teorico fantasioso. La riprova ce la dà lo stesso Mossa, quando, volendo fornire, nel 1942, nel primo volume del suo grande « Trattato », un disegno storico delle teorizzazioni sull'impresa negli ultimi venti anni, è costretto a citare prevalentemente autori di lingua tedesca, il che stride con le sparute menzioni di scrittori italiani.

Fu, allora, Mossa il caso, se non unico certamente raro, di un profeta armato, per giunta di un puro teorico che si fondava su una lontana ed astrusa letteratura giuridica? No, sicuramente. L'opera di Mossa andava posta in evidenza all'interno di questo saggio, perché è la straordinaria e lungimirante vicenda intellettuale d'uno studioso che assume un tema a sua ossatura portante e vi insiste fino all'ossessione, perché questa insistenza monotematica ha servito da stimolo per i giuristi (se non nei tempi brevi, almeno nei tempi lunghi, durante il quarto decennio del secolo), perché — come or ora si diceva — ha interpretato puntualmente il proprio tempo:più che esiliata sulle lontane e apparentemente astruse pagine di Pisko, di Isay, di Wieland e compagni, essa era lettura accorta del grande movimento e mutamento nella realtà sociale e macroeconomica che lega in Europa continuativamente la prima guerra mondiale, l'anteguerra e il dopoguerra.

Se Mossa non trovò all'inizio compagni di corsa fra i suoi colleghi italiani, lo precedette e lo accompagnò nel suo itinerario di ricerca tutta una serie di precisi riscontri operati dal legislatore speciale a livello normativo. Innanzi tutto, la legislazione di guerra, un nodo storico-giuridico su cui non si può non insistere. Mossa, volgendosi nel 1942 all'indietro, lo riconosce con enfasi: « è da essa che parte, prima sotto l'insegna del diritto di guerra, e dopo sotto quella di diritto della economia, un movimento che riempirà di sé il nostro secolo; quello dell'organizzazione nell'interesse collettivo della economia e delle modificazioni di ogni istituto di diritto che in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essa si concentri » (61). La circostanza della guerra aveva fatto credere a interventi eccezionali dietro stringenti esigenze eccezionali. In realtà, finita la guerra, le stringenti esigenze erano apparse — com'erano — strutturali: consapevolezza di una circolazione economico-giuridica prevalentemente massificata, oltremodo complessa, e non più gestibile da un gioco di forze private spontanee; necessità di una intromissione dei pubblici poteri per meglio finalizzare e ordinare la dimensione economica; valorizzazione della dimensione produttiva anche contro la volontà del proprietario; visione ormai collettiva dei problemi della produzione con un doveroso coordinamento a livello nazionale; rilievo del fenomeno organizzativo e soprattutto macroorganizzativo, non più artigiani e commercianti, bensì il mercato che richiede la creazione di strutture sempre più ampie.

È dietro queste esigenze che si sviluppa, dal primo dopoguerra in poi, in Italia, una legislazione speciale che assume l'impresa come fenomeno economico e giuridico di maggior rilievo e che avvìa una vera e propria disciplina giuridica dell'impresa; ne segniamo qui i due esempii più significativi, e precisamente il R.D.L. 29 aprile 1923, n. 960 sulla disciplina dell'industria assicurativa e quello 7 settembre 1926, n. 1511 sulla industria bancaria.

Si aggiunga, dal '26 in poi, l'avvìo alla costruzione dell'ordinamento corporativo: le sue istanze insieme solidaristiche e produttivistiche, il suo progetto di congiunzione e armonizzazione tra iniziativa privata e interesse pubblico non potevano non trovare nell'impresa un cavallo di battaglia da cavalcare a oltranza. Di « imprenditore » e di « impresa » si parlerà nella legislazione corporativa successiva alla legge Rocco del 1926 (che, sul punto, tace) (62) e soprattutto vi darà attenzione la « Carta del lavoro », in varie « dichiarazioni » ma, con particolare intensità, nella dichiarazione VII, dove « l'organizzazione privata della produzione » è dichiarata « funzione di interesse nazionale », dove si conclama che « l'organizzatore della impresa è responsabile dell'indirizzo della produ-

(61) *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, I, cit., p. 47.

(62) Cfr. i dati offerti da A. Asquini, *Profili dell'impresa* (1943), ora in *Scritti giuridici,* cit. vol. terzo, p. 129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di fronte allo Stato », dove risalta l'impresa economica quale comunità, essendo « il prestatore d'opera, tecnico, impiegato od operaio » qualificato come « collaboratore attivo ».

Chi si rallegra di simili affermazioni e della pubblicazione della « Carta » è proprio Mossa, che vi coglie una sostanziale sintonia con la propria visione della innaturalità dello smembramento fra economia e lavoro (63); Mossa, che non è fascista, è conquistato dall'assetto corporativo dello Stato; per lui, modernista, giusliberista, pluralista, corporativismo significa soprattutto la possibilità di una articolazione pluralistica dello Stato con la valorizzazione di fonti atte a scoprire il diritto vivente nella società e nella prassi economica (64); per lui, il corporativismo dello Stato autoritario è, al pari della guerra e della sua legislazione, una delle risposte adeguate ai tempi nuovi (65).

Sappiamo che si trattò di un pluralismo troppo spesso teorico, che l'immagine che Mossa se ne fa di perfetta armonia fra lavoro e ricchezza è un qualcosa di virtuale; sicuramente, però, l'ordinamento corporativo fu talora un punto di avvìo per autentiche conquiste scientifiche, e i giuristi seppero sfruttare le risorse indubbie che l'intelaiatura corporativa stava nominalmente offrendo, sia quelli strettamente collegati al regime, sia quelli che non hanno mai avuto connivenza alcuna col regime. E sono conquiste scientifiche le due

(63) Si veda l'elogio che della 'Carta del lavoro' scrive Mossa nel suo *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, I, cit. p. 113.

(64) « L'ordine corporativo — dirà nel '39 — offre i mezzi e gli organi, in rappresentanza dei diritti ed interessi della comunità. La comunità non abbisogna, da noi, di rappresentanze di organi dello Stato per interessi che sono sociali ma nel senso della comunità » (*Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, cit., p. 273).

(65) È significativo il rilievo che — nella stessa sede segnalata alla nota 63 (p. 62) — Mossa fa sulla felice circostanza che, proprio a Pisa, nell'àmbito della 'Scuola di scienze corporative' di Giuseppe Bottai, ha dal 1929 dignità di autonomo insegnamento quel 'Diritto dell'economia', che secondo lui è il frutto prezioso di una scienza giuridica in sintonía col mondo contemporaneo. Ricordiamo al lettore che Mossa collabora attivamente con la 'Scuola' e pubblica, con la prefazione di Bottai, la sua raccolta di saggi in tema di impresa. Sulla neutralità ideologica di Mossa (condita di molta ingenuità) la dice lunga quel suo disinvolto riferirsi, indistintamente, sia all'*ordine sovietico*, sia all'*ordine nazionalsocialista*, sia all'*ordine corporativo*, vedendoli tutti e tre come manifestazione dell'*ordine nuovo*, (come, con buona pace di Gramsci, si esprime il giurista pisano).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflessioni che, nel corso degli anni Trenta, proprio sul tema dell'impresa còlta in dialettica con la nozione di proprietà, sviluppano, nella scia della Carta del lavoro e della legislazione corporativa, sullo stesso foglio, lo « Archivio di studi corporativi » (ecco la riprova che un giudizio sbrigativo sulle Riviste fasciste non è seriamente accettabile!), Enrico Finzi e Widar Cesarini Sforza, due giuristi ideologicamente e professionalmente diversi (un civilista cólto il primo, un cólto filosofo e teorico del diritto il secondo).

Finzi disegna nel 1933, in modo non difforme da Mossa ma più pacatamente e con un bagaglio tecnico-giuridico più provveduto, le linee del diritto commerciale dei tempi nuovi (66). Né sorprende che sia questo civilista a parlar di commercio e di impresa: il vecchio allievo di Venezian è sempre stato insofferente ad architetture museali e ha sempre sentito l'urgenza di costruire per il proprio tempo, al di là di confinazioni anguste e di vincoli esegetici; il suo giovanile « Possesso dei diritti » (67) e le sue ricerche in tema di proprietà (68) son lì a confermarlo.

È il nuovo assetto della società, dell'economia, dello stesso commercio a pretendere un ribaltamento di valori che investe tutto il diritto patrimoniale; il quale è da costruire ormai partendo dai beni e dai loro statuti specifici e non più dal soggetto e dalla sua arma spuntata, il diritto soggettivo (69). La società sì è estesa, la circolazione si è complicata, esigenze e funzioni nuove si affacciano: contano più che gli individui i beni, e non i beni astrattamente considerati come entità patrimoniali, bensì entità misurabili nella loro capacità produttiva (70). Una società di massa e una economia di massa hanno bisogni ignoti alla elitarissima società borghese: non

(66) E. Finzi, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Archivio di studi corporativi*, IV (1933).

(67) E. Finzi, *Il possesso dei diritti,* Roma, Athenaeum, 1915 (rist. Milano, Giuffrè, 1968)

(68) E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923); *Diritto di proprietà e disciplina della produzione,* in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario,* Firenze, Accademia dei Georgofili, 1936.

(69) Finzi, *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 212.

(70) « È la terra, è la nave, è l'azienda produttiva che oggi primariamente vuole la sua regola: il diritto privato patrimoniale vuole essere l'ordinamento dei *beni*, nella cornice dell'interesse nazionale » (*Ibidem*, p. 214).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si tratta più di garantire a pochi privilegiati il the delle cinque, ma la sopravvivenza e lo sviluppo economico della collettività.

Protagonista non può più essere l'individuo ma un organismo che colleghi e coordini tante forze plurali. Il fenomeno circolatorio si concreta soprattutto in organizzazione di cose e uomini, e il ruolo di protagonista spetta all'impresa, « unità economica che deve costruirsi unitariamente anche nel diritto » (71).

E qui Finzi fa un passo più avanti di Mossa: lui che, a differenza del pisano, ama i rigori del sapere dommatico, addita al giurista il suo cómpito più impellente: « considerare e regolare il fenomeno delle pluralità collegate » (72), soggettività singolari, né persone fisiche né persone giuridiche, ma « *collettività*, insieme di persone e di cose, che non perdono la loro individualità, ma sono però collegate per modo da agire ed esistere come complesso unitario » (73); le imprese appunto.

Finzi, riandando con la memoria agli scavi giovanili nel diritto comune e canonico, le avvicina « alla comunione a mani intrecciate del diritto germanico... od alla 'istituzione' del diritto canonico, prima che Sinibaldo dei Fieschi riconducesse anche la dottrina di questo al concetto classico di persona giuridica » (74). Il problema resta aperto, ma forse si è fatto un passo innanzi. Un risultato è infatti assicurato: la proprietà ha nell'impresa il solo modo per sopravvivere, giacché l'impresa è lo strumento in grado di inserirla attivamente nella società; una proprietà però assai diversa e assai mortificata da collegamenti collettivi, da scopi e programmi economici.

Allo sforzo socializzante di Mossa, di Finzi e di tutti gli scrittori sull'impresa si contrappone nettissima la costruzione di Cesarini Sforza. Per lui « la proprietà è fondamentalmente appropriazione e sfruttamento », « è sempre e non può non essere un fatto dell'individuo », tanto da risultare « inconcepibile... una proprietà comune

---

(71) *Ibidem*, p. 219. Finzi parla di 'azienda' intendendo però quanto comunemente si qualifica oggi come 'impresa'. Si avverta qui una volta per tutte che, in questa fase creativa, la dottrina adopera indiscriminatamente i due termini cui oggi il commercialista assegna invece — dietro la sistemazione del Codice — valenze assai differenziate.

(72) *Ibidem*, p. 214.

(73) *Ibidem*, p. 222.

(74) *Ibidem*, p. 223.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel senso di proprietà collettiva o di tutti » ed assurdo parlare « di una funzione sociale della proprietà » (75); se vi sono state — e tante, particolarmente nell'ordine corporativo — limitazioni ad essa, significa soltanto « che il diritto di proprietà è oggi chiuso entro un ambito più stretto di prima » (76); se la produzione ha acquistato tanta rilevanza e rispetto al bene è il produttore che conta, poiché « appropriazione e produzione intimamente ripugnano », vuol dire che il diritto di proprietà, « in quanto rapporto statico fra l'uomo e la cosa », « diviene da attuale virtuale » e che « mentre passa attraverso il processo produttivo, diventando bene strumentale, la cosa esce dalla proprietà, e non è più sfruttabile » (77).

Proprietà e impresa si collocano su piani diversi, tanto lontani da non potersi mai toccare. L'operazione assimilatrice di Finzi non è condivisibile perché contraddice la natura essenziale della proprietà. Cesarini si rende conto che, nella sostanza, l'ipotesi di Finzi significava annichilimento di proprietà e proprietario; più che trasfigurazione, una totale perdita di identità. In un rigurgito di paleoliberalismo, sembra meglio a Cesarini prendere atto della dominanza dell'impresa, realtà per lui corporativista indiscutibile e benefica, e lasciargli il vasto campo che i bisogni attuali esigevano; la proprietà, impastata di appropriazione e sfruttamento, avrà soltanto un cantuccio umbratile, ma in quel cantuccio manterrà la sua perfetta identità.

La raffinata analisi cesariniana è un angolo d'osservazione singolarissimo da cui guardare al rapporto proprietà-impresa, ma non smentisce l'émpito filoimprenditoriale che comincia a diffondersi nei tardi anni Trenta.

Se nel 1928 Alfredo Rocco aveva scritti i suoi « Principi di diritto commerciale » imperniandoli su « i rapporti di diritto commerciale », e svolgendoli intorno alla « nascita, modificazione, estinzione dei rapporti di diritto commerciale » e alla « realizzazione dei

(75) W. Cesarini Sforza, *Proprietà e impresa*(1938), ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto,* II, Milano, Giuffrè, 1967, con citazioni rispettivamente a p. 289, 290, 292.

(76) *Ibidem*, p. 292.

(77) *Ibidem*, rispettivamente p. 294 e p. 295.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapporti giuridici commerciali » (78); se cioè aveva dato al suo testamento intellettuale di commercialista una impronta limpidamente e rigorosamente post-pandettistica identificando ancora il contenuto del diritto mercantile come « una teoria degli atti di commercio »; quel libro assumeva più l'aspetto di un magnifico epicedio che un progetto per il futuro. La « funzione di pioniere », che un giovane allievo di Vivante, Tullio Ascarelli, rivendica al diritto commerciale (79), conduce su sentieri ben diversi da quelli praticati da Rocco. Realtà sociale e prassi economica mettono da parte « commercianti » e « atti di commercio » per rivolgere attenzione piena ai fenomeni tutti nuovi posti in bella evidenza da quella che lo stesso Ascarelli chiama la « dinamica giuridica » (80).

Nella visione ascarelliana l'inventario della agenda del giurista-costruttore si fa cospicua: gli interessi e i problemi di « categoria » più che di individui singoli; i contratti normativi; le imprese, le grandi imprese, le intese industriali e le unioni di imprese (81); i « rapporti che si concludono tra le grandi imprese e la massa anonima dei consumatori » (82); gli interventi sempre più numerosi dello Stato dirigista, la « anonima di Stato » e la partecipazione azionaria dello Stato ad una società (83); vecchi istituti assolventi funzioni nuove, pròdromo di istituti giuridici nuovi di zecca nella prassi quotidiana e in attesa d'una ordinazione formale; lo schema interpretativo tutto ascarelliano del « negozio indiretto » come mediazione fra passato e futuro (84).

Si comincia ormai a usare disinvoltamente un sintagma « diritto vivente », che avrà una vita carsica seppellendosi presto ma riaffio-

---

(78) Alfredo ROCCO, *Principi di diritto commerciale - Parte generale*, Torino, Utet, 1928

(79) T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto. commerciale*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 457. Si veda, dello stesso Ascarelli, anche: *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in *Diritto e pratica commerciale*, VII (1929), p. I.

(80) ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale*, cit., p. 451.

(81) *Ibidem*, p. 462 ss.

(82) *Ibidem*, p. 479.

(83) *Ibidem*, p. 475.

(84) *Ibidem*, p. 486.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rando in anni a noi vicini (85). Soprattutto: la vecchia, sospettosa tiepidezza verso l'impresa confessata con franchezza da Asquini (86) cede a un diffuso favore e fervore. Mossa non è più solo a cantare il suo ritornello; gli si affiancano giovani, curiosi di novità come Vittorio Salandra che sceglie il tema dell'impresa per la sua prolusione patavina (87), o che si erano fatti le ossa sulle proposte corporative come Paolo Greco (88); o lo stesso patriarca Vivante che, congedandosi nel '38 — come direttore — dai lettori della sua « Rivista di diritto commerciale » indica nello « ordinamento delle grandi imprese » un problema da studiare senza indugi nel prossimo futuro (89). E comincia ad essere indagato il fenomeno, tipico del capitalismo maturo, delle unioni di imprese (90). Nel 1937, nell'àmbito di un incontro scientificamente considerevole su « La concezione fascista della proprietà privata », il giuspubblicista Pietro Gasparri tiene una specifica relazione su « L'impresa come fenomeno sociale » e l'economista Celestino Arena su « La proprietà di impresa nell'ordine corporativo » (91). L'anno di poi, Mario Casanova, allievo spirituale di Mossa, tenta la prima compiuta sistemazione tecnico-giuridica delle intuizioni e proposte fino ad allora emerse (92). Alla fine degli anni Trenta e tutto un parlar di impresa.

Lo spostamento della attenzione sulla impresa ha parecchie

(85) Cfr. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale*, cit., p. 470, e V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXXIV (1936), I, p. 226.

(86) Cfr. più sopra.

(87) V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda*, cit., (prolusione letta il 10 dicembre 1935).

(88) P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXXII (1934).

(89) C. VIVANTE, *Congedo*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXXVI (1938).

(90) V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, Cedam, 1934; R. SCHEGGI, *Contributo allo studio dei consorzi industriali volontari (unioni d'imprese-interessi associati-categorie organizzate)*, Napoli, Jovene, 1935. Il volume di Salandra è prontamente recensito da T. ASCARELLI, *Le unioni di imprese*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXXIII (1935), che precedentemente aveva redatto le *Note preliminari sulle intese industriali*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* (1933) e un saggio sui consorzii volontarii.

(91) *La concezione fascista della proprietà privata*, cit.

(92) M. CASANOVA, *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, Foro Italiano, 1938.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguenze sull'assetto scientifico del diritto commerciale italiano. Ne segnaliamo due che ci paiono tra le più rilevanti.

Il tradizionale rapporto unilineare che legava il proprietario al suo patrimonio viene enormemente complicato dalla presenza del nuovo organismo economico. L'impresa è organizzazione funzionale di beni e di servizii, è cioè un fatto organizzativo che ha vita propria, funzione propria, e che poco ha da spartire col patrimonio che funge da piattaforma reale; può avvenire che imprenditore e proprietario non coincidano e, quand'anche coincidano, l'imprenditore proprietario « vivrà due vite giuridiche » (93). In ogni caso, l'attenzione dell'ordinamento corporativo è tutta incentrata sul primo, che è il soggetto attivo della dinamica economica, collegato strettamente con la produzione nazionale.

Si capovolge la asserzione di Ripert sul soffocamento nel genuino diritto borghese dell'impresa da parte di una proprietà sopravvalutata (94). La proprietà, il rapporto di appartenenza di un bene, rappresenta una situazione statica, passiva, che non può reggere il confronto con l'organismo della propulsione sociale ed economica. Il vecchio Stato borghese era uno Stato di cittadini tutti astrattamente uguali e tutti potenzialmente proprietarii perché vocati alla proprietà; il nuovo Stato corporativo ha invece al suo fondo una disuguaglianza basilare tra produttori e non-produttori. È in atto quella « commercialisation du droit civil » constatata con acutezza dallo stesso Ripert (95) quale carattere di un generale momento storico-giuridico.

---

(93) Di un estremo interesse sono le osservazioni in proposito del corporativista Giuliano MAZZONI, *L'esercizio dell'impresa nell'ordinamento corporativo*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit. (la citazione è sua, da p. 334), e del giuspubblicista Pietro GASPARRI, *L'azienda e i suoi contratti*, in *Archivio di studi corporativi*, V (1934). Constatazioni identiche troviamo oggi in uno dei più recenti 'corsi' commercialistici incentrati sull'impresa. Cfr. F. CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 17.

(94) Cfr. più sopra.

(95) RIPERT, *Aspect juridiques du capitalisme moderne*, cit., p. 331. Su questo fenomeno si vedano le buone pagine di R. TETI, *Codice civile e regime fascista-Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 43 ss., e di F. GALGANO, *Lex mercatoria-Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993^2, p. 1134 ss.; nonché, da ultimo, G. LEVI, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, Giuffrè, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Seconda conseguenza: l'osservatorio puntato sull'impresa doveva inevitabilmente tendere allo spegnimento o, almeno, alla attenuazione delle varie specialità e autonomie disciplinari. Già un modesto agrarista rilevava nel '34 la « figura unitaria di azienda (96), sia essa agraria o mercantile » (97), e nel '40, nel clima incandescente della codificazione in atto, Giuseppe Ferri sottolineava con grande acutezza che « accogliere il concetto di impresa come elemento determinante della commercialità significherebbe estendere l'àmbito della materia di commercio al di là dei limiti attuali, fino a ricomprendervi l'impresa agricola » (98); e aggiungeva puntualmente: « l'impresa non è produttiva della commercialità in quanto tale, ma lo è in quanto si realizza in determinati campi ».

Il diffondersi, ormai massiccio, della nozione di impresa quale cardine dell'ordine corporativo e del nuovo diritto economico ci avvìa alla comprensione di due scelte — di enorme rilievo — che avvengono nella « svolta storica » degli anni Quaranta (99) sul piano della grande codificazione del diritto privato arrivata faticosamente alla dirittura d'arrivo.

Prima scelta: dopo che si erano insabbiati i progetti Vivante (1922) e D'Amelio (1925) per un Codice sostitutivo di quello del 1882, dopo un lungo periodo di inerzia, da parte delle autorità governative, su stimolo del nuovo Ministro Guardasigilli Grandi, si giunse, l'8 giugno 1940, alla definizione e presentazione di un ulteriore progetto redatto da una Commissione presieduta da Alberto Asquini e composta da commercialisti cólti e tecnicamente agguerriti (100). Il progetto non era più costruito sul sistema degli atti oggettivi di commercio ma sulla nozione di impresa commerciale

(96) Ripetiamo ancora una volta, per evitare equivoci, che, in questo momento di sviluppo scientifico, il termine azienda è usato come sinonimo di impresa.

(97) Così L. Ollivero, *Per una nozione giuridica dell'azienda agraria*, Torino, Arduini, 1934, p. 79.

(98) G. Ferri, *L'impresa nel sistema del progetto del Codice di commercio*, in *Diritto e pratica commerciale*, XIX (1940), p. 195.

(99) La qualificazione è di Asquini. Cfr. A. Asquini, *Una svolta storica del diritto commerciale*, (1940), cit.

(100) La miglior guida è forse offerta dal protagonista principe di tutte queste vicende commercialistiche, Alberto Asquini. Cfr. A. Asquini, *Dal Codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del Codice civile del 1942*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* LXV (1967).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intesa soggettivamente come l'attività professionale organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizii; coerentemente si facevano rientrare nel progetto i contratti naturalmente connessi all'esercizio dell'impresa, le società commerciali, i titoli di credito.

Seconda scelta: malgrado che fosse in uno stadio di avanzata definizione il Codice civile (una parte del quale era già entrata in vigore), malgrado che si fosse approntato di fresco un nuovo progetto di Codice di commercio, alla fine del 1940, deviando bruscamente dalla linea autonomistica fino ad allora fedelmente seguita, si scelse per un Codice unitario (101). Da parte di parecchi commercialisti ci si stracciò le vesti di fronte alla perduta autonomia legislativa, una autonomia alla quale si era convertito dal 1925 anche il maestro dei maestri, un tempo fautore accanito d'un « codice unico delle obbligazioni » (102); si parlò di « colpo di testa », si parlò di pesanti ingerenze politiche (103); Asquini se ne accollò il merito insieme a Vassalli e a Nicolò, Vassalli lo pretese per sé (104).

Tutto questo interessa l'archivista minuzioso della cronistoria legislativa; a noi interessa invece di vedere la scelta come ultimo atto, e naturale, e consequenziale, e coerentissimo, del processo di spostamento del baricentro del diritto commerciale dall'*atto* all'*impresa*. Il progetto Asquini aveva raccolto i segni del tempo, ma, così facendo, aveva condannato a morte il Codice autonomo, il quale, con l'assunzione dell'impresa a suo fondamento, non aveva più senso né culturalmente né tecnicamente come corpo legislativo speciale. In un primo schema, il nuovo libro del Codice unitario

(101) Ottima la ricostruzione di TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 153 ss.

(102) Mi riferisco al ripensamento palesato da C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XXIII (1925). Il Maestro muta avviso dopo aver constatato la « diversa velocità » fra diritto civile e commerciale (p. 575), con una corsa in avanti di quest'ultimo sulla scorta anche di una avanzata legislazione speciale. L'unificazione propugnata negli anni Ottanta, nel 1925 avrebbe il significato di elaborare « regole generali, prive di quel tecnicismo giuridico, che è il frutto più fragrante dell'attività commerciale » (p. 573).

(103) Addirittura, di un intervento diretto e risoluto di Mussolini secondo quanto riferì Alberto Asquini, rientrato sconvolto da un colloquio con il Duce, all'allora suo giovane assistente Giorgio Oppo (è Oppo stesso a ricordarlo in un suo intervento in seno al Convegno milanese per il cinquantenario del Codice Civile (cfr. *I cinquant'anni del Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. I, p. 268).

(104) Cfr. i dati offerti da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 164-65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veniva intitolato « Dell'impresa e del lavoro », titolo ridotto poi nel testo definitivo alla formula « Del lavoro ». Impresa e lavoro erano nella comune coscienza cosi collegati da far ritenere assurda una separazione normativa in due tronconi differenti, mentre l'impresa — impresa commerciale o agraria, individuale o collettiva — mostrava il suo carattere di piattaforma unitaria di tutto il diritto economico.

Su un piano di tecnica legislativa si può osservare che questo inserimento dell'ultima ora in un corpo in formazione (e, in parte, già formato) si rivela forzoso. Su un piano squisitamente scientifico non convinse tutti: chi trovò la nozione trasudante troppa economia (105), o troppo equivoca (106), chi cercò di ridurne la portata (107). Lo stesso Mossa, gran cantore delle virtù dell'impresa, non poté dirsi soddisfatto: più che di impresa si parlava nel Codice di imprenditore, attenuando quell'organamento sociale caro al giurista pisano e valorizzando invece il carattere strumentale per gli scopi economici personali del soggetto imprenditore. L'impresa di Mossa era altra cosa, ma forse era un prologo in cielo.

Malgrado queste diffidenze, soprattutto fra i giuristi giovani si avverte la rilevanza della scelta legislativa e si avverte che il mondo unitario del diritto privato patrimoniale, fino a ieri dominato dal protagonismo dell'individuo, si è come scisso in due territorii separati e in forte dialettica fra loro apparendo segnato nel profondo da una dicotomia ormai ineliminabile: « in questo mondo della impresa e in questo mondo dell'individuo quale esiste ed agisce fuori dell'impresa, si spartisce e si chiude il complesso dei rapporti di diritto privato » (108).

Non resta che fare i conti con la nuova realtà dell'impresa, e sarà cómpito della scienza più vigile tentar di ordinarla. Le intuizioni di

(105) F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile* (1942), ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961, p. 949; F. Ferrara Jr., *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice civile (a proposito di un libro recente)*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XLII (1944), I.

(106) F. Santoro, Passarelli, *A proposito dell'impresa nel Codice civile* (1941), ora in *Saggi di diritto civile*, cit., II, p. 943.

(107) Ferrara Jr., *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice civile*, cit.,

(108) Così Roberto Bracco, *Il nuovo diritto commerciale,* in *Diritto e pratica commerciale,* XXI (1942), p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mossa e di altri, le prime prove sistematorie di Finzi trovano nel dibattito immediatamente successivo al Codice alcuni compiuti ripensamenti. Meritano, a nostro avviso, di essere segnalati due saggi già da noi citati, che rappresentano uno sforzo teorico di notevole rilievo, quelli del commercialista Paolo Greco e del civilista Francesco Santoro Passarelli, ambedue del 1942 (109). Due precise percezioni debbono essere sottolineate.

La coscienza che l'impresa è realtà nuova e che c'è bisogno nel suo ordinatore di una buona dose di coraggio. È un organismo, un aggregato di persone e beni, è cioè una creatura complessa che rifiuta di essere immiserita né in un atto e nemmeno in un procedimento (110). Non è un ente giuridico nuovo, ma piuttosto una *entità* guidata da un finalismo fortissimo. Greco non ha — romanianamente — dubbii che sia una « istituzione » (111) spezzando una lancia per l'uso di questa nozione anche nel diritto privato; Santoro preferisce cogliervi « un temperato omaggio … alla concezione germanica … della *Gemeinschaft* » (112). Un risultato è certo: è organismo autonomo, che non si immedesima nella persona di un titolare, è un collegamento organizzativo che diventa « termine indipendente di rapporti giuridici » (113), « centro di rapporti giuridici non personalizzati (114). « Ci troviamo in una zona intermedia fra il puro oggetto e il puro soggetto » (115) dove è inservibile la

(109) GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit.; SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile,* cit.

(110) È su questo punto che si instaura il colloquio fortemente dialettico fra Mossa e Carnelutti: a Mossa, che — come sappiamo — individua l'impresa come organismo, ribatte Carnelutti che, utilizzando certe puntualizzazioni del giuspubblicista Forti sulle differenze fra atto complesso e procedimento, ne propone la riduzione nello schema del procedimento. Dialogo pacato, che diventa più concitato nell'intervento di un terzo, Alberto Asquini, che respinge fermamente l'ipotesi carneluttiana come contraria al dettato e allo spirito della Codificazione novissima e loda la ricostruzione istituzionale di Greco. Cfr. *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale,* in *Rivista del Diritto Commerciale,* XL (1942), I, soprattutto la *Premessa* di ASQUINI (p. 66) e la *Lettera* di CARNELUTTI a Mossa (p. 67).

(111) GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit. p. 376 ss..

(112) SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., pp. 956-957.

(113) *Ibidem*, p. 982.

(114) *Ibidem*, p. 983.

(115) *Ibidem*, p. 982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vecchia bussola di Gaio tutta imperniata sulla contrapposizione tra *personae* e *res*.

La coscienza che, con l'impresa, ci si situa in una zona differenziata del diritto privato dove non è in gioco solo la tutela di interessi *proprii*. Sia Greco che Santoro riprendono pienamente e sviluppano gli accenni precodificatorii alla nozione di *funzione* identificando in questa lo schema essenziale dell'impresa, di ogni impresa (116). Sarà questo il messaggio della dottrina del momento corporativo che più sarà raccolto e conservato dalla riflessione successiva.

Funzione è sì nozione generale ma ha trovato la sua precisazione particolarmente nel laboratorio dei giuspubblicisti. È infatti parte integrante della teoria dei poteri, figure che, anche se presenti nel diritto privato (per esempio, nel diritto di famiglia), ricorrono con maggiore frequenza nel diritto pubblico. Come insegna Santi Romano in quei suoi felicissimi « Frammenti di un dizionario giuridico » pubblicati nel '47, funzione è un potere esercitato per un interesse non proprio o non esclusivamente proprio o per un interesse altrui o per un interesse oggettivo (117).

Di funzione si parla sempre di più in questi anni dopo la catastrofe bellica. Certo, era affiorata non di rado sulla bocca dei corporativisti e ne avevan discorso Cesarini Sforza, Finzi, Pugliatti, Barassi, Ferrara senior, e chi sa quanti altri nei dibattiti degli anni Trenta. Ora se ne parla correntemente e anche con maggiore consapevolezza in una scienza civilistica che si è definitivamente affrancata dalle astrattezze giusnaturalistiche. Se ne parla in tema di negozio giuridico, di obbligazioni, di proprietà, di impresa.

La linea di tendenza è chiara: la funzione costringe negozio, obbligazione, proprietà a scendere da quel paradiso rarefatto in cui li aveva collocati la liturgia giusnaturalistica perdendo parecchi

(116) Greco, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile,* cit., passim ma p. 373; Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile,* cit., p. 965. È interessante la collocazione su terreni diversi che Santoro fa di *impresa* e *proprietà* riprendendo senza citarla la posizione di Cesarini Sforza: un'impresa che è penetrata dall'idea di *funzione sociale,* una proprietà che ne è totalmente estranea quale « esercizio di un diritto soggettivo, che è un potere di volontà per la realizzazione di un interesse proprio » (loc. ult. cit.).

(117) Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, voce 'Poteri, potestà'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attributi di venerabilità ma recuperando una corposa terrestrità; la funzione inserisce irrimediabilmente lo schema astratto nella fattualità e nella storia e segna il definitivo eclisse di nozioni marcate di assolutezza ed astrattezza. Pugliatti, l'autore della più cospicua rimeditazione sulla proprietà degli anni del dopoguerra, ha una precisazione per noi rilevantissima: con particolare riferimento alla proprietà terriera, ne sottolinea il carattere funzionale per la fusione che in essa si attua fra proprietà e impresa (118). È un insegnamento orientatore: la proprietà terriera è *funzione* perché è *impresa*; il collegamento fra le due nozioni è dunque intimo.

4. *Oltre il 1945: motivi di continuità nella visione « funzionale » e « istituzionale » dell'impresa.*

Di « funzionalizzazione » dell'impresa, dell'impresa privata, si parla fittamente negli anni dopo il '45: il pregevole libro, che l'ultimo allievo di Vivante, Giuseppe Fanelli, scrive nel 1950 sintetizzando il dibattito immediatamente precedente, reca in sé la convinta conclusione della « identificazione…del concetto di impresa con quello di funzione », della sua individuazione quale « manifestazione di autonomia funzionale » (119).

L'impresa continua a non esser digerita a cuor leggero dal giurista italiano tradizionalista e misoneista. Mossa, quando nel'47 vara un originalissimo foglio a sua perfetta immagine e gli affida il cómpito di consolidare e diffondere il verbo imprenditoriale (120), è

(118) S. PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, a. 1954, P. I, p. 151.

(119) G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 120-21 (ma passim).

(120) Ci riferiamo alla 'Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale', autentica Rivista-progetto, cui è da Mossa consegnata una finalità primaria nel saggio di apertura intitolato: *Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale* (I, a. 1947/48, p. 2): « un compito chiaro, inequivocabile, della nostra rivista, è quello di elaborare il diritto commerciale quale diritto della impresa ». Uno studio di questa Rivista nella totalità della sua breve vita sarebbe auspicabile, giacché rappresenta un esperimento non dimenticabile della cultura giuridica italiana del secondo dopoguerra. Sarebbe estremamente interessante, fra l'altro, un inventario delle numerose traduzioni di saggi di autori stranieri che Mossa promuove.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costretto a prendere atto di « una tendenza non dissimulata a ridurre il valore dell'impresa nello stesso ordine positivo » (121).

I giuristi si rendevano lucidamente conto che di creatura ambigua si trattava perfino nel disegno del legislatore che la proponeva come esercizio professionale di attività economica organizzata (art. 2082). Ambigua, intanto, perché, se è facile inquadrare teoricamente un atto, è assai più arduo farlo, come abbiamo già più sopra rilevato, con un'attività e per giunta organizzata; e poi perché quella dizione del Codice da un lato rimandava alla azione del soggetto, ma immediatamente evocava anche la dimensione organizzativa che è necessariamente dimensione oggettiva come coordinamento e gerarchizzazione di rapporti.

Questa « alienità » dell'impresa rispetto alla dommatica consueta e agli « stampi » del diritto romano non è soltanto lo sguaiato Mossa a conclamarlo (122); abbiam visto or ora che anche un civilista di impostazione tradizionale ma attento ai segni dei tempi quale Santoro Passarelli parla di un « centro di rapporti giuridici non personalizzato » incomprensibile « se non abbandoniamo gli schemi concettuali tradizionali secondo cui tutti gli enti sono senz'altro cose o persone » e collocabile « in una zona intermedia fra il puro oggetto e il soggetto di diritto » (123).

La dizione del legislatore si prestava ad essere manipolata a seconda dell'ideologia dell'interprete, dando cioè rilievo al momento dell'azione o a quello della organizzazione; certamente però una strada non si sarebbe dovuto percorrere, soprattutto da chi era partito alla ricerca di « idonei strumenti e adeguate categorie », ed è quella che arriva a costruire l'impresa come un diritto soggettivo a imitazione di quanto si fa per il comune diritto di proprietà (124). Ciò

(121) *Ibidem*, p. 2.

(122) Il quale urla sulle pagine della sua Rivista (III, a. 1950, p. 110) che « è ora di finirla con una dogmatica arretrata che tratta l'impresa con alcuni stampi del diritto romano » (L. Mossa, *Nozione di fondo di commercio e dell'impresa commerciale e sue prospettive avvenire*).

(123) Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile* (1942), cit., pp. 980-982.

(124) Come fa Rosario Nicolò, in una riflessione del 1956, citatissima come modello di un nuovo itinerario che si avvìa e che è tutto da percorrere per la scienza civilistica italiana, ma che è, a nostro avviso, viziata da pesanti antinomie e che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per alcune fondamentalissime ragioni: perché « le due nozioni sono eterogenee » e « non rientrano nella medesima categoria concettuale » (125); perché una siffatta soluzione, arrestandosi pigramente all'utilizzazione di quanto si trova già confezionato sul banco della tradizione pandettistica, riduce all'interno del soggetto un istituto pensato, proposto e legislativamente risolto con una dimensione prevalente di proiezione al di fuori di lui. Una proiezione che diventa una implicita entificazione in alcune norme specifiche del Codice civile (artt. 1330, 1722, 2091), tali da consentire alla Relazione al Codice la puntualizzazione tecnicamente rilevante che « l'interesse dell'affare…si scorpora dal proponente per incarnarsi nell'organizzazione » (126).

V'è un altro profilo — e duplice, ma connesso profilo — che la nostra scienza giuridica continua a sottolineare concretizzando alcune indicazioni della « Carta del lavoro »: il carattere non egoistico dell'impresa, l'impresa come instaurazione e realizzazione di una comunità di lavoro, di un insieme coordinato di forze umane cooperanti. E non è soltanto il lirismo giuridico di Mossa a parlare di « un'idea generosa e sociale » (127), è un cospicuo filone di scienziati con i piedi ben piantati per terra a insistere sul finalismo nell'impresa e sull'imprescindibile suo raccordo con un tessuto di relazioni economiche e giuridiche sopravvanzanti di gran lunga la sfera individuale del soggetto imprenditore, insistendo nel parlare dell'impresa come istituzione.

---

rappresenta la immotivata rimozione — nel segno di un atteggiamento tradizionalista — del vivace dibattito che impegna tutti gli anni Quaranta (cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa*, ora in *Il diritto privato nella società moderna - Saggi,* a cura di S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 1971; la prima citazione è a p. 385; la conclusione in senso 'proprietario' è a p. 395).

(125) Così lucidamente N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, Jovene, 1965, pp. 1-2. Ma già prima, con intuizioni fertili, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, p. 153. Cólta e tecnicamente provveduta la successiva riflessione di G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (civilisti e laburisti a confronto)*, in *Rivista di diritto civile*, XVI (1970), passim.

(126) In rapporto all'art. 1330, che prevede il perdurare dell'efficacia delle proposte e accettazioni fatte dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa anche in caso di morte o di sopravvenuta incapacità di costui prima della conclusione del contratto. Cfr. SANTINI, *Le teorie sull'impresa*, cit., p. 407.

(127) L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in *Nuova Rivista del Diritto Commerciale*, IV (1951), P. I, p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Finalismo: l'impresa è pensata e pensabile solo all'interno del mercato e si contrassegna nel suo fine di produrre beni e servizii, ossia di operare per il mercato (128); taluno preciserà rettificando: « agire per il mercato secondo fini d'interesse generale » (129).

Costui è Walter Bigiavi, ingegno mordace ma aguzzo, che, recensendo positivamente ma con qualche dissenso il libro di Fanelli, non esita a parlare nel '52, (ma, in questo senso, già nel '48) di « responsabilità corporativa » all'interno di un « codice corporativo » (130): intendendo riferirsi a un sistema legislativo che — anche dopo la ripulitura delle più appariscenti incrostazioni corporative — mostrava uno schema formale ordinante attuativo di un indirizzo politico-economico di « capitalismo attenuato », schema da considerarsi « senza passione e senza pregiudizi » (131), che non era fascista e che per buona parte il fascismo aveva più ostacolato che attuato. « Corporativo » vale come sinonimo di « istituzionale », e fa leva su un'*entità* che ha uno statuto generale e unitario comprendente la dimensione privata e quella pubblica, che non si connota nel profitto, che strutturalmente si presenta come organizzazione e come comunità di persone e di cose (132).

Un simile atteggiamento non si spenge nel gran trambusto del dopoguerra dove permangono quali tratti caratterizzanti e chiavi sicure di identificazione l'*organizzazione* e la *solidarietà sociale* che tendono a sottolineare la dimensione *collettiva* dell'impresa. C'è un forte nesso di continuità che lega la ricca riflessione sull'impresa dei primi anni Quaranta a quella che ne riprende l'analisi dopo la catastrofe ripresentando ai nostri occhi in questo campo un fenomeno limpidamente osservabile nell'itinerario della giuspubblicistica italiana. Lo scritto più corposo, la meditazione più matura,

(128) FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit., p. 90 ss.

(129) W. BIGIAVI, *Un altro libro sull'impresa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* VI (1952), p. 147.

(130) Così nella recensione segnalata alla nota precedente, ma già nella monografia di alcuni anni prima su *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, p. 132.

(131) Così BIGIAVI, loc. ult. cit.

(132) Tutto questo è ben espresso da BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 131 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella che Paolo Greco opera nel '42 (133), è legato con un filo ininterrotto alle analisi successive del giurista (134), e continua ad esser letto e discusso nella dottrina italiana con un messaggio tecnico sostanzialmente intatto; lo stesso accade per il saggio poco sopra citato, speculativamente vigoroso e perfettamente coevo, di Santoro Passarelli (135). L'impresa è frutto della complessità del proprio tempo storico.

Come si diceva più sopra, le chiavi di identificazione corrono fra *attività* e *organizzazione*, ma è questa seconda che sembra emergere quale perno su cui il sistema legislativo si è costruito, un sistema legislativo che fa sua la linea tendenziale che dà prevalenza « all'organizzazione dell'impresa sul suo momento contrattuale » (136). L'impresa quale « organizzazione di persone e di beni, in ordine alla quale si prospettano diritti, oneri, obblighi *in funzione* degli scopi unitari dell'organizzazione medesima » e pertanto quale « centro intorno a cui convergono fatti, atti, rapporti e situazioni giuridiche di notevole importanza » (137). E un filone ragguardevole di pensiero non ha dubbii nell'esprimere tutte queste percezioni con la nozione di « istituzione » (138).

Abbiamo notato più sopra che era una vecchia intuizione di Santi Romano nelle pagine de « L'ordinamento giuridico »; aggiun-

---

(133) P. GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit.

(134) V. per esempio, P. GRECO, *Corso di diritto commerciale - Impresa, Azienda, Società*, Milano, Ed. Univ. Malfasi, 1948, soprattutto p. 51 ss.. Un siffatto atteggiamento è bene espresso in un saggio del '47, dove, dopo aver constatato che « nella sfera dell'organizzazione di impresa vi sono… spinte irresistibili verso criteri di sempre più larga penetrazione, nella sua disciplina giuridica, del principio della solidarietà sociale con i suoi riflessi pubblicistici », si conclude che « il grande problema del prossimo avvenire non è quello di sapere come contrastare tale evoluzione già pienamente in atto, ma di come conciliarla con l'altra fondamentale e inderogabile esigenza umana della libertà e della democrazia, all'infuori di ogni caduta o ricaduta in infausti totalitarismi » (P. GRECO, *Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, in *Rivista del Diritto Commerciale,* XLV (1947), p. 9).

(135) SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., che risale al 1942.

(136) Così GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit., p. 374.

(137) *Ibidem,* pp. 372-373.

(138) Cfr. i cenni riassuntivi di W. BIGIAVI, *La 'piccola impresa'*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 105 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giamo ora che si tratta di nozione che lo stesso Romano ripropone e corrobora in un saggio del dopoguerra dedicato alla impresa agraria (139), ma è anche una nozione così mancante di collaudi nelle rigorose trame delle categorie privatistiche, così mancante di verifiche nella ohimè sempre rassicurante tradizione romanistica, da essere accolta dai civilisti e commercialisti più misoneisti « con la diffidenza o l'ostilità con cui si vedono gli intrusi » (140).

Ben accetto o meno, l'intruso fa però il suo ingresso fornendo alla scienza — che è alle prese con il fenomeno imprenditoriale — un proficuo strumento diagnostico. La *istituzione* appariva quale appropriato schema ordinante per una realtà complessa: geneticamente originata da un contratto ma sfuggente allo schema del rapporto interpersonale; poggiante sull'attività e sulla intraprendenza di uno o più capi ma con risultati oggettivi non ricomprendibili nello schema troppo unilineare della mera attività; costituente non un *ente*, cioè una persona giuridica contrapposta a quella dell'imprenditore, ma sicuramente un centro autonomo di fatti e atti giuridici, un nucleo sociale unitario, una *entità* distinta dalle persone e dai beni che ne fanno parte; esprimentesi in uno statuto generale inclusivo della impresa commerciale così come della agraria (141), della privata come della pubblica, impastato di economia ma anche di interesse generale e di solidarietà sociale.

Greco non manca di sottolineare « la naturale predisposizione di ogni istituzione a rappresentare interessi super-individuali, vale a dire *sociali* » (142), impostando uno stretto raffronto analogico con la *famiglia* che il civilista italiano Antonio Cicu aveva da tempo (143) ricostruito con tratti fortemente pubblicistici: « due gangli essenziali del sistema sociale la cui affinità sotto il profilo giuridico consiste

(139) Santi ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, in *Rivista di diritto agrario*, XXIII-XXVI (1944-47), p. 19 ss., ora anche in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990), vol. II, p. 415 ss.

(140) GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit., p. 376.

(141) La natura di questo saggio ci porta a eludere il tema della 'quantità' dell'impresa e in particolare della cosiddetta 'piccola impresa' su cui è pur fervida la discussione negli anni del dopoguerra.

(142) GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice civile*, cit., p. 379.

(143) Il riferimento è al classico lavoro di A. CICU, *Il diritto di famiglia - Teoria generale,* Roma, Athenaeum, 1914 (rist. Bologna, Forni, 1978).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'essere ambedue « forme di organizzazione costitutive di unità o nuclei sociali » (144).

E si imposta la distinzione (quasi contrapposizione) fra i *rapporti di organizzazione* facenti capo all'impresa e i comuni *rapporti obbligatorii*: nei primi il soggetto viene a inserirsi in una sfera diversa dalla propria e che gli è sopra-ordinata (questo avviene, a diverso titolo, sia per il dipendente che per il socio), nei secondi l'obbligato permane nella propria sfera giuridica (145).

Ciò non significa affatto estrarre l'impresa dal campo dei rapporti di diritto privato per consegnarla alla sfera del diritto pubblico; infatti « *privato* non è sinonimo di individuale…vi possono essere interessi di gruppo o interessi collettivi, che rimangono tuttavia essenzialmente privati; vi possono essere scopi che superano la sfera propria o la durata della vita di un solo individuo, senza per questo perdere il loro carattere privatistico » (146). Si ha, piuttosto, per realtà complesse e ambivalenti com'è sentita per tutti questi anni Quaranta l'impresa, il trapianto nel campo della dogmatica privatistica (che, nei suoi schemi tradizionali, abbiamo vista assolutamente inadeguata) di idee e figure collaudate nel più giovane campo della dogmatica pubblicistica. Tornando a quanto si diceva all'inizio di questo paragrafo, è il caso della applicazione all'impresa dei concetti di *funzione* e di *ufficio*, arrivando a parlare di *funzione privata* e di *ufficio privato* (147) sulla scorta di una dottrina che se ne era appropriata già negli anni Trenta per connotare figure soggettive (particolarmente del diritto di famiglia) dal prevalente carattere potestativo (148).

---

(144) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 375.

(145) *Ibidem,* p. 383.

(146) *Ibidem*, p. 382.

(147) FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit., p. 118 ss..

(148) Così per la patria potestà, per le funzioni di tutore, pro-tutore, curatore; in campo successorio, per la funzione di esecutore testamentario. La dottrina cui si fa riferimento è, nello sfondo, l'immancabile Cicu, e, negli anni Trenta, Aurelio Candian, Angelo Falzea, Francesco Messineo, Salvatore Pugliatti. Sotto il profilo storico-dogmatico ha grosso rilievo la prima edizione (1935) delle 'Istituzioni di diritto romano' di Emilio Betti. V. le citazioni in FANELLI, *op. cit.*, p. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su un piano strutturale continua ad emergere anche nell'immediato dopoguerra la complessità dell'impresa: essa appare come un coordinato insieme di forze umane cooperanti (comunità di lavoro) e un organico complesso di beni (*universitas* aziendale) (149); anche in chi, come il Fanelli, fa più leva sull'elemento attività che sull'elemento organizzazione, questo non viene affatto minimizzato ma viene identificato negli strumenti indispensabili per cui una determinata attività possa assurgere al rango di impresa (150).

Con gli anni Cinquanta ha termine quello che potremmo chiamare il momento « eroico » della teoria dell'impresa tipizzato da due diverse visioni dietro lo stimolo di due diverse cariche propulsive: visione realistica nascente dalla percezione della complessità della vita economica e dalla necessità di corrispondervi con strutture adeguate; visione utopistica nascente dal perseguimento di difficili orizzonti solidaristici.

Con gli anni Cinquanta il lucro torna ad essere l'indiscusso protagonista (151); se prosegue tra i costituzionalisti e i laburisti un filone dottrinale tendente a valorizzare i richiami costituzionali alla « utilità sociale » e agli « equi rapporti sociali » (152), si fa sempre più forte la dottrina che, entro il messaggio pluridirezionale se non contraddittorio della nostra Carta, ne valorizza invece i riferimenti alla proprietà privata e alla iniziativa economica privata. Il tentativo

(149) Il carattere essenziale di questo saggio ci esime dal dare conto al lettore delle vivaci dispute sul rapporto impresa-azienda e sul loro diverso ruolo. Basti solo dire che, sulla base di indicazioni precise del Codice, l'indistinzione fra impresa e azienda propria della dottrina degli anni Trenta non è più sostenibile.

(150) FANELLI, *op. cit.*, p. 111.

(151) Si veda il quadro sintetico dei problemi che fa, con la consueta lucidità e anche con il consueto afflato storicistico, Tullio Ascarelli parlando a dei colleghi bavaresi: T. ASCARELLI, *Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione* (1959), ora in *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, T. II (sul punto del lucro, p. 788).

(152) Il riferimento è soprattutto a Costantino Mortati — 'Il diritto al lavoro' (1953) e 'La Costituzione e la proprietà terriera' (1954) — e ad Ugo Natoli — 'Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro' (1955). Vedi le citazioni in G. MINERVINI, *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *Rivista di diritto civile*, IV (1958), pp. 618-19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è di mandare definitivamente in soffitta la « funzionalizzazione » dell'impresa privata (153).

Nei primi anni del decennio, con i venti boreali, viene dal nord — e circola — uno spettro sgomentante: la *Mitbestimmung*, la germanica cogestione economica fra portatori di capitale e portatori di lavoro nelle grandi società di capitali propugnata da alcuni precisi interventi legislativi di oltralpe (154). Mengoni ne trarrà motivo nel 1958 per un intervento che si segnala come consapevole sintesi problematica del gran dibattito sull'impresa. V'è la precisa coscienza del mutamento strutturale a cui questa è sottoposta con il ruolo sempre più povero di poteri che al suo interno gioca la proprietà, poteri ormai individuati come prerogativa di un ufficio: una rivoluzione che all'antica struttura di classe sostituisce una nuova gerarchia di natura burocratica (155). E v'è coscienza dei risultati a cui può condurre — dietro l'ondata germanica — una nozione di impresa quale comunità di lavoro fondata sulla *Mitbestimmung* con un ruolo del contratto di lavoro sempre più lontano dal rapporto di scambio: « soluzioni incompatibili con la necessaria chiarezza dei nuovi rapporti sociali » (156). Un momento nuovo si apre nella lunga strada della riflessione scientifica italiana sull'impresa.

(153) A questo è dedicato il saggio di Gustavo Minervini segnato alla nota precedente.

(154) Se ne parla nella dottrina commercialistica italiana. Il dibattito è ben riassunto in: B. LIBONATI, *Recenti tendenze del diritto germanico in tema di società e di cartelli*, in *Rivista delle società*, II (1957).

(155) L. MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa* (1958), ora in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 338.

(156) *Ibidem*, p. 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

LA RESISTIBILE ASCESA DEL DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

1. Le trasformazioni del primo dopoguerra: un rapido sguardo comparativo. — 2. Di fronte all'universo corporativo: ispirazioni e diffidenze. — 3. Alla scoperta dello Stato imprenditore: dagli enti pubblici alle imprese pubbliche. — 4. Alla scoperta del governo dell'economia: gli ordinamenti di settore.

1. *Le trasformazioni del primo dopoguerra: un rapido sguardo comparativo.*

« Nel seno della scienza del diritto amministrativo, lo studio dei mezzi e degli istituti che riflettono la cura di interessi di natura economica è frammentario; nel senso che la parte che si attiene alle pubbliche amministrazioni, è inserita da alcuni autori in quella vasta branca del diritto amministrativo, costituita dal diritto finanziario; il resto viene ancora diviso: una parte trova posto nell'amministrazione pubblica del diritto privato, altre nei vari rami speciali. Più esattamente, a nostro avviso, questo studio è da unificare, costituendone un ramo minore del diritto amministrativo stesso, di autonomia meramente dottrinale; in tempi, per la storia del diritto amministrativo ormai non più recenti, si tentò di introdurre la denominazione di diritto amministrativo economico » (1).

È un giovanissimo Massimo Severo Giannini, nel 1940, a richiamare l'attenzione dei giuspubblicisti italiani su di un campo — il diritto amministrativo dell'economia — « ricchissimo di materia », quanto ancora così poco frequentato. Il recente ordinamento bancario, l'istituzione di poco precedente dell'IMI e del-

(1) M. S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, p. 708.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'IRI (2) sono, invece, lì a dimostrare che la disciplina pubblicistica di attività economiche private non costituisce « un'improvvisazione dettata dalla contingenza » (3), ma un tratto ormai caratteristico di un'amministrazione segnata da un sempre più ramificato intreccio tra statuale ed economico: la testimonianza di un potere pubblico che ora agisce come qualsiasi operatore privato, ora invece si protende con obiettivi regolativi, tutori, conformativi, d'indirizzo, verso l'attività di aziende e di imprese cui s'inizia ad imporre il termine di funzione, preso a prestito di peso dall'ordinamento pubblicistico e che, sin dal titolo, troneggia proprio in quella legge bancaria che si definisce « disciplina della funzione creditizia » (4).

Ma era davvero così « atterrito il mondo dei giuristi » di fronte ad uno Stato, ad un tempo imprenditore e dirigista, che nella seconda metà degli anni Trenta si stava sempre più nettamente delineando anche in Italia « in parallelo alla linea dello Stato corporativo » (5)?

Altrove, intanto, nei paesi nei quali, tra il 1919 ed il 1920, il processo costituente, come in Germania e in Austria si era avviato con fragore, sboccando nelle prime costituzioni democratiche del Novecento, i giuristi erano stati costretti, sin dal primo dopoguerra, a familiarizzarsi con l'obiettivo di imbrigliare « l'anarchica frenesia della nostra produzione capitalistica » (6). Qui, da tempo i rapporti tra Stato ed economia avevano abbandonato l'autonomia di Stato e mercato. L'impianto teorico di fine Ottocento era stato messo a dura prova: l'approccio all'amministrazione e al diritto amministrativo

---

(2) Provvedimenti che neppure trovano posto nell'edizione del 1938 (Padova, Cedam) del *Codice amministrativo* a cura di Luigi Raggi e Enrico Guicciardi.

(3) GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, cit., p. 709.

(4) Cfr. R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*.

(5) M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), pp. 266-7.

(6) H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?* in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1930, p. 25, ora in ID., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, *Recht, Staat, Macht*, 2. Aufl., Tübingen, 1992, pp. 461-62, in un saggio che suona come ultima difesa dello Stato sociale di diritto tentato dalla costituzione weimariana — « la legislazione dell'economia non è altro che la sottoposizione dei mezzi della vita agli scopi della vita » — contro la deriva totalitaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aveva dovuto fare i conti con il progressivo offuscarsi dei confini tra pubblico e privato, con il confondersi di statuale e commerciale in nuove, sconosciute, ibridazioni. Era divenuta sensazione diffusa la consapevolezza che si andava irrimediabilmente perdendo un fondamento unitario del potere amministrativo. Quel potere, l'emblema stesso, sino a quel momento, della sovranità statuale, non si collocava più soltanto sul polo pubblicistico della grande dicotomia, ma si stava mescolando con gli interessi economici e si andava accrescendo, in modo contraddittorio, anche attraverso « le forme elastiche del diritto privato » (7).

La « progressiva espansione dell'attività degli enti pubblici », l'« ingigantirsi della loro organizzazione » non implica più, necessariamente, anche un'espansione del regime amministrativo. Lo si era avvertito anche in Italia: « salvo durante il periodo di guerra, l'Amministrazione pubblica è « andata via via sempre più attenuando nei suoi modi d'agire l'elemento autoritativo e coercitivo e ricercando la collaborazione dei singoli interessati nella determinazione dell'equo contemperamento dell'utile pubblico con l'utile loro: anche la disciplina del rapporto d'impiego ha risentito di questo progressivo avvicinarsi dell'amministrazione ai metodi delle aziende private » (8).

Rispetto ai sistemi di fine Ottocento, i giuristi devono con sorpresa riconoscere che una sintesi pubblicistica dell'amministrazione è diventata problematica, che una raffigurazione unitaria non è più possibile, se anche il diritto privato ha contribuito, a cavallo del primo conflitto mondiale, all'ampliamento dei poteri della pubblica amministrazione.

L'immagine monolitica, unilaterale e pubblicistica, consegnata a fine Ottocento dai giuristi continentali alla parte generale del diritto amministrativo, diventa sfuocata. L'amministrazione incrementa i propri poteri, ma molto spesso lo fa utilizzando le forme organizzative e gli statuti di attività propri del diritto comune. Il trionfo della specialità è contraddetto dal sempre più massiccio ricorso agli strumenti tipici del diritto privato e commerciale.

---

(7) Così Erich Kaufmann nel celebre necrologio di Otto Mayer, in *Verwaltungsarchiv*, XXX (1925), p. 395.

(8) U. Borsi, *Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, XII (1920), I, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si sta dissolvendo l'immagine unitaria di un diritto dell'amministrazione saldamente racchiuso in un regime amministrativo di natura rigorosamente pubblica: « la mano pubblica » si espande rivestendo di forme pubblicistiche organizzazioni e formazioni sociali, dispiegando sulle relazioni sociali ed economiche nuove pretese di funzionalizzazione; ma si espande pure secondo una chiara dimensione prestazionale, coerente con i nuovi compiti redistributivi della statualità, ora addirittura, secondo una dimensione tipicamente economico-produttiva.

La realtà del primo dopoguerra (9) già rimanda un quadro articolato e multiforme che sfugge da ogni parte alla raffigurazione semplificata elaborata a fine Ottocento, sul presupposto che l'amministrazione fosse, per definizione, « forza sovrana ». L'estensione dei compiti pubblici non avviene più soltanto secondo quella direttrice di progressiva espansione del regime amministrativo, immaginata ancora pochi decenni prima: al monopolio della funzione si affiancano le attività, prive di connotati imperativi e funzionali, svolte in concorrenza con i soggetti privati. Desta profonda impressione la circostanza che nello « Stato socialista-universalistico » anche queste attività materiali possano svolgersi in regime di monopolio. Ma l'ingresso dello Stato nell'economia è fenomeno generalizzato ed investe anche i paesi che non sono stati lambiti dalla rivoluzione sovietica: « lo sviluppo della comunità statuale appare un progresso dall'amministrazione statale indiretta a quella diretta ». Se nell'amministrazione indiretta lo Stato « ha una posizione di monopolio », « in questo settore dell'amministrazione diretta, lo Stato agisce in concorrenza con i privati » (10).

« Il vero Stato amministrativo », già alla fine del primo conflitto

(9) Solo la Francia dotatasi, sin dall'ultimo decennio dell'Ottocento, del concetto di *service public* e meno esposta degli altri paesi continentali, nel periodo tra le due guerre, alle ibridazioni tra Stato ed economia sembra in grado di incanalare le trasformazioni nelle sintesi teoriche già elaborate. Il venir meno di un « criterio di diritto amministrativo » in grado di delimitare lo spazio della specialità amministrativa è solo rinviato di un paio di decenni: cfr. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au debut des années 1970)*, Paris, 1995, pp. 372 e ss.; pp. 415 e ss.

(10) È la celebre e lucidissima raffigurazione di H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, I (1929), pp. 1 e ss.; trad. ital. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, 1982, p. 154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mondiale, non si identifica più, quindi, nello Stato a regime amministrativo, la cui volontà si esprime, di preferenza, nella forma del provvedimento imperativo. È, al contrario, « lo Stato che entra in azione », ai cui organi è affidato « il raggiungimento diretto dei fini della comunità »: lo Stato dell'amministrazione diretta e della giustizia distributiva (11). Questo non implica, certo, che lo Stato abbia abbandonato il consueto terreno pubblicistico dell'eteronomia. Più semplicemente vi sta affiancando, secondo proporzioni crescenti, attività funzionalmente indistinte e che sposano assai di frequente i caratteri dell'autonomia.

In Germania, la « vita dell'economia » è entrata sin all'interno del nuovo ordinamento costituzionale occupando un intero titolo della seconda parte della costituzione di Weimar e delineando il nucleo programmatico di una vera e propria democrazia sociale. Il discrimine tra Stato ed economia è stato valicato anche sul crinale delle norme di principio. Le attività riconducibili ai soggetti pubblici crescono per dimensioni e rilievo socio-economico, ma non sono più soltanto attività definibili secondo i parametri propri della specialità amministrativa; non sono più esclusivamente attività « poste in essere *solo* dallo Stato » (12). Sono attività « poste in essere *anche* dallo Stato »; rinunciano agli statuti funzionali; la stessa dimensione prestazionale inizia a porre delicati problemi di distinzione rispetto all'impresa privata e tende a condividere con quella il significato meramente economico di un servizio reso al pubblico.

Con la nuova temperie dell'interventismo e dell'economia regolata, l'ampliamento della sfera pubblica, è rilevante e tangibile. L'interesse pubblico varca, sempre più frequentemente, i confini individualistici del diritto privato; frantuma l'unità civilistica; determina la proliferazione delle leggi speciali; introduce nuovi contenuti sociali nel santuario dell'interesse proprietario. L'art. 153 della costituzione di Weimar ha 'osato' proclamare: « la proprietà obbliga. Il suo esercizio deve essere insieme un servizio reso al bene comune ». Per suffragare i nuovi contenuti sociali degli istituti del

(11) *Ibid.*, pp. 152-53.
(12) *Ibid.*, pp. 154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto privato, i civilisti prendono addirittura a prestito categorie tipiche della specialità amministrativa: funzione, organo, discrezionalità. Ancora una norma della costituzione di Weimar, l'art. 159, impegna la Repubblica a « rendere unitario il diritto del lavoro » attraverso una codificazione autonoma e distinta dal diritto civile.

Sul piano dei modi di esercizio dell'autorità non si assiste, invece, ad un'uguale espansione degli spazi di applicazione del diritto amministrativo. Al crescente affollarsi dei casi di pubblicizzazione delle relazioni sociali non corrisponde un pari sviluppo del regime amministrativo.

Lo Stato di amministrazione diretta è uno Stato che proietta sulla società le forti pretese regolative che lo sorreggono, ma che è pure inevitabilmente portato a contrarre i caratteri di specialità dei propri statuti di azione. In modo opposto alle dinamiche ottocentesche, la crescita della presenza pubblica, lo stesso impianto di un governo dell'economia associano allo sviluppo di forme di intervento indiretto, forme sempre più marcate di intervento diretto, che sposano gli strumenti stessi dell'economia. L'espansione della « mano pubblica », per la prima volta, non si risolve soltanto in un allargamento dei confini del diritto amministrativo e degli spazi di specialità del relativo ordinamento. Lo Stato che scende direttamente nell'arena economica è costretto a calarsi nelle tipologie organizzative e negli statuti propri del diritto comune. Comincia la "fuga verso il diritto privato" dell'amministrazione pubblica: la centralità del provvedimento tra le forme di azione amministrativa è scossa ed il contratto riacquista una rilevanza che sembrava perduta. La stessa distinzione tra funzione pubblica e autonomia dei privati si è fatta incerta. La statualità si compromette con gli interessi, diventa fattore attivo dello sviluppo economico. L'antica, indiscussa, capacità giuridica di diritto privato dei soggetti amministrativi diventa capacità commerciale, vocazione all'imprenditorialità: lo Stato si fa impresa, società commerciale, entra a pieno titolo nella « vita economica »; da soggetto politico si fa soggetto economico, mentre il confine tra « pubblica economia » e « pubblica amministrazione » si sta facendo imperscrutabile (13).

(13) Lo rivelerà una importante discussione dell'Associazione dei giuristi tedeschi di diritto pubblico nel 1928: *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, *VVDStRL*, Heft

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il sempre più fitto intrecciarsi dei legami tra Stato ed economia, il diffondersi di attività 'pubbliche', eppur materialmente industriali e commerciali, accelererà i processi di contaminazione. Non è più in questione soltanto la dicotomia tra pubblico e privato, ma addirittura la distinzione tra statuale e commerciale, tra interesse pubblico e fine di lucro, oggetto di sconfinamenti sempre più evidenti, che finiscono per coinvolgere la stessa tipologia statuale. Il vecchio baluardo, ben espresso nell'art. 7 del codice di commercio italiano del 1882 — lo Stato non può acquistare la qualità di commerciante — è travolto.

Lo Stato interventista non è soltanto uno Stato pesantemente regolativo; è divenuto Stato di amministrazione diretta, coerentemente con i nuovi compiti redistributivi dello Stato sociale. Le trasformazioni in atto non consentono « alcun ritorno allo Stato amministrativo classico » (14).

Occorre far spazio alle nuove attività produttive, alla nuova « attività economico-lucrativa della mano pubblica » (15). Alla tradizionale amministrazione autoritativa, si è affiancata una vera e propria « amministrazione imprenditoriale ». Anche per la dottrina tradizionale, è ormai chiaro che esistono, all'interno dell'amministrazione pubblica, apparati che fanno a meno degli statuti funzionali (16).

Il regime amministrativo non riesce a contenere, al suo interno, la repentina proliferazione di statuti differenziati di attività, che fa seguito al forte incremento dei compiti pubblici. La raffigurazione in senso pubblico-autoritativo dell'amministrazione non può più rivendicare pretese di universalità. L'unitarietà pubblicistica si sta dissolvendo, ed il regime amministrativo non è più in grado di costituire il regime di diritto comune proprio degli apparati pubblici.

6, Berlin und Leipzig, 1929: di particolare interesse l'intervento di Erich Kaufmann nella discussione, da cui sono tratte le citazioni nel testo (pp. 151-52).

(14) *Ibid.*, p. 152.

(15) È il titolo di un significativo volumetto di Arnold Köttgen, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und der öffentliche Recht*, Tübingen, 1928.

(16) Si tratta ormai di registrazioni diffuse, alla fine degli anni Venti, anche nella letteratura amministrativa tradizionale di lingua tedesca, da Fritz Fleiner a Walter Jellinek. Sia consentito rinviare a quanto scriviamo in *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 224 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La parte generale costruita a fine Ottocento offre ormai una « rappresentazione altamente incompleta del proprio oggetto » (17). Persino l'unitarietà della disciplina appare ormai una finzione e diventa necessario avviare la costruzione di nuovi territori e di nuovi ambiti disciplinari (18).

Non è un caso se proprio in Germania, a cavallo degli anni Trenta, sulla spinta dell'elevazione, nell'ordinamento weimariano, della dimensione economico-sociale al rango costituzionale, si arrivi, da diversi fronti ideologici, ma in gran parte per merito di un giovane allievo di Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, ad enucleare il nuovo spazio disciplinare del « *diritto amministrativo dell'economia* », del « *diritto pubblico dell'economia* », chiamato a definire la nuova « costituzione economica » e l'« interventismo dello Stato » (19).

L'individuazione di un « vero e proprio terreno di amministrazione pubblica dell'economia » respira la crisi del liberismo fra le due guerre ed è spinta dal coro quasi unanime degli economisti che deprecano i fallimenti del mercato, ma è ben lungi dal racchiudersi in una mera dimensione ideologica od in rigidi confini nazionali. Sono proprio i giuristi più vicini a questi nuovi esperimenti disciplinari, gli osservatori più attenti dei nuovi equilibri economici.

Da questo nuovo angolo disciplinare, era possibile trascendere i settori familiari delle poste e delle ferrovie e scoprire le mille forme del nuovo interventismo pubblico: i monopoli; l'ingresso in forma privatistica nei settori dell'energia, dell'azoto, delle miniere, del sistema finanziario e creditizio. Qui si potevano scoprire i nuovi strumenti di direzione dell'economia, gli interventi sulla disciplina del lavoro, dei salari, dei prezzi, delle prestazioni sociali, delle sovvenzioni, dei salvataggi industriali, nella consapevolezza che

(17) E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart und Berlin, 1938, pp. 22-23.

(18) Si veda la stimolante analisi di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München, 1999, pp. 226-230; pp. 240-42.

(19) E. R. HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, 1931, pp. 48 e ss. L'anno seguente (Tübingen, 1932) appare sempre per mano di Huber, il volume che inaugura il nuovo indirizzo disciplinare: *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, destinato a lasciare un'impronta significativa anche per il secondo dopoguerra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« non era tanto la crescente dimensione della legislazione economica, quanto la crescente espansione dell'amministrazione economica » (20), il segno più caratteristico dei nuovi rapporti tra Stato ed economia.

Rispetto agli sguardi, prudenti e fuggevoli, che alle trasformazioni strutturali in corso si riusciva a prestare dalle sintesi del diritto amministrativo classico, quelle di Fritz Fleiner e Walter Jellinek, in Germania; di Gaston Jèze e Roger Bonnard, in Francia; di Guido Zanobini ed Ugo Forti, in Italia, è da questo ambito disciplinare che i giuristi entrano in contatto con le prime realizzazioni dell'economia regolata, seguono il diffondersi di *Planung*, *planisme*, programmazione, sull'onda dell'economia di piano sovietica, ma anche degli sconquassi della crisi del 1929 e del successivo *New Deal* roosveltiano; incontrano le prime « discipline di settore » (credito, assicurazioni, mercato finanziario, energia…) ed i primi organi istituiti per la vigilanza ed il controllo del mercato; scoprono i compiti extratributari assegnati alla finanza pubblica.

Al diritto dell'economia avevano guardato da tempo anche i civilisti, spinti, a loro volta, dalla rottura della semplicità ottocentesca ad interrogarsi sul volto del diritto civile nella « nuova era », apertasi con il primo dopoguerra (21).

Nel diritto dell'economia, anche gli amministrativisti iniziavano a superare i loro imbarazzi teorici e le difficoltà di lettura delle trasformazioni in corso: qui si poteva riconoscere che l'attività economica dello Stato, malgrado si esercitasse nelle forme giuridiche del diritto privato, costituiva pur sempre un « vero e proprio terreno di amministrazione pubblica dell'economia »; qui si poteva concludere che le concentrazioni nell'industria pesante o nel mercato finanziario, per il rilievo economico assunto, erano delle « componenti dell'ordinamento pubblicistico », pur avendo mantenuto integra la loro natura privata (22).

Si cercava, cioè, di ritrovare altrove, in altri terreni disciplinari,

---

(20) *Ibid.*, p. 57.

(21) Su tutti il nome di Justus Wihlelm Hedemann fondatore nel 1919 ad Jena dell'« Institut für Wirtschaftsrecht » ed autore dei *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Berlin, 1922. Ancora di Hedemann la prolusione *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, 1919.

(22) HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, pp. 50-52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle categorie, che né il diritto amministrativo, né il diritto civile, eretti, nelle loro formulazioni ottocentesche, su di una marcata divisione tra Stato e società, e di conseguenza, su di una netta dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, erano in grado di offrire: quelle categorie indispensabili per decrittare la crescente intersezione tra i due poli della dicotomia, per spiegare le nuove istituzioni dell'ingerenza ed i fenomeni di pubblicizzazione del mercato e di socializzazione del diritto civile ed, insieme, il ricorso imponente degli apparati — all'apparenza contraddittorio rispetto ad una così forte proiezione pubblicistica — a vestire forme organizzative e statuti di attività tipicamente privatistici.

Doveva trovare una ragionevole raffigurazione un ordine giuridico lontano dalla semplicità ottocentesca, che nelle sue pretese di « abbracciare tutto il sociale, cioè tutto quanto concerne la convivenza umana », era avvertito come l'annuncio di uno « Stato totale » e che, a sua volta, nella zona vasta ed ormai indifferenziata tra pubblico e privato, tra statuale ed economico, veniva catturato dalla molteplicità degli interessi, divenendo « auto-organizzazione della società, quindi di fatto da essa non più separabile » (23).

Il diritto regolatore dei processi economici sfuggiva, dunque, alle consuete partizioni disciplinari; metteva insieme norme tra di loro non omogenee, ora di diritto amministrativo, per le attività conformative di proprietà ed imprese, ora di diritto commerciale, per la disciplina delle forme di azione dell'impresa pubblica.

Nel contesto degli anni Trenta, in Germania, fu la componente pubblicistica a prevalere, anche per il peso di quegli assunti ideologici che trovavano alimento nella c.d. "rivoluzione conservatrice" e nell'elaborazione dei fondamenti del così detto "socialismo tedesco" e della correlata « direzione statale dell'economia » (24). Di lì a poco, il diritto pubblico dell'economia troverà uno sbocco puntuale nella politica economica del nazismo e in quel "piano quadriennale" (*Vierjahresplan*) che, varato nel 1936, guiderà, sino al secondo

(23) Facciamo riferimento alla celebre analisi di Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, trad. ital. *Il custode della costituzione*, a cura di Antonio Caracciolo, Milano, 1981, pp. 121 e ss.

(24) Analoghe influenze questo ambiente culturale esercitava sul mondo dei civilisti: cfr. P. CAPPELLINI, *Franz Wieacker civilista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), pp. 604-608.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conflitto mondiale, la politica tedesca di riarmo, attraverso peculiari equilibri, anche istituzionali, tra Stato, partito e gruppi economici privati.

Il piano in questo caso diventa il simbolo della capacità di « guida » del nuovo regime politico che si è imposto con la crisi della Repubblica di Weimar: « il Führer pianifica, la realizzazione del piano si esegue attraverso l'apparato amministrativo » (25). Ma nonostante i toni enfatici con i quali il totalitarismo vi pretese di incarnare, almeno sotto il profilo propagandistico, una capacità decisionale del potere pubblico sconosciuta al vuoto e formale Stato di diritto liberale, i piani stavano diventando una presenza diffusa, al di là della differenza dei regimi politici, destinata a lasciare una traccia significativa, prima nelle costituzioni e poi nelle politiche del secondo dopoguerra.

Era emersa una nuova tipologia di attività amministrativa — l'attività di pianificazione e di programmazione —, lontana dalla tradizionale raffigurazione dell'attività amministrativa esecutiva di legge, scandita nel rapporto individuale tra autorità e libertà, e del tutto tipica, invece, del nuovo Stato economico e amministrativo, che intendeva disciplinare e conformare anche le attività economiche, pubbliche o private che fossero.

2. *Di fronte all'universo corporativo: ispirazioni e diffidenze.*

Anche in Italia, all'inizio degli anni Trenta, da frange sempre più consistenti e sempre meno « atterrite » del « mondo dei giuristi » si iniziavano a fare professioni di « modernismo giuridico » (26). Via via che si dispiegava sempre più nettamente « il regime del Capo del

(25) Così nel capitolo « Führung und Verwaltung » del manuale per eccellenza del diritto amministrativo nazista: il volume collettaneo curato da Hans Frank, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1937, p. 74. La citazione è riportata da Stolleis, *Geschichte*, Bd. III, cit., pp. 366-69, cui rinviamo per una messa a punto teorico-istituzionale della *Planung* nazista.

(26) L. Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1931, ora in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, pp. 29-57. Su queste pagine e più in generale sulla posizione di Mossa nella commercialistica degli anni Trenta si veda lo scritto di Paolo Grossi, in questa *rivista*, nonché Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1960*, Milano, 2000, pp. 185 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Governo », divenuto a spese dei tradizionali modelli rappresentativi, « il punto di incontro e il centro di direzione » di « tutti i rapporti economici, culturali, religiosi », anche le relazioni tra Stato ed economia dimostravano una inedita rilevanza costituzionale.

Per Mortati, che nel 1931 dà alle stampe quel capolavoro di interpretazione del « nuovo diritto pubblico italiano » che è *L'ordinamento del governo*, non c'erano dubbi: il Fascismo era di gran lunga avanti a Weimar sul piano del « regolamento dei rapporti economici della produzione e del lavoro »; ben oltre il pur celebre titolo V della seconda parte della *Reichsverfassung* dedicato alla « vita economica ». Con buona pace dei dubbi di molti sul valore giuridico della Carta del Lavoro, adottata il 21 aprile 1927 da un Gran Consiglio ancora organo di partito, quelle « dichiarazioni » superavano « l'affermazione puramente programmatica » degli « analoghi principi » contenuti negli art. 151 e ss. della costituzione di Weimar e trasportavano di peso « nel campo propriamente giuridico » la nuova subordinazione dell'economia alla politica e allo Stato (27).

« Il tipo di economia corporativa », l'originale invenzione del fascismo di un autogoverno delle forze produttive, si erano tradotti, a partire dalle « dichiarazioni » della Carta del Lavoro, in un vero e proprio « sistema » di « principi e organismi giuridici »: come da tutto l'*entourage* delle riviste e dei giuristi vicini a Giuseppe Bottai (28) si cercava da tempo di dimostrare. Ben al di là della mera registrazione di una realtà effettuale sempre più ricca di intrecci tra Stato ed economia, almeno dal culmine dell'età giolittiana, per Mortati bisognava prendere atto che uno Stato nuovo, né burocratizzato né parlamentarizzato, affidava ormai alle mani del Capo del Governo l'attività corporativa suprema, la « coordinazione generale dell'attività economica nazionale », il compito delicatissimo di equilibrare l'iniziativa privata e l'« intervento dello Stato nella produ-

(27) C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931 (citiamo dalla ristampa inalterata, Milano, 2000, pp. 172-73).

(28) CASSESE, *Un programmatore degli anni Trenta: Giuseppe Bottai*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 175 e ss.; M. TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo senza "corporazioni": « Lo Stato » di Carlo Costamagna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), spec. pp. 308 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione economica », « il benessere dei singoli » e « lo sviluppo della potenza nazionale » (29).

Certo, quell'intervento non aveva i toni delle "socializzazioni" weimariane (30), si presentava necessariamente sussidiario dell'iniziativa privata, nondimeno ambiva a presentarsi come rottura della liberale armonia prestabilita, poteva « assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta » (31). La pretesa originalità del corporativismo si appuntava proprio nella inedita capacità dello Stato, attraverso l'intervento sul conflitto di lavoro e sull'economia, di assicurare la ricomposizione del politico e la centralità statuale incanalando — e, tuttavia, riconoscendo — l'attiva vitalità del polo sociale (32).

Almeno sul piano dei principi, anche in Italia non sembravano esserci dubbi: « l'economia liberale è in liquidazione come il costituzionalismo liberale »; « in tutti i paesi della nuova civiltà i problemi dello Stato e dell'economia appaiono nella pratica inestricabilmente connessi » (33). Si iniziavano ad accantonare le remore che avevano sinora impedito di vedere nello Stato un fattore economico, un fattore della produzione. « Il corporativismo intende dare un governo all'economia » (34). E chi meglio dello Stato fascista, che sin

(29) Citiamo, rispettivamente, dalla IX e dalla II dichiarazione della Carta del lavoro.

(30) Si pensi in particolare all'art. 156 della *Reichsverfassung* che consentiva al *Reich* la socializzazione di imprese economiche private, la compartecipazione (estesa a *Länder* e comuni) alla gestione di imprese economiche, la federazione coattiva di imprese per determinati settori produttivi. L'obiettivo weimariano di creare una vera e propria democrazia sociale è ora ben sintetizzato da G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999, pp. 81 e ss.

(31) Così, espressamente la IX dichiarazione della Carta del lavoro.

(32) Per una ricostruzione puntuale della « metafora discendente dello Stato verso la società », che sorregge la dottrina corporativistica dell'intervento dello Stato, fondamentale P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp. 380-393.

(33) C. Costamagna, *Corso di lezioni di storia delle dottrine dello Stato politiche ed economiche*, Padova, 1931, p. 5, nella citazione e nella fine contestualizzazione di L. Ornaghi, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984, spec. p. 74.

(34) Merita riportare la citazione per intero, che è tratta dai *Lineamenti di economia corporativa (Corso di lezioni)* di Bruno Biagi (Padova, 1935, pp. 139-141): « Il corporativismo intende appunto dare un governo all'economia, un governo che detti la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal suo impianto aveva restituito al potere esecutivo « la sua naturale posizione di organo preminente della sovranità » (35), poteva recuperare per intero anche la sfera dell'economico a quella del politico e dello statuale?

Nella realtà, come è ben noto, le cose andarono in modo assai diverso: il Ministero delle Corporazioni, pensato da Bottai, nel periodo della sua permanenza al dicastero, tra il settembre 1929 ed il luglio 1932, come un vero e proprio « ministero della politica economica del regime » (36), non riuscì mai a diventare il fulcro della programmazione economica dello Stato. Prevalsero, insieme ai ruralismi di Mussolini, le prudenze del regime nei confronti del mondo economico. I provvedimenti che, nella prima metà degli anni Trenta, dall'istituzione dell'IMI e dell'IRI, sino alla legge bancaria, modificarono alla radice le forme ed i modi dell'intervento pubblico, furono dettati dalle contingenze della crisi finanziaria; vennero presentati come straordinari e provvisori. La loro ideazione e persino la loro realizzazione avvenne su di un solco nittiano quasi del tutto estraneo agli esponenti e alle strutture dell'ordinamento corporativo (37).

Ancora nell'agosto 1934, per un giurista attento alle trasformazioni, come Lorenzo Mossa, in prima linea nelle professioni di « modernismo giuridico » e pronto a svelare « la favola antica » di uno Stato liberale « supinamente inerte di fronte all'organizzazione

---

norma dell'azione economica individuale, fissandone i limiti e la disciplina. Se, sotto questo aspetto, il corporativismo poco si differenzia dalle altre forme di economia regolata, la differenza balza evidente e profonda, allorché si ponga mente all'organo cui esso affida il governo dell'economia. La profonda genialità e la originalità della soluzione fascista risiedono nel fatto che la disciplina non viene imposta alle attività produttive dall'esterno o dall'alto, bensì all'interno di esse; perché, in definitiva, sono le stesse categorie economiche che rivivono nelle Corporazioni ». Per una collocazione del passo all'interno di una teoria economica del corporativismo assai variegata, rinviamo ad ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 161 e ss.; il passo è citato a p. 191.

(35) A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, p. 25.

(36) R. DE FELICE, *Mussolini il duce*. I *Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974, pp. 160 e ss.

(37) Si tratta di vicende da tempo puntualmente ricostruite. Un buon quadro di sintesi è in G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996, pp. 357-68, cui rinviamo per ulteriori indicazioni bibliografiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'economia », il regime dell'economia corporativa è quasi tutto da realizzare: « il sistema corporativo, nato essenzialmente per disciplinare il diritto del lavoro, ha dato la spinta all'ordinamento corporativo dell'economia, che sta appena per manifestarsi » (38).

Eppure, non erano solo Ugo Spirito (39) o Federico Maria Pacces a parlare di piani e di programmazione economica. Anche per Giovanni Demaria, futuro presidente della Commissione economica per la Costituente, già nel 1935 non c'erano dubbi: « com'è da tutti saputo, questa è l'ora dei piani » (40). Lo stesso Mussolini, annunciando nel marzo 1936 il « piano regolatore dell'economia italiana nel prossimo tempo fascista » (41), ribadiva, ormai in vista della politica di riarmo, il principio dello Stato come unità economica, fissato dieci anni avanti nella Carta del Lavoro.

I riti del « sepolcro dell'uomo economico » (42) a tutto vantaggio di un *homo corporativus*, sempre alla ricerca di una qualche plausibile fondazione antropologica, si confermavano una costante dell'ideologia dello Stato fascista, tanto pronto a « dichiarare apertamente il suo

(38) MOSSA, *Principi del diritto economico* (conferenze tenute nell'agosto 1934 alla Universidad Internacional de Verano, Santander), in ID., *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., p. 93. U. SPIRITO, *Economia programmatica*, in *Archivio di studi corporativi*, III (1932), p. 295: « il regime fascista ha creato il ministero delle corporazioni e ha posto con ciò il problema di un vero governo economico, ma si è ancora ai primi passi, perché il nuovo organo trova limiti continui di diritto e di fatto negli istituti e nei metodi del passato ».

(39) SPIRITO, *Economia programmatica*, cit., p. 293: « programma significa visione integrale e sistematica di tutte le forze economiche, assegnazione di ognuna nell'organismo, determinazione del fine economico da raggiungere: programma significa in una parola bilancio preventivo ». Il « programma » avrebbe dovuto consentire al regime di trasformare l'interventismo, sinora dettato da emergenze e contingenze occasionali, in « economia programmatica », creando così « un vero governo economico ».

(40) « Com'è da tutti saputo, questa è l'ora dei piani. Piani sociali, piani politici, piani economici; piani rientranti nel quadro generale dell'economia presente; piani che ne escono; piani a tendenza evolutiva; piani invece decisamente rivoluzionari; piani, ancora, che si raccomandano per periodi vari di tempo, piani, infine, limitati a particolari sfere dell'economia a seconda della forza delle idee riformatrici e delle necessità finanziarie degli Stati ». Così Giovanni Demaria in una *Recensione* ad un saggio, che proponeva un « nuovo piano economico » di economia monetaria, di Z. HRIBAR, *Reine Geldwirtschaft,* Ljubljana-Leipzig, 1933, in *Archivio giuridico*, CXIV (1935), pp. 129-30.

(41) Considerazioni di sintesi sui tentativi del fascismo di elaborare una economia di piano, in MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 351-52.

(42) TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo*, cit., p. 319.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compito regolatore dell'economia nazionale » (43) quanto alla fine restio a realizzare un vero governo dell'economia tramite l'ordinamento corporativo, le cui spinte in questa direzione rapidamente si smorzarono, bloccandosi assai prima di aver raggiunto il piano operativo.

I fenomeni, che nella realtà giuridica si iniziavano per il momento a toccare con mano, erano altri, lontani sia dalle metafore delle relazioni tra Stato e società messe in campo dall'ideologia corporativa, sia dal piano costituzionale dei rapporti Stato-economia, da cui la giuspubblicistica italiana si era mossa, all'inizio degli anni Trenta, alla scoperta della funzione di governo e di indirizzo politico. E lontani anche dalla consapevolezza, diffusa e che si manterrà forte sino alla Costituente, di vivere, « da circa trentacinque anni a questa parte » « in una economia di trapasso », che esige « per motivi di guerra, per motivi di passaggio dall'economia di guerra all'economia di pace, o per le conseguenze dell'economia di guerra » « un controllo sociale dell'attività economica »: quel controllo che all'indomani della caduta del regime, specialmente sul versante cattolico si pensava potesse incamminarsi nella « ricerca della terza via », di quel medium tra gli esperimenti totalitari della prima metà del secolo, che fosse in grado di mantenere la guida dei fatti economici « negli schemi della libertà politica » (44).

Nel corso degli anni Trenta altri fenomeni venivano dunque alla ribalta: fenomeni che si allontanavano dal piano dei grandi principi e dal roboante teatro dell'organizzazione corporativa e che respiravano l'aria del tempo, il crescente interventismo, le contingenze finanziarie, la proliferazione degli interessi pubblici: « l'intervento dello Stato non viene solamente e tanto dall'alto della sua direzione, quanto emerge inesorabilmente dal basso, dalla base dell'economia ». A questo livello emergeva il peso degli intrecci tra pubblico e privato, delle sovrapposizioni tra le forme organizzative e gli statuti di attività: « l'intervento nella conduzione diretta dell'economia si

(43) MOSSA, *Principi del diritto economico*, cit., p. 130.

(44) Le frasi nel testo sono tutte di Fanfani che interviene, come relatore, nella seduta del 15 ottobre 1946 della III Sottocommissione per la costituzione. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati-Segretariato generale, Roma, 1970, vol. VIII, pp. 2276-2277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vale delle forme delle imprese esistenti e che lo Stato parzialmente trasforma per meglio realizzare la sua funzione » (45).

Alcuni canali dunque esistevano, attraverso i quali l'« atterrito mondo dei giuristi » nostrani aveva iniziato a guardare, nei quindici anni precedenti lo scritto di Giannini citato all'inizio, a questo improvviso profilarsi di uno Stato dirigista, che sembrava in grado di "pubblicizzare" tutto quello che toccava, eppure anche, e sempre di più, attratto dalle forme organizzative e dagli statuti di attività propri del diritto privato ed ora, persino, del diritto commerciale; uno Stato che nelle intenzioni programmatiche si riproponeva di governare l'economia e che da questa finiva per essere inevitabilmente catturato (46).

I privatisti ed i commercialisti, da Mossa a Finzi, da Sotgia ad Ascarelli, da Vassalli ad Asquini, intanto, non erano certo rimasti con le mani in mano. È in questo momento che i grandi temi dell'impresa, dei consorzi, delle unioni di imprese, dell'apparenza giuridica, della circolazione dei beni, delle prime funzionalizzazioni del diritto di proprietà fanno la loro comparsa nella scienza giuridica italiana, a tacere della grande riflessione che si avvia nel diritto del lavoro o nel diritto agrario (47). Riflessioni che, com'è noto, lasceranno precisi ed incisivi segni normativi nel codice civile del 1942.

A fronte delle tante linee innovative che, negli anni Trenta, serpeggiavano negli altri rami del diritto, ancor di più spicca il gelido tradizionalismo degli amministrativisti, questi sì « atterriti » — o nel migliore dei casi silenziosi — verso l'incombere delle trasformazioni.

Amministrazione ed economia rimangono agli occhi dei cultori dei diritto amministrativo mondi incomunicabili. Non c'è spazio, nel coevo clima italiano, per sistemazioni alla Huber: nell'Italia degli anni Trenta, il diritto dell'economia può essere obiettivo e riflessione dei commercialisti alla Mossa o dei corporativisti alla Cesarini

(45) MOSSA, *Principi del diritto economico*, cit., pp. 130-131.

(46) Secondo l'immagine celebre di Lucièn Febvre (*De l'Etat historique à l'Etat vivant*, in *Encyclopédie française*, tm. X, Paris, 1935, trad. ital. *Dallo Stato storico allo Stato vivente*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura di Roberto Ruffilli, Bologna, 1979, p. 81), recentemente ripresa da S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, 1998, pp. 67 e ss.

(47) Una eccellente visione di sintesi in GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sforza (48), ma non valica il fronte dell'amministrazione; non può divenire "diritto amministrativo economico".

Le ispirazioni che gli altri rami del diritto — primo fra tutti il diritto commerciale, con il gran balzo dalla teoria degli atti di commercio alla teoria dell'impresa — hanno tratto dall'ordinamento corporativo, si tramutano, nell'universo amministrativo, in conferme dei consueti sentieri della pubblicizzazione; ora, invece, in diffidenze, in regolazioni di confini, in steccati che la realtà s'incarica invece di dimostrare di sin troppo facile trapasso.

È emblematica a questo riguardo la testimonianza di Zanobini, che pure non esita a cimentarsi con i nuovi postulati del regime corporativo. La Carta del Lavoro diventa nelle sue pagine una fonte primaria per la comprensione dello Stato e del diritto corporativo; anche l'amministrativista che un decennio prima ha sviluppato una impeccabile teoria delle fonti del diritto, tutta ispirata al primato, almeno formale, dell'atto legislativo, può acquietarsi nell'autorizzazione che il Governo ha avuto con L. 13 dicembre 1928 (49) a dare attuazione alle dichiarazioni della Carta, senza dover scomodare il piano delle imbarazzanti relazioni tra Stato e partito.

L'impianto normativo del regime corporativo si è del resto nel frattempo sedimentato: « i produttori e le loro associazioni sono stati trasformati in organi, in senso lato, della politica economica dello Stato ». L'organizzazione amministrativa si complica, cresce; abbatte le « pietre miliari dell'individualismo giuridico ed economico », a partire dalla legge Le Chapelier (50). Lo fa, tuttavia, con i meccanismi di assimilazione già sperimentati sul fronte dei rapporti tra centro e periferia, mantenendo intatto il nucleo della unitaria poli-

(48) L'obiettivo del corporativismo, secondo Cesarini, sarebbe stata « la disciplina economica nazionale » da attuare attraverso « programmi » e « leggi corporativamente create per inquadrare i "programmi" »: *Individuo e Stato nella corporazione*, in *Archivio di studi corporativi*, 1933, ora in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, 1942, p. 187.

(49) Si tratta della L. 13 dicembre 1928, n. 2832, il cui articolo unico autorizzava il governo del re « a emanare disposizioni, aventi forza di legge, per la completa attuazione della carta del lavoro deliberata dal gran consiglio fascista il 21 aprile 1927 e pubblicata nella G.U. del Regno del 30 aprile 1927 ».

(50) G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1935, pp. 2 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ticità statuale (51), anzi estendendolo a coprire nuove relazioni sociali, sino a far convergere nell'« unica impresa nazionale » la molteplicità delle imprese produttive e delle associazioni sindacali.

È la vecchia nozione di autarchia, di organo indiretto dello Stato, che consente di ascrivere il diritto corporativo al « diritto pubblico amministrativo », di farne una nuova propaggine che si diparte dal tronco consueto del diritto costituzionale. Sono i produttori e le loro associazioni ad essere oggetto delle trasformazioni, non lo Stato: sono i primi ad essere inseriti nell'organizzazione del secondo, non quest'ultimo a subire contrattualizzazioni o dispersioni della propria politicità.

Regime corporativo e regime amministrativo appaiono a Zanobini, ancora nel 1935, ambiti radicalmente distinti: là, l'organizzazione indiretta ed il contratto; qui, l'organizzazione diretta e l'atto amministrativo. Il confine dell'inquadramento sindacale rappresenta la grande linea di demarcazione. Il diritto corporativo si estende « in rapporto di separazione e di parziale supremazia » verso il diritto privato, ma non si spinge ancora sino a forzare la frontiera amministrativa, all'interno della quale l'amministrazione si conferma cittadella inespugnabile.

Le pubbliche amministrazioni sono escluse dall'ordinamento corporativo: non solo gli enti territoriali, ma anche tutta quella crescente moltitudine di soggetti, dalle Ipab alla Cassa Depositi e prestiti, all'Istituto di emissione, ai Banchi di Napoli e Sicilia, alle Casse di risparmio, agli enti parastatali, per i quali i giuristi già faticano a mantener salda la normativa unitaria di riferimento propria degli enti pubblici. Ma tant'è: « la funzione della pubblica amministrazione » è « per definizione in così stretta correlazione con l'interesse pubblico da rendere inconcepibile la necessità della loro sottoposizione a forme di disciplina unitaria intesa a salvaguardare tale interesse » (52).

---

(51) Di qui la critica ricorrente al « corporazionismo » e alle declinazioni del corporativismo tendenti a rivendicare la naturale politicità dei corpi: ORNAGHI, *Corporazione*, in *Enc. sc. soc.*, vol. II, Roma, 1992, p. 478.

(52) Così Nicola Jaeger nella recensione al *Corso di diritto corporativo* di Zanobini, in *Archivio giuridico* (CXVII) 1937, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Alla scoperta dello Stato imprenditore: dagli enti pubblici alle imprese pubbliche.*

Sino alla metà degli anni Trenta, neppure l'interventismo pubblico nelle forme dell'« azionariato di Stato » o delle « società commerciali pubbliche » sembrava in grado di compromettere la rigida separazione, difesa dai cultori del diritto amministrativo, tra amministrazione ed economia. La pattuglia di anonime pubbliche, AGIP (53) in testa, è ancora abbastanza ridotta e solo dal fronte dei commercialisti o dei corporativisti vi si presta una qualche attenzione (54).

Anche quando si varano i grandi salvataggi finanziari e industriali, l'unitarietà della nozione di ente pubblico non sembra ancora in discussione. L'IMI è definito dal decreto legge istitutivo del novembre 1931 « ente di diritto pubblico » e tanto basta a Virgilio Andrioli, consapevole che la vicenda si iscrive nel processo di « amministrativizzazione del diritto privato », per escludere possibili dicotomie all'interno della nozione. Due anni più tardi, l'IRI viene « costituito in Roma » ancora come « ente di diritto pubblico », sia pure a carattere temporaneo. La stabilizzazione del 1937, che rende permanente quello che doveva essere soltanto una « specie di convalescenziario » provvisorio (55), così come più tardi lo statuto del

(53) L'AGIP, al cui capitale azionario partecipavano l'amministrazione dello Stato, l'INA e la Cassa nazionale delle Assicurazioni, venne istituito con D.L. 3 aprile 1923, n. 356. L'atto costitutivo venne rogato da un funzionario del ministero delle finanze appositamente delegato, depositato nella cancelleria del tribunale di Roma ed omologato. Lo ricorda F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico,* Firenze, 1947. Un quadro generale in MELIS, *Due modelli di amministrazione fra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, 1988, pp. 235 e ss. Per la collocazione della vicenda all'interno dell'evoluzione della nozione di ente pubblico, cfr. B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di ente pubblico nell'esperienza italiana*, in questa *rivista*, 21 (1992), pp. 311 e ss.

(54) L. GANGEMI, *Le società anonime miste. Contributo allo studio della economia pubblica*, Firenze, 1932; R. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, XXXI (1933), I, pp. 324 e ss.; M. FRAGALI, *Concetto e natura delle società d'economia mista*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, 1933, vol. II, pp. 123 e ss.

(55) L'espressione è di F. CARNELUTTI, *Lo Stato coimprenditore e la costituzione*, in *Diritto dell'economia*, IV (1958), p. 1004. L'art. 1 del R.D.L. 24 giugno 1937, n. 905, stabiliva che « l'Istituto per la ricostruzione industriale, ente di diritto pubblico, ha il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1948 (56), ne fanno in pratica già un ente di gestione di partecipazioni pubbliche, ma ne confermano anche la natura di « ente finanziario di diritto pubblico ». Il legislatore si muove quindi con prudenza, evitando di mettere in discussione la « veste esteriore » pubblicistica, anche per quelli che sono ormai in realtà già veri enti strumentali. La nuova disciplina della funzione creditizia, d'altro canto, non è subito avvertita nella sua enorme portata innovativa.

La vera scossa sismica, per i giuristi, arrivò così da un altro fronte, proprio nel corso del 1937, con i provvedimenti che estendevano l'inquadramento sindacale, prima agli istituti di credito di diritto pubblico e alle Casse di risparmio e, subito dopo, a tutti « gli enti pubblici, comunque denominati, operanti nel campo della produzione e svolgenti un'attività esclusivamente o prevalentemente economica » (57).

Il vecchio confine tra ordinamento corporativo e pubbliche amministrazioni all'improvviso svela varchi sempre più ampi; viene meno la rassicurante linea di demarcazione del passato tra amministrazione ed economia. La « veste esteriore » pubblicistica, assegnata dal legislatore viene lacerata da una « sostanza privatistica » che è, ormai in modo evidente, quella dell'impresa, poco importa, a questo punto, se pubblica o privata (58).

Per molti enti pubblici si annuncia lo stesso regime del diritto privato, l'articolazione contrattuale del rapporto d'impiego, la competenza della magistratura del lavoro. Da questo momento data, com'è noto, l'elaborazione della categoria di ente pubblico economico, che troverà di lì a poco cittadinanza nel codice civile del 1942. Da questo momento, nonostante il persistere di accezioni affatto

---

compito di provvedere con criteri unitari alla efficiente gestione delle partecipazioni di sua pertinenza, secondo le direttive della politica economica del regime, espresse dalle competenti corporazioni ».

(56) G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 52; p. 184. Sul convergere delle critiche sull'IRI nell'immediato dopoguerra, cfr. M. Salvati, *Amministrazione pubblica e partiti di fronte alla politica industriale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, I, *La costruzione della democrazia. Dalla caduta del fascismo alla democrazia*, Torino, 1994, pp. 430-31.

(57) Si tratta del R.D.L. 15 febbraio 1937, n. 316; del R.D.L. 12 agosto 1937, n. 1757; della L. 16 giugno 1938, n. 1303, dal cui titolo abbiamo tratto la citazione riportata nel testo.

(58) R. Franceschelli, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e diritto*, I (1940), p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizionali sin all'interno della Commissione Forti, la partizione tra persone giuridiche pubbliche e private abbandona la dicotomica certezza della « distinzione fra ente pubblico e privato » (59) e si complica di tipologie e di morfologie, spesso meramente descrittive delle normative singolari di riferimento.

L'ente pubblico, come istituto riassuntivo del regime amministrativo, ha ormai i giorni contati, travolto non tanto dai processi di disaggregazione della organizzazione amministrativa che, anzi, per alcuni anni era riuscito a dominare, quanto dalla crescente ibridazione tra amministrazione ed economia, tra pubblico e privato.

Si fa strada la convinzione, impensabile sino ad un attimo prima, che lo scopo di lucro o la qualità di commerciante siano divenuti irrilevanti ai fini della distinzione delle persone giuridiche (60). Per la prima volta « l'invasione del territorio del diritto commerciale da parte del diritto pubblico avviene … attraverso dei compromessi che la natura stessa delle cose impone e che si svolgono attraverso l'obliteramento o almeno l'attenuazione di alcuni dei caratteri rigorosamente pubblicistici dell'ente e un'equilibrata commistione di elementi pubblici e privati » (61).

Ha buon gioco Costamagna nel sostenere che solo « i tradizionalisti nostrani del diritto continuano a contemplare il mondo attraverso i vetri affumicati della loro dogmatica » (62), difendendo una immagine di Stato moderno — « lo Stato non è un'impresa; è l'organizzazione suprema, necessaria della società » (63) — ormai « sgominata dalla realtà », esattamente come quei principi e quei concetti di cui si denuncia il sovvertimento.

---

(59) G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, Milano, 1943.

(60) A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (Natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942, p. 87; G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro. it.*, LXVI (1941), I, pp. 199-206.

(61) FRANCESCHELLI, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, cit., p. 28.

(62) C. COSTAMAGNA, *L'unità giurisdizionale e l'inquadramento sindacale dei dipendenti pubblici*, in *Lo Stato*, IX (1938), pp. 136-37.

(63) « La palma del merito in questa opera di costruzione scientifica », per Costamagna, andava ad Oreste Ranelletti, « ostinato assertore dell'inconcussa eternità del cosiddetto « Stato moderno » (*ibid.*). Il riferimento è in particolare a O. RANELLETTI, *L'inquadramento sindacale degli enti di credito di diritto pubblico e delle Casse di risparmio*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXX (1938), I, pp. 6 e ss. La citazione nel testo è a p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non occorre comunque trincerarsi dietro i « sedici anni di rivoluzione » per denunciare « l'angustia di vedute » dei pubblicisti: il venir meno della netta contrapposizione tra persone giuridiche pubbliche e private è nei fatti, nella realtà delle « imprese pubbliche con carattere economico », come riconosce Ferrara senior, pronto a registrare nel mondo delle persone giuridiche la comparsa di « imprese pubbliche in forma privata » (64).

Tacitati gli allarmati interventi di Ranelletti o di Menotti de Francesco, anche i pubblicisti, Giannini, Amorth, lo stesso Zanobini, parallelamente al varo dei codici, prenderanno atto che per questi enti pubblici, dopo la sottoposizione al regime del contratto collettivo, il rapporto d'impiego è divenuto privato, formalizzando di conseguenza i nuovi equilibri di riparto, subito tornati ad essere terreno di scontro tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione (65): uno scontro destinato a protrarsi sino all'entrata in vigore della novella del 1973 sul processo del lavoro.

La proiezione del conflitto giurisprudenziale così dentro la storia repubblicana conferma però che, nonostante le nuove rubriche codicistiche, non si era spenta del tutto la voce di coloro, Consiglio di Stato in testa, che sostenevano che la privatizzazione del rapporto di impiego dei dipendenti di enti pubblici economici, con la conseguente delimitazione della giurisdizione esclusiva, era una vicenda interna al regime dell'inquadramento sindacale, da considerarsi archiviata con la caduta dell'ordinamento corporativo in seguito ai provvedimenti soppressivi del 1943/44.

Il dopoguerra si apre, del resto, all'insegna di una violenta diffidenza nei confronti degli enti ereditati dal fascismo e delle « industrie autarchiche », nonostante che il peso delle partecipazioni pubbliche siano stimate dal Ministero dell'industria, nel dicembre 1947, « ben oltre la metà di tutto il complesso aziendale di una certa dimensione » (66).

---

(64) F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Filippo Vassalli, vol. II, tm. II, Torino, 1938, pp. 147 e ss., che dedica un intero paragrafo a *Le imprese pubbliche con carattere economico*. Citiamo dalla ristampa, Torino, 1958 della seconda edizione con note di F. Ferrara jr.

(65) Ricostruiamo la vicenda giurisprudenziale ed il dibattito dei giuristi in *Origine ed itinerari scientifici della nozione di ente pubblico*, cit., pp. 335-37.

(66) I risultati dell'indagine sono riportati in SALVATI, *Amministrazione pubblica e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche l'intensa riflessione che si apre sul fronte costituente intorno all'azione economica pubblica, come volano di realizzazione di « una maggiore giustizia sociale » e di promozione di « una equa ripartizione dei beni » (67), con la conseguente affermazione di un necessario controllo sociale delle attività economiche, sbocca sul piano dei principi, nelle notevoli norme del titolo III della Carta dedicato ai *Rapporti economici*, ma non arriva, però, a raggiungere il terreno concreto del confronto con i modi di esercizio del governo dell'economia e dello Stato imprenditore, così come delineati nel corso degli anni Trenta.

La costituzione economica, per essere coerente con « un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche che tendono a sostituirsi le une con le altre » (68), è al fine costretta a pescare negli intrecci e nelle contraddizioni della precedente « economia di trapasso ». Lo fa, tuttavia, su di un piano programmatico, che non si salda con quello dell'organizzazione e che può, contraddittoriamente, convivere con

---

partiti, cit., pp. 427-428, che ricorda come le diffidenze nei confronti della partecipazioni pubbliche furono alimentate anche dal Dipartimento di Stato americano.

(67) E. VANONI, *La persona umana nell'economia pubblica*, 1945, ora in A. MAGLIULO, *Ezio Vanoni. La giustizia sociale nell'economia di mercato*, Roma, 1991, p. 115, in un saggio di commento al « Codice di Camaldoli » (*Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli*, Roma, 1945), nel quale il capitolo sull'attività economica pubblica era stato redatto dallo stesso Vanoni e da Pasquale Saraceno. Su questo testo fondativo dell'indirizzo dei cattolici alla Costituente, cfr. R. MORO, *I movimenti intellettuali cattolici*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, a cura di Roberto Ruffilli, tm. I, *L'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia Cristiana*, Bologna, 1979, pp. 183-87.

(68) Citiamo da un celebre intervento di Togliatti nella discussione sui principi dei rapporti sociali (Prima Sottocommissione, seduta del 16 ottobre 1946) in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VI, p. 554: « in questo periodo è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l'iniziativa di vasti strati di produttori, e particolarmente, contro le forme di proprietà privata monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici, che tendono a creare nella società dei concentramenti di ricchezze che vanno a danno della libertà della grande maggioranza dei cittadini, e quindi vanno a scapito dell'economia e della politica del paese ». Ricostruisce il dibattito alla Costituente S. RODOTÀ, *Art. 42*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *Rapporti economici*, tm. II, *Art. 41-44*, Bologna, 1982, pp. 76-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una declinazione quasi ottocentesca dell'organizzazione amministrativa statale, il silenzio sull'impresa, il disinteresse per la difesa della concorrenza.

E quel che più conta ai nostri fini, non viene fissato alcun punto di saldatura tra la costituzione economica, proclamata nel titolo dei *Rapporti economici*, e l'amministrazione dell'economia, tra la proprietà pubblica e l'iniziativa economica pubblica, da un lato; l'organizzazione amministrativa, dall'altro.

Non è un caso, quindi, se nel dopoguerra, i primi contributi dei giuristi nel campo delle persone giuridiche pubbliche, siano all'insegna della restaurazione della tradizione: spicca la riproposizione dell'equivalenza tra ente pubblico ed « atti unilaterali giuridicamente obbligatori » nella definizione della Commissione Forti (69). Ma tradizionale è anche la *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, sempre di Ugo Forti ed apparsa nel 1948, nonostante l'apertura delle « problematiche » verso i temi dell'organizzazione.

A riaprire il fronte dei rapporti tra imprese commerciali e pubblica amministrazione sarà Giuseppino Treves, nel 1950, un giurista che aveva già al suo attivo, nel corso degli anni Trenta, una serie di scritti sull'attività commerciale dello Stato.

Premono le rubriche codicistiche che, sopravvissute alla soppressione dell'ordinamento corporativo, incanalano la disciplina delle « imprese esercitate da enti pubblici » nel solco normativo del V libro del codice civile, a partire dall'iscrizione nel registro delle imprese.

Eppure, il filo della qualificazione giuridica non si riannoda immediatamente, non dico agli scritti ormai imbarazzanti dei Costamagna o dei Gangemi e dei tanti giuristi militanti, ma neppure a quelli, tanto più asettici di Ferrara, Giannini, Amorth, Zanobini.

L'impresa pubblica possiede ancora una essenza profondamente diversa dalla impresa privata: si sostanzia nell'« esercizio di un servizio pubblico »; non ha in via ordinaria scopo di lucro; se questo esiste, ha un valore meramente strumentale. Conferma e non

(69) D. SERRANI, *Il potere per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Bologna, 1978, p. 58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nega, malgrado l'unicità della disciplina, prevista dall'art. 2093 cod. civ., « l'abisso che separa lo Stato dalla società commerciale » (70).

Quel filo si riannoderà lentamente, nel corso degli anni Cinquanta, agli intrecci tra amministrazione ed economia scoperti venti anni prima, una volta scelta la strada della conservazione pura e semplice del sistema delle partecipazioni statali ereditate dal fascismo, con l'approvazione dello statuto dell'IRI, nel 1948, e poi soprattutto, con l'istituzione dell'ENI, cinque anni più tardi e, subito a ruota, del Ministero delle partecipazioni statali.

Gli anni Cinquanta serviranno così ai giuristi per colmare gravi deficit di osservazione e di comprensione. A Massimo Severo Giannini, in particolare, spetterà un decisivo ruolo di battistrada: soltanto dopo aver tracciato il grande quadro riassuntivo de *Le imprese pubbliche in Italia*, dopo aver ricostruito la vicenda storico-giuridica dell'intervento pubblico e delle amministrazioni parallele sino alle « imprese pubbliche in forma privata », diventa finalmente visibile l'orizzonte del nuovo « diritto comune a pubblici e privati operatori » (71). Solo dopo aver destrutturato l'antico e dissolto le ipoteche ottocentesche, dopo aver ricondotto a mera morfologia la nozione di ente pubblico, si può iniziare ad aggredire giuridicamente anche lo Stato imprenditore, offrendo collocazione sistematica ad un dato ormai da troppo tempo evidente: il pubblico potere può agire come qualsiasi altro operatore privato; « l'impresa è nella sua essenza uguale, siano privati o pubblici i soggetti che la esercitano » (72). Ma il problema urgente era ormai un altro: « l'elaborazione di strumenti per utilizzare le imprese pubbliche nel quadro di una manovra pubblica dell'economia ». Dall'impresa pubblica si tornava necessariamente al diritto pubblico dell'economia, alle forme giuridiche di un possibile governo dell'economia (73).

---

(70) G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950, pp. 12 e ss.

(71) Riferimenti celeberrimi: *Le imprese pubbliche in Italia*, relazione italiana al "Colloquio" del febbraio 1958 sulle imprese nazionalizzate presso l'Unidroit di Roma, si può leggere in *Rivista delle società*, III (1958), pp. 227-276. La formula del « diritto comune a pubblici e privati operatori » fa la sua comparsa nella voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 866.

(72) V. OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in *Enc. del dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 675.

(73) GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 276.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il proscenio era ormai tutto per l'amministrazione pubblica dell'economia: solo qua e là, l'avvio del processo di costruzione europea e la tendenza alla liberalizzazione degli scambi iniziano a far risuonare sommessamente, anche in Italia, i temi della concorrenza e dell'anti-trust (74).

4. *Alla scoperta del governo dell'economia: gli ordinamenti di settore.*

L'interventismo era, dunque, ben lungi dal racchiudersi ed esaurirsi lungo i sentieri dello Stato imprenditore, dello Stato interventista, attore diretto, nelle forme ambivalenti e contraddittorie che abbiamo visto, dell'economia.

« La pubblica amministrazione interviene nel campo dell'economia indirettamente, dirigendo, controllando e incoraggiando l'attività economica privata, o direttamente esercitando un'attività economica essa medesima » (75). La polisemia del concetto di pubblico aveva a lungo impedito una consapevole registrazione di questa duplicità di piani. « Lo Stato che entra in azione », lo Stato che si faceva impresa, aveva assorbito, con la sua fragorosa disaggregazione amministrativa e gli intrecci problematici tra pubblico e commerciale, la maggior parte delle attenzioni, esattamente come oggi il percorso inverso viene affrettatamente letto come generalizzata privatizzazione di soggetti e di regole (76).

Accanto al campo dei soggetti, degli enti e delle imprese, dove la distinzione delle persone giuridiche si faceva incerta ed il confine tra pubblico e commerciale veniva posto in discussione, gli anni Trenta avevano svelato un'altra dimensione dell'interventismo pub-

(74) Cfr. per tutti, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, 3ª ed., Milano, 1960, pp. 19-22, il par. *Pubblica amministrazione dell'economia e disciplina della concorrenza* e, pp. 153-171, i *Cenni di legislazione comparata*, dallo Shermann Act americano agli artt. 85-94 del Trattato di Roma.

(75) TREVES, *Le imprese pubbliche*, cit., p. 6.

(76) Fa chiarezza sul punto C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, I (1995), pp. 393 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico. Con la legge bancaria del 1936 (77), attività private — addirittura « un'attività tipicamente commerciale » come quella creditizia — avevano acquisito inconfondibili tratti funzionali.

« L'ottimo impiego del credito », nell'ordinamento attuale è divenuto « fine immediato dello Stato ». Oggi, « tutta l'intera funzione creditizia ha rilievo di pubblico interesse immediato ». « La cura della funzione creditizia è dispiegata da una branca della pubblica amministrazione » (78). Proprio il campo dell'attività bancaria, nella nuova temperie « dell'economia controllata o regolata dallo Stato », aveva offerto al regime « l'occasione e la possibilità di creare un tipo di disciplina pubblicistica dell'impresa » (79).

In questo settore aveva fatto la sua comparsa la « geniale novità » di una disciplina concreta che si attuava non attraverso leggi, ma attraverso atti in prevalenza amministrativi: le direttive del Comitato all'Ispettorato. Qui si erano posti problemi affatto inediti intorno alla natura giuridica dell'attività creditizia, una volta che il legislatore aveva definito la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito « funzioni di interesse pubblico » (80). Il regime delle autorizzazioni e dei controlli, la sottoposizione ad ordini ed istruzioni, abbracciava, indifferentemente, enti pubblici e privati, soggetti commerciali e soggetti istituzionali. La novità in questo caso non consisteva nel fatto che istituti di credito di diritto pubblico, più o meno

(77) Un discorso a parte meriterebbero la L. 1 giugno 1939, n. 1089, *Tutela delle cose d'interesse storico e artistico* e la L. 17 agosto 1942, n. 1150, *Legge urbanistica*.

(78) GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, cit., pp. 714-15. Inutile ricordare che con l'assetto organizzativo fissato nella legge bancaria (Ispettorato, presieduto dal Governatore della Banca d'Italia/Comitato dei ministri, presieduto dal Capo del Governo) siamo alle origini di un modello di governo per "comitati" destinato ad essere ampiamente ripreso nel dopoguerra: nel 1947 con l'istituzione del Cicr, nel 1956 con l'istituzione del Comitato interministeriale delle partecipazioni statali. Una buona sintesi in S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, a cura di Raffaele Romanelli, Roma, 1995, p. 47 e p. 63.

(79) P. GRECO, *La nuova disciplina bancaria*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXIV (1936), p. 426.

(80) L. 7 marzo 1938, n. 141, art. 2 c. 1. La legge concludeva il laborioso lavoro di conversione del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia* e del successivo D.L. 17 luglio 1937, n. 1400, con il quale il Governo aveva recepito il testo approvato dal Senato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferibili all'organizzazione dello Stato esercitavano operazioni di banca, ma il fatto ben diverso che « lo Stato, stesso continuamente, ed esclusivamente delibera sulle vie che l'attività creditizia deve seguire » (81). Si era delineato un fatto nuovo di immensa portata normativa — ma occorrevano la lungimiranza e l'intuito di Giannini per metterlo in luce —: « ogni azienda di credito, per definizione, presenta il duplice aspetto dell'attività pubblica e del contenuto e della struttura di impresa privata » (82). Un fatto che trascendeva sia l'« inconsistenza giuridica » del concetto di « economia mista », tanto caro ai giuristi del regime, sia le preoccupazioni di segno opposto diffusesi tra le vestali della tradizione, con la revoca del divieto d'inquadramento sindacale, e che affrontava direttamente il nodo della natura giuridica delle attività commerciali coordinate dallo Stato e la raffigurazione delle nuove potenzialità conformative dei pubblici poteri.

Un modello regolativo, come oggi si usa dire, di tipo finalistico ed intrusivo, che avrebbe resistito sostanzialmente indenne allo scossone costituente, come confermava la panoplia dei poteri pubblici che l'art. 47 della Costituzione, con una consapevole accentuazione della previsione generale d'indirizzo e coordinamento a fini sociali dell'iniziativa economica, riconosceva in materia di esercizio del credito: « la Repubblica … disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito ».

Ed è ancora Giannini, nove anni più tardi lo scritto in onore di Santi Romano, ad imprimere, dalle colonne della neonata *Moneta e credito* (83), una traccia interpretativa di eccezionale intelligenza creativa, che abbandona senza rimpianti l'ottica soggettivistica ancora presente nel saggio, pur tanto innovativo, del 1940.

Il materiale normativo non è cambiato rispetto a quello di dieci anni prima; soltanto il Comitato dei ministri ha subito qualche significativo assestamento organizzativo (84). Cambiano, invece, di

(81) GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, cit., p. 724.

(82) *Ibid*., p. 728.

(83) GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, II (1949), pp. 105-119. La rivista aveva iniziato le sue pubblicazioni nel 1948 per iniziativa della Banca Nazionale del Lavoro.

(84) Nel 1944 i compiti dell'Ispettorato e del Comitato dei ministri, che vengono soppressi, passano al Ministero del Tesoro che, privo però di un apparato proprio di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte alle nuove forme dell'attività pubblica, e con rilevanti conseguenze di teoria generale (85), le categorie portanti del diritto amministrativo dell'anteguerra: persona giuridica pubblica, autarchia, servizio pubblico, esercizio privato di pubbliche funzioni, concessione. Categorie ed istituti attraverso i quali l'« atterrito mondo dei giuristi » aveva cercato sino a quel momento di raffigurare, all'interno del diritto amministrativo, il rapido spostarsi dell'attività pubblica oltre i confini dell'impero; inadatti, tuttavia, a spiegare le ipotesi di attività rette dal diritto privato ed insieme soggette ad una penetrante disciplina pubblicistica.

Si è avviata la comprensione giuridica delle trasformazioni profonde che hanno segnato l'intero modello continentale tra le due guerre e che sono rimaste impresse nell'ordinamento italiano anche dopo la dissoluzione delle metafore corporative. Non è cambiato il materiale normativo; non è neppure cambiato il clima interventista dell'anteguerra, malgrado il venir meno dell'enfasi autarchica intorno alla « produzione nazionale » ed il nuovo primato della libertà politica e dei diritti sociali. La mediazione che si ricerca è ancora tra « comando » e « mercato »; lo Stato continua ad assumere, come nella vecchia economia corporativa, il compito di « integrazione del principio del massimo edonistico individuale con quello del massimo edonistico collettivo » (86). Gli obiettivi, invece, sono mutati e « l'organizzazione giuridica dell'economia » non può essere più in funzione dello « sviluppo della potenza nazionale », ma dei nuovi valori della persona. L'interesse della produzione è stato sostituito dai « fini sociali ». Il macroantropos statuale dovrebbe dissolversi in una nuova socialità.

---

regolazione creditizia, le esercitò in sostanziale compartecipazione con la Banca d'Italia. Con D. Lv. C.P.S. 17 luglio 1947, n. 691 viene ristabilito il Comitato dei ministri che prende il nome di Comitato interministeriale per il credito e il risparmio e viene ora presieduto dal Ministro del Tesoro. Le funzioni dell'Ispettorato passarono definitivamente alla Banca d'Italia.

(85) Il saggio di Giannini ha lasciato un segno profondo negli studi specialistici. Se ne veda ancora la centralità in P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977.

(86) Riassumono così gli obiettivi della economia corporativa, F. CARLI-W. CESARINI SFORZA, *Principii economico-giuridici del corporativismo*, in *Archivio di studi corporativi*, VIII (1937), pp. 309 e ss. Le citazioni nel testo sono alle pp. 311 e 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è cambiata, però, la motivazione macroeconomica: se un assetto pubblicistico di attività economiche private e dunque un regime speciale, si diffondono in tutti gli Stati è perché quell'assetto associa « i vantaggi dell'impresa privata a quelli della direzione pubblica » (87).

I due saggi di Giannini si pongono esattamente sul crinale degli anni Quaranta, rispettivamente all'inizio ed alla fine: alla vigilia del compimento del processo di codificazione, il primo; all'indomani della Costituzione e della prima ricostituzione di un governo dell'economia nelle forme di un governo per "comitati", il secondo. L'ordinamento bancario, ha retto al « duro collaudo », alla « prova del 'dopoguerra' »; è riuscito ad incanalare « le crisi bancarie di sfiducia »; ha superato sostanzialmente indenne l'esame della Costituente. Il governo del credito si avvia, nei primi anni della Repubblica, su di un preciso sentiero di continuità con i modelli normativi ed istituzionali dell'anteguerra (88).

Quei due saggi condensano però anche tutto il peso e l'entità delle trasformazioni. I rapporti tra Stato ed economia non si situano più soltanto sul piano delle metafore della statualità e neppure soltanto sulla linea, altrettanto eterea, dell'indirizzo politico: è il sistema amministrativo, questa volta, ad aprirsi definitivamente agli « interessi di natura economica ».

Giannini traghetta, nel diritto amministrativo economico, nel diritto pubblico dell'economia, il materiale normativo degli anni Trenta, che proprio perché materiale di confine tra il diritto corporativo ed il commerciale, tra amministrazione e corporazione, non era sempre riuscito a trovare un'adeguata raffigurazione sistematica. Le trasformazioni, per la prima volta, vengono lette dall'interno dell'ordinamento amministrativo, registrando l'assestamento del

(87) GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., p. 113.

(88) Ne è perfettamente consapevole lo stesso Meuccio Ruini: « io che sono sempre stato antifascista, ho detto però, e la frase ha avuto una certa fortuna, che non si possono buttare giù i ponti sul Tevere che ha fabbricato il fascismo. In tema di credito il fascismo ha fabbricato un buon ponte … » (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. II, p. 1764, seduta del 19 maggio 1947). Colloca quest'affermazione nel più generale contesto dei rapporti tra normativa costituzionale e legge bancaria, F. MERUSI, *Art. 47*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *Rapporti economici*, tm. III, *Art. 45-47*, Bologna, 1980, pp. 158-162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modello complessivo di autorità pubblica e le nuove declinazioni del pubblico potere.

S'impone un inedito pluralismo ed insieme prende forma una nuova declinazione dei rapporti tra pubblico e privato. Il pubblico si allontana dalla generalità della legge e dai modi tradizionali della sua esecuzione; l'unità amministrativa si è frammentata; si articola per attività, per ordinamenti sezionali, con tutte le relative conseguenze organizzative; si affida per la sua realizzazione a direttive ed atti di indirizzo. E si allontana pure dalla partizione tra soggetti pubblici e privati: all'interno dell'ordinamento di settore la distinzione tra soggetti di natura pubblica e privata è divenuta priva di rilievo, non incide affatto sulla configurazione dell'attività.

Si è frantumata in modo definitivo l'impostazione soggettivistica precedente, la cui ultima propaggine, nel campo del diritto amministrativo, era stata proprio la lunga, sofferta, riflessione sulla nozione di ente pubblico.

Le figure organizzatorie non sono più soggettive, qui il confine tra pubblico e privato si è fatto incerto e salvo i due fuochi dell'ellisse, anche di scarso significato sugli statuti riassuntivi degli enti. Quelle figure vanno ricostruite volta per volta, seguendo l'atteggiarsi concreto delle attività: sono divenute figure ordinamentali, non si modellano più sui soggetti, ma sulle attività. Il ribaltamento dell'ottica soggettivistica precedente è completo: « ai fini dell'ordinamento sezionale ha rilievo giuridico non la natura del soggetto, ma l'attività ».

Nasce qui la nozione celebre e fortunata di « ordinamento giuridico di settore, sezionale », di « gruppo sezionale », al cui vertice un potere pubblico emana disposizioni cui i soggetti che lo compongono devono uniformarsi, sotto pena di sanzioni e nel quale « l'intervento delle componenti pubblica e privata si realizza con una propria funzionalità distinta » (89).

Il carattere pubblico o privato dei soggetti che compongono l'ordinamento di settore è irrilevante: la "pubblicità" si è spostata altrove, prescinde dalla natura giuridica dei soggetti partecipanti; si concentra su quegli « atti normativi interni », che non sono, tuttavia,

(89) GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., pp. 111-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi dello Stato, ma programmi, direttive, atti d'indirizzo, e che disciplinano le attività dall'interno del segmento ordinamentale.

Con questo, la curvatura pubblicistica è pronunciata e l'attività fortemente conformativa. L'ordinamento di settore è un involucro giuridico per compiti di « vera e propria direzione pubblica », ben al di là delle tradizionali forme di tutela e controllo. Né, tanto meno, l'autorità si presenta con un volto arbitrale e imparziale: « le misure sono veramente penetranti ». Le attività economiche che compongono l'ordinamento di settore vengono inserite in un ordine di tipo chiuso, con rigidi controlli sull'entrata e con una precisa conformazione pubblicistica: « in quanto svolta da soggetti formanti un ordinamento sezionale, diretto da pubbliche autorità, l'attività creditizia costituisce un servizio di pubblico interesse », con l'avvertenza che « la qualifica di interesse pubblico attiene non ai soggetti, ma alle attività, come tali » (90).

Sarà un punto di arrivo decisivo per la riflessione successiva, che per la prima volta cercava di aggredire giuridicamente l'attività di coordinazione e programmazione: « il programma è strumento tipico di disciplina di un'attività » (91).

Gli « interessi economici », a questo punto, sono entrati a far parte integrante della dimensione amministrativa: il diritto dell'economia sta assumendo i tratti inconfondibili di un diritto pubblico dell'economia.

Il ciclo interventista sta per essere ripercorso non solo in una nuova stagione dello Stato imprenditore ma anche nell'avvio di una nuova fase di governo dell'economia: nel 1954 viene pubblicato lo *Schema Vanoni* (92), nel quale agli obiettivi di produzione nazionale di venti anni prima si sostituivano quelli di piena occupazione, di riequilibrio tra Nord e Sud, di pareggio della bilancia dei pagamenti. La « programmazione economica » è alle porte (93).

---

(90) *Ibid.*

(91) U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 247: in un'opera, che è anche una delle prime, significative, messe a punto della nuova costituzione economica.

(92) È il celebre *Schema o programma di sviluppo dell'occupazione e del reddito* elaborato da Ezio Vanoni e Pasquale Saraceno. Per una collocazione più generale dello *Schema*, ancora utile P. Barucci, *L'idea di pianificazione nella letteratura economica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXII (1972), pp. 1325 e ss.

(93) Va segnalata almeno la voce di dissenso di Luigi Einaudi, fermo nel sostenere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fu allora che « ripercorremmo il ciclo degli anni '30 » (94), ormai però al di fuori delle tensioni della cultura giuridica di quegli anni, contesa tra regime corporativo e regime amministrativo. Si era dischiuso un nuovo spazio disciplinare di contestata autonomia scientifica (95), ma di indiscusso valore problematico: un diritto dell'economia che allora appariva quasi soltanto nelle vesti di diritto pubblico dell'economia, di amministrazione pubblica dell'economia. Quel diritto amministrativo economico che, in Italia, tra le due guerre, non era riuscito utilmente a collocarsi tra un diritto corporativo che monopolizzava tutte le ispirazioni verso un governo dell'economia ed un diritto amministrativo che conservava munitissima al suo interno l'amministrazione come custode della sovranità, e che ora sfruttava appieno la scomparsa del primo e l'avvenuta destrutturazione del secondo.

Nel 1953, la nuova edizione del *Wirtschaftsverwaltungsrecht* di Huber suscita anche in Italia grande interesse ed attenzione. Nel 1955, inizia le pubblicazioni, per iniziativa di Mario Longo, la rivista *Diritto dell'economia* (96): proprio su queste colonne, un isolatissimo saggio di De Valles (97), che mette in dubbio, con qualche leggerezza esegetica, la costituzionalità delle partecipazioni statali, viene sommerso da un vero e proprio coro di repliche critiche.

Oggi che il « pendolo » (98) tende a sottolineare i fallimenti del governo dell'economia sui fallimenti del mercato, si può avere

---

che « non occorrono piani di massima, né progetti esecutivi »: L. EINAUDI, *Di Ezio Vanoni e del suo piano*, in ID., *Prediche inutili*, Torino, 1959. Citiamo dall'edizione Torino, 1974, p. 127. Mentre, per l'utilizzo della celebre immagine della « cornice » (« il liberale pone la cornice, traccia i limiti dell'operare economico; il socialista indica od ordina le maniere dell'operare ») cfr. ID., *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, *ibid.*, p. 218.

(94) G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di Paolo Grossi, Milano, 1997, p. 160.

(95) Si vedano le perplessità di E. CASETTA, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Diritto dell'economia*, I (1955), pp. 339-348.

(96) Proseguirà le pubblicazioni sino al 1972. Una nuova serie, su altre basi, si è avviata nel 1988.

(97) A. DE VALLES, *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Diritto dell'economia*, IV (1958), pp. 795-800.

(98) G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, p. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'impressione che lo sguardo dei giuristi di allora sia stato soltanto retrospettivo; ed è sin troppo facile parlare di miopia verso un futuro che sembra irreversibilmente segnato dalla apertura dei mercati e dalla loro forza dissolvente dei confini della sovranità.

Furono, invece, in gran parte temi nuovi quelli che, con gli anni Cinquanta, iniziarono a prendere posto tra le pagine dei giuristi: l'impresa pubblica in forma privata; gli enti di gestione; gli enti strumentali; l'attività di coordinamento e indirizzo; le leggi di programma e quelle di incentivo; le direttive, vera croce e delizia di un governo dell'economia alla affannosa ricerca di modi di esercizio coerenti con il nuovo quadro costituzionale che imponeva un coordinamento a fini sociali dell'attività economica pubblica e privata. I giuristi dovettero, quindi, in primo luogo, rimuovere le inservibili maschere corporative ed insieme i pesanti feticci della pubblicizzazione amministrativa ottocentesca — « lo Stato non è un'impresa » — e dovettero farlo privi di un indirizzo certo del Costituente, mentre sul piano istituzionale, i modelli che circolavano e si riproponevano a livello legislativo erano i modelli elaborati negli anni dei Beneduce, dei Giordani, dei Menichella.

Il diritto pubblico dell'economia sarebbe dovuto servire proprio ad ospitare una « trattazione autonoma » dei pochi istituti nuovi e dei tanti ereditati dal ciclo tra le due guerre: i programmi; le partecipazioni pubbliche; l'azionariato di Stato; gli enti pubblici economici; il Ministero delle partecipazioni statali; le prime autorità sovranazionali europee (99).

Dieci anni più tardi, in un'atmosfera di « stanchezza per l'uso dello strumento autoritativo » (100), ma già anche di diffuso disagio per lo Stato imprenditore e di fronte al rapido sfiorire delle speranze programmatorie, quella partizione disciplinare di perplessa autonomia scientifica, ma già di sicuro impianto didattico (101), avrebbe

(99) AMORTH, *L'insegnamento del diritto dell'economia*, in *Diritto dell'economia*, III (1957), pp. 1570-71.

(100) GIANNINI, *Intervento*, in *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, Atti della tavola rotonda, Camerino, 15-16 ottobre 1966, in *Diritto dell'economia*, XIII (1967), p. 319.

(101) Emblematiche a questo proposito le lezioni gianniniane in materia, destinate ad un notevole successo editoriale e che iniziano — com'è noto — proprio con il negare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dovuto prendere in carico il compito assai più difficile di costituire la fucina nella quale forgiare nuove garanzie ed una nuova legalità per l'attività imprenditoriale dello Stato (102): un tessuto normativo che potesse arginare la prepotente invadenza dei partiti. Lo aveva segnalato, sin dal 1958, un amaro, e profetico, intervento di Luigi Sturzo nel dibattito suscitato dal provocatorio intervento di De Valles: « si sono erose le leggi di bilancio usando gestioni fuori bilancio; si sono spesi miliardi senza autorizzazione di legge, attribuendo facoltà larghissime ad enti finanziari (holdings) i quali poi generano a centinaia società per azioni, più o meno fittizie, per potere impunemente sottrarre ad ogni controllo pubblico milioni e miliardi. La fungaia di un migliaio di enti e pseudo-enti serve a mascherare l'interventismo nel campo privato, senza attribuire diretta responsabilità al governo e relativi ministri » (103).

I nuovi fasti dello Stato regolatore (104) sono stati più rapidi dei risultati di quella forgia, presto addirittura spenta da una nuova costituzione economica, impostasi per vie assai diverse da quelle del potere costituente, eppure di straordinaria effettività, e lungo le quali molti pezzi assemblati lungo il valico degli anni Quaranta sono stati progressivamente abbandonati.

Si sarebbe arrestata così anche l'ascesa del diritto *pubblico* dell'economia, alle prese con le nuove declinazioni di un potere regolativo dei fatti economici, sempre meno statale e sempre più sovranazionale, sempre meno conformativo e sempre più arbitrale, e costretto perciò ad imbarcarsi verso le nuove spiagge della « econo-

---

al diritto pubblico dell'economia il rango proprio di « una disciplina autentica »: *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977; ult. ed., Bologna, 1995, p. 15.

(102) V. BACHELET, *Struttura e garanzie dell'attività imprenditoriale dello Stato*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, pp. 29 e ss. Nel senso che « lo Stato contemporaneo » fosse chiamato a « risolvere nel nuovo settore della organizzazione economica, problemi già risolti, nel secolo scorso, relativamente ai settori di intervento tradizionale », si erano già mosse le indicazioni di G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. III.

(103) L. STURZO, *L'intervento statale in economia: problema politico, non giuridico*, in *Diritto dell'economia*, IV (1958), p. 1137.

(104) Nell'accezione di G. D. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, XXXVIII (1991), pp. 3 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mia del diritto » (105), parallelamente allo spostarsi dei blocchi normativi, dal pubblico al privato, in senso inverso alla direzione secondo la quale, per oltre un secolo, si era spostata la morena pubblicistica.

(105) Interpretano il generale *revirement* ideologico e legislativo: AMATO, *Diritto dell'economia*, cit., p. 161; ID., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 645 e ss.; F. GALGANO, *Diritto dell'economia*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 4. Un'accattivante messa a punto dei nuovi rapporti tra Stato ed economia in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Roma-Bari, 1995; 2ª ed., Roma-Bari, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

OLIVIER BEAUD, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997, pp. 252;

GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, Laterza, 2000, pp. 327.

I tratti che accomunano i saggi di Beaud e Volpe sono due: provengono da docenti di diritto costituzionale e s'interrogano entrambi sul senso che per questa disciplina assume il secolo in via di chiusura.

Non è casuale che la scienza giuridica positiva si volga alla storia e che a farlo sia proprio quella del diritto pubblico. In presenza dei mutamenti epocali che essi subiscono inermi, travolti da un ritmo di innovazione tecnica sempre più incalzante, i giuristi avvertono l'esigenza di ricapitolare il senso del passato recente facendo appello a una storia che non fornisce ricette di pronto impiego ma che pur sempre offre il beneficio di una certa sedimentazione. Cresce la sensazione d'impotenza e disagio di fronte a paradigmi che sembrano irrimediabilmente invecchiati al cospetto di una rivoluzione scientifica dalle conseguenze imprevedibili; ci s'interroga su un'identità e un ruolo che la sovranità della tecnica e la mutazione culturale sembrano condannare a una melanconica subalternità. Su tutto l'argomentare giuridico aleggia il dubbio dell'inattualità.

Ecco quindi che i passaggi cruciali del Novecento vengono ripercorsi senza pregiudizi e pudori alla ricerca di un filo di Arianna al quale si chiede con insistenza di condurre all'agognata risposta: da dove veniamo e, soprattutto, dove andiamo. Il dominio della tecnica, i giuristi d'inizio secolo lo hanno visto all'aurora; noi ne percepiamo, forse, l'inizio dello zenith. Le reazioni di allora vantano quindi una densità pragmatica di tutto rispetto, collocandosi al principio di una corrente tutt'altro che esaurita da cui siamo trascinati verso approdi ignoti.

Il punto di attacco scelto da Beaud è quello celeberrimo della disputa sulla complicità di Schmitt nel crollo della costituzione di Weimar, il tragico inizio dell'epopea del diritto pubblico nell'età della tecnica. Impegnato nella lotta contro la colonizzazione delle istituzioni ad opera di « partiti totalitari », Schmitt spiana la strada al regime che, all'insegna del totalitarismo, avrebbe in un batter d'occhio seppellito ogni residuo primato dello Stato. Conseguenza involontaria di un maldestro tentativo di fare argine *in extremis* alla marea montante dei partiti anti-sistema? O sbocco inevitabile di una pervicace avversione verso ogni legalità costituzionale? Le due interpretazioni si fronteggiano, corroborate entrambe da fonti eloquenti e avallate ciascuna da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fautori di rango. La spregiudicatezza di Schmitt negli ultimi mesi di Weimar è testimoniata dal suo appello a tradire la « legge » costituzionale (*Verfassungsgesetz*) per salvare l'autentica costituzione (*Verfassung*), a sfruttare la costituzione « di riserva » offerta dai poteri presidenziali per frenare la disgregazione dell'ordinamento liberaldemocratico dilaniato dalla politica partigiana. Resta da vedere se in questo atteggiamento prevalga in quel frangente il disincantato e concreto realismo del giurista che affronta di petto la crisi o piuttosto il primo sintomo dell'involuzione verso gli sbocchi della radicale negazione di un'intera tradizione costituzionale. Bandire i partiti antisistema per difendere meglio la costituzione — quella « vera » — o per creare le premesse di un'omogeneità politica insofferente di qualsiasi articolazione legale? La risposta di Beaud è inclemente verso Schmitt di cui smaschera doppiezze e opportunismi che trovano nella ripugnanza verso il costituzionalismo democratico la loro profonda ragion d'essere, tanto meno dissimulabile quanto più radicata essa appare nel profondo di un pensiero dominato dal culto dell'unità.

Non è del resto un caso — e giungo così al libro di Volpe — che proprio questo frangente degli anni Venti-Trenta continui a dominare la nostra immaginazione, se appena si consideri quale intensa creatività intellettuale hanno sprigionato quegli anni. Guidando il lettore attraverso concetti-chiave dalla forte pregnanza semantica, Volpe schiude uno dopo l'altro gli scenari dei grandi dibattiti del nostro secolo: dalla crisi del positivismo (l'illogico) all'organicismo (la comunità), dal normativismo (il linguaggio) alle inquietudini postmoderne (la tecnica), passando con imparziale sguardo scientifico per il cesarismo totalitario, la democrazia e il mercato. In questo inventario così appassionante e tormentato non manca praticamente nulla di ciò che ha segnato, anche nella forma più sinistra, la spasmodica ricerca di una costituzione dal significato inevitabilmente polisemico: ordine, regola, corpo, macchina etc. Per chi si avventura sulle vie dello studio del diritto pubblico, sia esso studente o giovane ricercatore, il viatico — sebbene non sempre di facile accesso — appare certamente esaustivo (immune da reticenze e concessioni, nemmeno quella più ovvia a un ortodosso ottimismo illuminista di scuola). A rischio di apparire vulnerabile allo scetticismo di colui che acconsente al confronto con la complessità di un passato incombente e ambiguo, l'Autore accetta le responsabilità di una ricostruzione che bandisce la teleologia e l'agiografia, un merito questo che gli va pienamente riconosciuto. Esattamente qui, del resto, va cercato il messaggio più profondo e salutare di un libro che vuole invitare alla problematizzazione un pubblico non sempre propenso ad affrontarla, trattenuto nelle maglie di un'umana riluttanza di fronte a interrogativi angosciosi. Le certezze si conquistano con l'ansia del dubbio — questo ci dice —, non con professioni di fede di cui si ignora il tormento: crisi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della storia o no, forse il momento è maturo perché questo messaggio possa trovare ascolto.

STEFANO MANNONI

EMANUELE CAFAGNA, *La libertà nel mondo. Etica e scienza dello stato nei « Lineamenti di filosofia del diritto » di Hegel*, Bologna, Il Mulino, 1998.

Il volume di Emanuele Cafagna è una bella ed ampia monografia sulla filosofia del diritto hegeliana che indaga il rapporto tra l'*eticità* e quello stesso concetto "scientifico" dello *stato* che rappresenta uno dei temi fondamentali della riflessione filosofico-politica condotta in Germania nell'età di Goethe. Per chiarire il ruolo peculiare dell'*eticità* dell'epoca moderna, l'autore prende le mosse dalla capacità dello *stato* d'interpretare la « libertà nel mondo », una formula che assume la sua veste maggiormente significativa in Hegel. Il volume si apre con la trattazione del rapporto tra la *libertà* e il *diritto*, tema del primo capitolo, ma vero e proprio centro sistematico dell'intero testo. Nel complesso quest'ultimo s'articola in quattro parti, che ripercorrono idealmente la dottrina dell'*eticità* dapprima nei suoi rapporti col *diritto astratto* e con la *moralità*; successivamente, nella sua manifestazione concreta nella sfera della *società civile*; infine, analizzando la sfera *statale* tanto in merito alla *sovranità* all'interno, quanto in merito alla *sovranità* verso l'esterno. La partizione dell'autore ha lo scopo di proporre un tentativo d'interpretazione, più che una ricostruzione filologica del testo. D'altra parte, al lettore non sfugge la forte vocazione storica di questo libro, il quale, in modo particolare nella parte dedicata al tessuto interno alla *società civile*, passa in rassegna la funzione degli ordinamenti di polizia e degli statuti amministrativi in Prussia al calare del Settecento (pp. 167 ss.), analizza il ruolo delle corporazioni dell'epoca ricostruendo il panorama politico retrostante (pp. 210 ss.); in breve, offre un materiale molto interessante per lo studioso di storia del diritto. Per tutte queste ragioni, il lavoro di Cafagna rappresenta senza dubbio un'opera molto seria di lettura delle dottrine hegeliane sul diritto e sullo *stato*, facendo proprio al contempo lo sforzo d'inserirle all'interno di una comprensione filosofica generale. Quanto abbiamo scritto fornisce un colpo d'occhio complessivo sul volume; è opportuno a questo punto passare ad esaminarne nel dettaglio alcuni dei momenti maggiormente significativi.

1. Com'è noto a chi segue gli studi hegeliani, il rapporto tra la concezione della *libertà* e la concezione del *diritto* costituisce il grande punto di dissidio tra gli interpreti. Suscettibile di varie letture tra loro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in contrasto, questo rapporto rappresenta un vero e proprio elemento problematico all'interno della *Filosofia del diritto*, né, crediamo, un tale conflitto rimane estraneo alle difficoltà concrete che Hegel stesso si trovò ad affrontare in più occasioni nel corso della formulazione del proprio pensiero giuridico e politico. Ciò che colpisce favorevolmente il lettore è la scelta di premettere all'analisi delle sezioni della dottrina dell'*eticità* la trattazione di quello stesso concetto della *volontà libera* che Hegel sostiene essere il fondamento di ogni discorso filosofico sul *diritto* (1). Una tale *volontà* è intesa nel suo riferimento privilegiato alla libertà degli individui; probabilmente, da questa scelta dipende la rilevanza, a volte però eccessiva, concessa alla teoria del « riconoscimento » (*Anerkennung*) nel corso dell'intera ricostruzione dei presupposti speculativi hegeliani. Infatti, nell'orizzonte del problema del *riconoscimento* viene sviluppato il tema della « sostanza etica », che ricorre in molti luoghi della prima parte del libro (pp. 26-27; pp. 53 ss.; pp. 79 ss.). Senza dubbio, la comprensione effettiva dei paragrafi dell'introduzione alla *Filosofia del diritto* dedicati al tema della *volontà* rappresenta un cómpito arduo per qualsiasi interprete; per questa ragione, sarebbe fin troppo semplice rimproverare all'autore una scelta preliminare molto netta, che fornisce una chiave di lettura definita *a priori*, alla quale, peraltro, si affiancano i dovuti riferimenti alla letteratura fondamentale. La visione della *volontà libera* appare più nitida se si scorre il testo fino a raggiungere le pagine centrali della prima parte, dedicate alla trasposizione della struttura della *volontà* entro il terreno dell'oggettività. Trova sistemazione in questi capitoli l'interpretazione sia della *moralità*, come modalità dell'agire individuale, sia dell'*eticità*, come immanenza del sistema dei doveri civili. Per quanto riguarda la prima questione, a ragione Cafagna pone in rilievo il debito della « dialettica degli impulsi » della *Filosofia del diritto* (2) nei confronti della sezione dello « spirito pratico » dell'*Enciclopedia* (p. 27). L'autore ricorda come nella sostanza etica il contenuto della *volontà* abbandoni quello stesso « volere formale » ascrivibile all'arbitrio degli impulsi (che invece costituisce la forma "logica" della *Moralität* (3)), e trapassa nel « contenuto del volere », cioè nel sistema dei precetti etici e delle istituzioni politiche del sistema della *Sittlichkeit* (p. 29). Tuttavia, se pensiamo agli aggiustamenti nella stesura delle relative parti sistematiche intervenuti nel corso delle tre edizioni dell'*Enciclopedia*; alla confluenza all'interno dello « spirito libero » di gran parte dei temi salienti della *Einleitung* del 1820; infine, al significato che proprio nella terza edizione dell'*Enciclopedia* assume un tale riferimento; allora è possibile anche una lettura della teoria della volontà maggiormente articolata, già

(1) *Rph.*, § 4.
(2) *Rph.*, §§ 11 ss.
(3) *Rph.*, § 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a partire dai *Lineamenti*. D'altra parte, che ci sia una complessità nella definizione della *Sittlichkeit* è confermato dallo stesso Cafagna, che avverte di ciò il lettore nel bel paragrafo su *Eticità e libertà del soggetto*, col quale si chiude anche la prima parte. Riguardo a questi temi ci sarebbe davvero molto di più da scrivere di quanto ci è consentito in quest'occasione. Ricordiamo soltanto che, se la tesi di uno Hegel filosofo dell'inconciliabilità tra coscienza morale e comunità etica (p. 15; pp. 53 ss.) non lascia dubbi dal punto di vista delle conclusioni, sarebbe stato forse di conforto a quanti hanno cercato le ragioni di un'inconciliabilità siffatta all'interno della visione della soggettività spirituale, ricordare che il diritto della *libertà soggettiva*, o, se si vuole, l'"autonomia" della personalità astratta, per Hegel rappresenta tutt'altro che un punto felicemente risolto nella tessitura del proprio pensiero. A nostro avviso, una tale difficoltà si manifesta per via di quelle stesse ragioni che fanno della persona concreta il cardine dello sviluppo sistematico della libertà, cioè per aver scelto, come scrive Cafagna, la « coincidenza tra l'attività dell'individuo umano e l'attività della sostanza che è la libertà » (p. 50).

2. Col passaggio alla seconda parte il lettore incontra uno dei momenti di maggior pregio del volume. L'esordio è riservato alla definizione della sfera della *società civile* come momento della « perdita dell'etico » (p. 125); una buona scelta, che rimanda alla comprensione sistematica dello sviluppo del principio della *libertà*. Infatti, il tema della « perdita e della ricostituzione dell'intero » pone in primo piano una visione della *società civile* quale « scissione dell'eticità », e pertanto quale « riflessione nell'*ethos* ». Si tratta della *bürgerliche Gesellschaft* intesa ora come quello stesso « stato esterno, della necessità e dell'intelletto » (4), al quale hanno fatto riferimento gli interpreti del rinnovamento degli studi hegeliani nell'ultimo quarantennio. In questo senso, Cafagna prende le distanze da quello stesso paradigma interpretativo, inaugurato da Marx (e messo successivamente in discussione all'interno del marxismo teorico da Gramsci), che vede la *società civile* come luogo del dissidio tra politica ed economia. Tuttavia, se chi scrive ha ben inteso, nel volume si avverte una qualche reminiscenza di un tale paradigma nelle pagine dedicate alla cultura (*Bildung*), e, successivamente, nella trattazione tanto del diritto positivo quanto dell'economia politica. È vero che « la definizione della società civile come il luogo della formazione dell'individuo » (p. 131) è stata il grande contributo dell'Illuminismo, ma è altrettanto vero che l'originalità hegeliana non consiste tanto nella capacità di far propria l'eredità della *Aufklärung*, quanto nell'aver offerto un'interpretazione dei risultati di quello stesso movimento. Pertanto, il senso conferito da Hegel al termine *Bildung* è

(4) *Rph.*, § 185.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di certo molto più articolato di quanto appaia in questi luoghi dei *Lineamenti*, e tende a sconfinare nel significato "alto" di cultura filosofica. L'autore fa bene a mettere in evidenza che il ruolo della *Bildung* si connette allo sviluppo complessivo della soggettività fino al raggiungimento del concetto di *sostanza etica*, attraverso quel « lavoro sotteraneo » del quale racconta la *Fenomenologia*. In ogni caso, la problematicità del tema permane: ad offrirne una testimonianza evidente sono le pagine su Rousseau. Pur nel grande apprezzamento per la scoperta rousseauiana del legame tra la *volontà* e l'istituzione dello *stato*, Hegel mette in chiaro come la teoria del contratto sia affetta da un'aporeticità sostanziale. Nella veste di figura di raccordo tra Illuminismo e Romanticismo, Rousseau può essere considerato il rappresentante più significativo di quella stessa *Bildung*, alla quale Hegel muove una critica dura già nel 1806. Sia detto per inciso in questa sede, l'estrema complessità di questi temi e l'ambiguità della posizione hegeliana inducono a pensare alla necessità di una nuova lettura del rapporto del pensiero politico di Hegel con l'Illuminismo, soprattutto negli anni della maturità piena, dopo che la tradizione interpretativa si è soffermata piuttosto su quelli della giovinezza (5). Infatti, è molto probabile che in Hegel interagiscano due funzioni differenti della *Bildung*: la prima asistematica, rivolta a mettere in evidenza lo sviluppo progressivo e infinito dell'attività della conoscenza umana, della quale si parla in modo chiaro soprattutto nella sezione della *società civile* dei *Lineamenti*; la seconda sistematica, rivolta ad esprimere il momento dell'*apparenza* dello *spirito*, che si ritrova innanzi tutto nella *Fenomenologia* (ma non solo), nella quale non casualmente la *cultura* trapassa nella sfera della *moralità* e della *religione*: in questa seconda direzione Cafagna ricorda l'annotazione al § 187 della *Rechtsphilosophie* (pp. 135-136). Una visione sistematica siffatta ricorre anche nelle *Lezioni sulla filosofia della storia*, nelle quali l'affermazione della *cultura* all'interno di un popolo viene ricondotta alla comprensione filosofica dello sviluppo spirituale di questo. In tal modo, il diritto si svincola dal proprio carattere culturale, divenendo la manifestazione della *presenzialità* dello spirito: da questi motivi speculativi ha origine anche la posizione hegeliana in merito alla codificazione, e la sua visione delle leggi come « razionalità realizzata » (6).

L'analisi di Cafagna della struttura interna alla *società civile* prosegue attraverso l'illustrazione delle funzioni della *Polizei* e del loro nesso con la struttura delle *corporazioni*. Le pagine dedicate a questi argo-

(5) Per una lettura di questo tipo del rapporto tra Hegel e l'Illuminismo si veda il volume lontano, ma esemplare sotto più di un profilo, a cura di J. D'HONDT, *Hegel et le Siècle des Lumièrs*, Paris 1974.

(6) Sul rapporto di Hegel con la scuola storica del diritto è ancóra attuale la ricostruzione di G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella "Filosofia del diritto" hegeliana*, in *Hegel e lo stato* (a cura di L. Marino), fascicolo speciale di « Rivista di filosofia », 1977, n. 7/9, pp. 169-204.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti chiariscono come nell'interpretazione hegeliana si ritrovi la compresenza di una potente visione teorica e di un forte spirito pragmatico. D'altra parte, l'interesse di Hegel per le vicende politiche concrete è cosa nota, come è nota anche la sua sensibilità verso gli elementi « minuti » della vita politica e sociale: si pensi all'analisi delle strutture amministrative dello *stato*, come testimonia il capitolo sulle finanze nella *Costituzione della Germania*, o lo scritto sugli *Atti a stampa della dieta del Württemberg*. In quest'orizzonte, l'autore propone una sistemazione originale del rapporto tra *polizia* e *corporazione*, sostenendone il legame sistematico in riferimento alla tripartizione interna alla *società civile*, e giustificando il fatto che « alcune delle funzioni della Polizia devono intendersi espletate anche dalle corporazioni » (p. 205). Anche la parte dedicata al rapporto tra la struttura corporativa della *società civile* e la libertà d'industria è ricca di spunti storici interessanti, che preparano il passaggio dalla *società civile* stessa allo *stato*.

3. Nell'analisi della sezione dedicata allo *stato*, Cafagna affronta il problema della *sovranità*, tanto negli aspetti "interni", quanto negli aspetti "esterni". A questo argomento sono dedicate le parti restanti del volume, delle quali ricordiamo soltanto la trattazione della struttura della *costituzione* e la questione del *diritto internazionale*. Al problema della natura della *costituzione* politica si perviene attraverso un'ampia digressione storica in merito al rapporto della concezione hegeliana della *sovranità* tanto con la teoria politica di Rousseau, quanto con la dottrina giuridica di Montesquieu (pp. 227-259). Queste pagine accentuano il debito culturale di Hegel nei confronti del primo (conferendo molto rilievo alla celeberrima annotazione al § 258), mentre più equa appare la ricostruzione dell'influenza del secondo nel contesto dell'opera del 1821, pur nella critica in merito alla teoria della tripartizione dei poteri. Agli occhi di Hegel, Montesquieu è l'esponente maggiore di quella stessa *pragmatische Geschichtsschreibung* della quale si dà trattazione nelle lezioni introduttive della *Filosofia della storia*, una visione che per la prima volta inserisce il diritto in quella stessa prospettiva storica alla quale Rousseau era rimasto estraneo. Nella struttura della « sovranità all'interno » sono pregevoli le pagine sulla struttura delle corporazioni e della rappresentanza politica, attraverso le quali ritorna fortemente la vocazione storica dell'autore (pp. 267 ss.; pp. 317 ss.). Sulla questione della rappresentanza per "stati" (*Stände*), a ragione Cafagna identifica una differenza tra la funzione *statuale* e quella *civile* di questi elementi; all'interno della *costituzione* gli "stati" divengono quello stesso anello di congiunzione tra i singoli e il potere politico che impedisce l'identificazione del cittadino col proprio sovrano (pp. 333-335).

Sul problema del concetto speculativo della « totalità rea-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le » (7), l'autore nota con molta puntualità la specificità hegeliana rispetto alle altre posizioni, diffuse nella cultura politica e giuridica tedesca tra Settecento e Ottocento, in merito al concetto di « organismo » costituzionale. Cafagna ricorda i debiti di Hegel nei confronti del *Gott* di Herder e della *Rechtslehre* di Kant. Contro una riduzione troppo allineata alla tradizione dell'organicismo politico, della quale cadde vittima anche Carl Schmitt, Cafagna puntualizza come l'interpretazione speculativa dello *stato* vada ascritta innanzi tutto alla visione della *realtà etica* intesa quale progetto della « libertà nel mondo », vale a dire a quella stessa peculiare interpretazione della *libertà* che la vede essere lo « scopo finale » della storia (p. 384). Un altro nodo centrale per la ricostruzione della sfera interna della sovranità statale coinvolge la figura del *monarca*, la quale, sulla scorta della lettura schmittiana, attualmente costituisce uno dei motivi d'interesse maggiore della filosofia giuridica e politica nei confronti della *Rechtsphilosophie* hegeliana. Cafagna affronta il tema della genesi della figura della soggettività del *monarca* muovendo dalle lezioni jenesi, e giustamente ricorda il rilievo avuto nella formazione giovanile di Hegel tanto dagli storici antichi (Tucidide e Plutarco) quanto da Machiavelli, ma il suo sforzo è rivolto a mettere in luce l'armonizzazione della soggettività politica con la *costituzione* dello *stato*; potremmo dire, col suo "ordinamento giuridico". In questa direzione, l'autore muove riserve ben motivate all'interpretazione della *Filosofia del diritto* in chiave « decisionistica » (p. 391; p. 399). Molto buone sono anche le pagine dedicate al difficilissimo passo in cui Hegel giustifica il principio dinastico (8), spiegate sulla base del rapporto d'immanenza del *monarca* con l'« organismo » costituzionale (pp. 410 ss.).

Sebbene in modo molto più celere di quanto si vorrebbe fare, diamo nota della questione della « sovranità all'esterno », che Cafagna affronta nell'ultimo capitolo del suo lavoro, dedicato al tema del benessere e della dissoluzione dello *stato*. Come abbiamo anticipato, il problema delle relazioni tra *stati* impegna la concezione hegeliana del *diritto internazionale*, che l'autore difende contro la visione che fu propria di Kant del destino di quest'ultimo a trasformarsi in *diritto cosmopolitico*. In questo stesso luogo appaiono chiaramente anche le conclusioni del volume di Cafagna: la funzione dell'*eticità* statale, la « razionalità nel mondo », costituisce la "salvezza" degli individui dalla propria finitezza (p. 439). Il momento tragico della guerra, la funzione di questa per la compattezza dello *stato*, la critica all'irenismo kantiano, ed infine l'interpretazione della finitezza della *totalità reale* che si rivela nelle grandi catastrofi storiche, mettono in evidenza una lettura total-

(7) Sul significato del termine cfr. D. Henrich, *Logische Form und reale Totalität*, in *Hegels Philosophie des Rechts* (hrsg. v. D. Henrich u. R.-P. Horstmann), Frankfurt a.M. 1982, pp. 428-450.

(8) *Rph.*, § 281 e *Anm.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente "politica" della concezione dell'*eticità*. Certamente, in quanto espressione della « fine della razionalità nel mondo », la guerra mette in mostra la necessità etica dello *stato*, ma pone in questione anche un altro elemento, vale a dire quella stessa connessione tra lo *spirito del popolo* (*Volksgeist*) e lo *spirito del mondo* (*Weltgeist*), che rimanda ad una concezione della *libertà* molto più articolata di quel che potrebbe apparire in un primo momento. Proprio da quest'ultimo problema si dovrebbe tentare un'interpretazione dell'altrettanto difficile questione del passaggio dallo *spirito oggettivo* allo *spirito assoluto*, toccata in chiusura dall'autore, ma alla quale egli non concede spazio a sé. Forse per questa ragione, cioè per aver ricondotto la concezione della *libertà* interamente al concetto di *sostanza etica*, Cafagna non ha potuto dedicare un capitolo autonomo alla *storia del mondo* (*Weltgeschichte*), con la quale, pure, Hegel chiude la propria *Filosofia del diritto.*

NICO DE FEDERICIS

PAOLO COLOMBO, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Franco Angeli, Milano, 1999, pp. 509.

Che allignasse qualcosa di molto serio e radicato dietro le ricorrenti manifestazioni della tentazione presidenzialista in Italia lo si era sospettato da tempo. Pareva strano che l'insistente inclinazione del sistema a esaltare la figura del Capo dello Stato fosse solo il segno di un disagio estemporaneo. Troppi gli indizi e soprattutto di segno troppo concordante per accreditare questa ipotesi riduttiva e indurci quindi a rinunciare a interrogarsi sul patrimonio genetico dell'istituzione. Proprio questo ha fatto Paolo Colombo in una ricerca che coniuga con sapienza un'ampia documentazione raccolta sul campo con un fine ordito dottrinale. La lettura del libro riserva non poche sorprese. Prima fra tutte, la constatazione che la Corona, di cui il re è l'organo vivente, rimane per tutto l'arco temporale in esame una presenza molto ingombrante per il fragile assetto statutario.

Ostinatamente ribelle ai tentativi reiterati di sospingerla nei binari di una qualche regolarità costituzionale, la Corona dispensa favori e onoreficenze, spende denaro pubblico e gestisce un enorme patrimonio immobiliare senza rendere conti e consentire controlli. La lista civile — al quarto posto per consistenza dopo quella di Russia, Germania e Austria — si tiene al riparo da curiosità parlamentari in una sorta di zona franca presidiata dal ministro della Real Casa che trova compiacente indulgenza tanto tra deputati che tra autorevoli giuristi.

Ma questo dato, benché già abbastanza inquietante, appare poca cosa rispetto alla sostanziale rinuncia da parte della classe dirigente liberale di addomesticare giuridicamente la vecchia, sfuggente e minacciosa prerogativa regia. Al contrario, ogniqualvolta si tratti di decidere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla sua irregimentazione, parlamento e dottrina retrocedono intimiditi e ossequienti. Avviene così che gli atti di provenienza regia vengano a godere, in nome della sempre incombente « necessità », dell'immunità dal controllo giurisdizionale riservata agli « atti politici ». Senza per questo che la corona si senta in dovere di restituire il favore al governo: il discorso della corona, che dovrebbe offrire al gabinetto l'occasione di esternare l'indirizzo politico di maggioranza, intrattiene invece una'ambiguità disorientante: parla il re o il suo ministero? Ed accade ancora che il parlamento si trovi alla totale mercé dell'arbitrio del monarca per la convocazione e lo scioglimento, persino nei frangenti in cui l'interesse del paese sembri imporre senza indugio l'una o l'altra soluzione. Passando poi al potere militare c'imbattiamo nel vero punto dolente dell'esperienza statutaria, in quanto esso appare del tutto abbandonato nelle mani del re, che da buon tutore fa scudo alle forze armate della propria prerogativa contro la supervisione parlamentare, in grado a mala pena di lambirne il bilancio. Giungiamo infine all'ultimo approdo, la politica estera. Anche qui si respira l'aria del potere « federativo » del XVII secolo più che di un ordinato costituzionalismo. Alla diplomazia segreta, sottratta per definizione allo scrutinio pubblico, fa riscontro la facoltà di adottare la decisione suprema, la dichiarazione di guerra, indipendentemente dal consenso parlamentare. Potere « moderatore » quello del re? Forse sì: ma solo nelle agiografie dei giuristi e nelle pie intenzioni dei padri del liberalismo costituzionale.

Una tale latitudine di autorità lascia interdetti, come perplesso resta il lettore al cospetto delle titubanze e reticenza di una dottrina in buona parte infedele alla sua missione di fare chiarezza. Sarà forse che questa distorsione attiene ad una carenza intrinseca del costituzionalismo, alla sua difficoltà di assegnare all'imprevisto e alla necessità un dispositivo istituzionale soddisfacente, capace di coniugare legittimità e legalità. Resta l'impressione comunque che sul terreno della prerogativa, il medioevale *imperium regale*, la discontinuità sia stata molto meno significativa di quanto si fosse indotti a credere dalle autorappresentazioni coeve, e ciò con buona pace di Benjamin Constant e del discorso liberale classico sul potere.

STEFANO MANNONI

GUSTAVO GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999.

Il libro di Gustavo Gozzi si svolge intrecciando due diversi tipi di analisi (la teoria, la storiografia) intorno a due oggetti distinti ma connessi, il problema della democrazia, il caso 'Germania'. Una caratteristica saliente del libro è appunto la capacità di mantenersi in equilibrio fra teoria e storiografia facendo in modo che nessuno dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momenti sopraffaccia l'altro ed evitando altresì una loro mera giustapposizione incapace di trovare un effettivo punto di raccordo: al contrario, la dimensione teorica si innesta in tutta naturalezza sulla dimensione storica (e viceversa), l'una illumina l'altra ed entrambe collaborano nell'ottenere quella profondità di campo necessaria per far risaltare i profili essenziali dei problemi affrontati.

Le parole-chiave del libro sono esattamente esplicitate nel titolo. Studiare la democrazia contemporanea, per Gozzi, significa mettere a fuoco il problema dei diritti: la democrazia, certo, non coincide con il 'discorso dei diritti', che ha una storia per molti aspetti antecedente e indipendente; ciò che però contraddistingue la democrazia contemporanea è precisamente la crescente rilevanza che in essa assume il momento dei diritti. Concentrando l'attenzione sui diritti Gozzi individua un osservatorio privilegiato per studiare la democrazia: studiare i diritti significa cogliere, insieme, il punto di crisi e la condizione di legittimità della democrazia, quindi scegliere l'angolo visuale migliore per illustrarne la genesi, lo sviluppo, le tensioni.

Democrazia e diritti, quindi: il problema dei diritti come 'via d'accesso' ad una rappresentazione delle promesse, delle difficoltà, delle aporie della democrazia, come ideale strumento di rilevazione e di valutazione delle caratteristiche dello 'Stato democratico'. E che non si tratti di un punto di osservazione qualsiasi appare evidente se solo si pensa che proprio sul problema del fondamento e della tutela dei diritti si concentrano le principali antinomie dello Stato moderno: uno Stato che, per un verso, si presenta come il custode dei diritti e il tramite della loro realizzazione, ma, per un altro verso, tende volta a volta ad affermare una sovranità per definizione sottratta a limiti 'esterni' e irriducibili.

Ecco allora le altre parole-chiave del titolo: studiare il punto d'innesto dei diritti nella democrazia significa in concreto studiare se e come, attraverso quali teorie e istituzioni, si è venuto risolvendo e componendo quel campo di tensioni che ha, ad un estremo, il sovrano, e, all'altro estremo, il soggetto (presunto) titolare di diritti indisponibili. 'Dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale' — così recita il sottotitolo del nostro libro — raccoglie appunto in una formula la complessa evoluzione che dallo 'Stato di diritto' della giuspubblicistica ottocentesca conduce ad una democrazia contemporanea inseparabile dal ruolo che in essa svolge la norma costituzionale.

In questa prospettiva, la Germania si presenta come un 'case study' in qualche modo ideale: non un pretesto per un'esercitazione costituzionalistica o teorico-giuridica, dal momento che Gozzi rende giustizia ai contesti analizzati con la passione e l'attenzione dello storico autentico e non li assume come il prologo o l'amplificazione retorica di un problema contemporaneo, ma li studia come una complessa realtà che deve essere indagata nella sua storica determinatezza; ma nemmeno un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento della storia europea che esaurisce in se stesso il suo significato, bensì una vicenda che, proprio in quanto còlta nella specificità delle sue radici e del suo svolgimento, si rivela preziosa per impostare su basi 'sperimentalmente' fondate i problemi teorici generali della democrazia.

La cultura politico-giuridica tedesca si sviluppa, come è noto, secondo formule e stili peculiari e originali, lontanissimi da (e spesso esplicitamente contrapposti a) modelli riconducibili all'illuminismo francese e alla rivoluzione. Gozzi non manca di tratteggiare *in limine* il contesto giusnaturalistico che costituisce il momento di incubazione e di prima formulazione di un discorso dei diritti destinato a svilupparsi, per un verso, recidendo per lo più, nel corso dell'Ottocento, le sue originarie radici, ma anche accogliendo e traducendo in un diverso idioma teorico istanze che proprio il giusnaturalismo settecentesco aveva per la prima volta formulato. Il contesto giusnaturalistico è comunque, nell'economia del nostro libro, l'antefatto necessario per poter comprendere e ricostruire analiticamente la prima grande 'stazione' dell'itinerario storico-teorico proposto: l'Ottocento tedesco, còlto in due momenti fondamentali del suo sviluppo storico-costituzionale e teorico-giuridico; da un lato, il processo costituente che sfocia nell'assemblea francofortese del '48, quindi la 'via tedesca' alla formulazione (e alla costituzionalizzazione) del 'discorso dei diritti'; dall'altro lato le prime formulazioni di un concetto, lo 'Stato di diritto', destinato a svolgere una funzione-chiave non solo nella dialettica 'tedesca' del rapporto fra Stato e individuo, ma anche, più in generale, nella teoria giuridica europea fra Otto e Novecento.

Gozzi ricostruisce con sobrietà e con precisione l'intera vicenda che dalle prime formulazioni del concetto conduce fino a Kelsen e alla sua idea di giustizia costituzionale: il problema sempre riproposto e non facilmente risolubile, il qualche modo il filo conduttore di questa prima tappa dell'itinerario storico-teorico ricostruito dal nostro libro, è appunto il problema del rapporto fra Stato e diritti. La difficoltà di trovare un adeguato fondamento per questi ultimi affonda le sue radici, prima, nel distacco, ormai consumato, dalle radici giusnaturalistiche, poi nel crescente affermarsi del paradigma 'statocentrico'. È all'interno di queste coordinate che la giuspubblicistica tenta faticosamente di trovare uno spazio per l'individuo, di attribuirgli una serie di diritti che siano, quanto al loro fondamento, compatibili con il ruolo centrale e determinante dello Stato: la formula jheringhiana e jellinekiana dell'autolimitazione dello Stato tenta appunto di realizzare la quadratura del circolo, delineando una situazione giuridica soggettiva, per un verso, ricca di articolazioni interne, ma, per un altro verso, sprovvista di una fondazione che non rinvii direttamente o indirettamente alla 'assoluta' sovranità statuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Appare quindi teoricamente comprensibile che la principale traduzione o realizzazione dell'idea di uno Stato 'limitato dal diritto' si sia appuntata sull'amministrazione, lasciando di regola impregiudicato il problema della potestà legislativa, emblema tradizionalmente 'forte' dell'onnipotenza sovrana. Gozzi ricostruisce con attenzione la storia di una formula tanto polivalente quanto fortunata — lo 'Stato di diritto' — facendo emergere, dal vivo dell'analisi del 'caso' Germania, le tensioni e le difficoltà che costellano l'affermazione (nella teoria, prima ancora che nelle istituzioni e nella prassi) di uno Stato effettivamente limitato dal diritto: una parabola che trova il suo momento alto e innovativo nella riflessione kelseniana sulla gerarchia delle norme, sul ruolo della costituzione, sull'esigenza di un controllo di costituzionalità e sull'urgenza di una 'giustizia costituzionale', sfocia nel dibattito sul 'custode della costituzione' e si spenge nella crisi della repubblica weimariana e nell'avvento del regime nazionalsocialista.

Fra i primi scritti kelseniani e il '32 ha luogo però una vicenda che costituisce la seconda tappa ideale dell'itinerario ricostruito dal nostro libro: la costituzione di Weimar e l'intenso dibattito cui essa dà luogo nel decennio successivo alla sua emanazione. In un libro dedicato all'analisi della democrazia dal punto di vista dei diritti la costituzione weimariana costituisce un momento di rilevante importanza. Commentarla, ricostruirne il dibattito, coglierne le molteplici valenze e le ambiguità non risolte non costituisce certo un compito facile, se non altro per la rilevante storiografia che ha ormai assunto non solo o non tanto la costituzione ma in genere la repubblica e la cultura weimariane come proprio oggetto. Gozzi si muove con padronanza e scioltezza nell'analisi della costituzione e nella ricostruzione del dibattito e ci offre un quadro ricco e attendibile tanto delle forti innovazioni introdotte dal testo costituzionale quanto dei problemi non risolti e della difficile eredità della costituzione weimariana; una costituzione sospesa, come osserva Gozzi, fra l'acuta percezione dell'esigenza di porre un freno all''assoluto' potere del parlamento e il ricorso a strumenti — la componente plebiscitaria e il ruolo del presidente — che finirono per agire come un boomerang nei confronti della preservazione della formula weimariana; una costituzione incapace di saldare la trama dei diritti da essa delineata con un effettivo e operante compromesso politico-sociale fra forze diverse e ottenere per questa via la legittimazione sostanziale del nuovo ordine repubblicano.

È comprensibile quindi che la Germania del secondo dopoguerra trovi nella costituzione weimariana tanto un punto di riferimento importante quanto un'eredità difficile, in una situazione complicata dalla presenza delle forze di occupazione e dai pesanti condizionamenti da esse esercitati sul processo costituente. Fare i conti con Weimar, da parte dei redattori della 'legge fondamentale', significa venire a capo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

due questioni cruciali: l'approntamento di adeguati mezzi di difesa della costituzione, la determinazione del ruolo e della portata dei diritti fondamentali.

La difesa della democrazia si traduce, per un verso, in dispositivi di esclusione nei confronti di partiti il cui programma mira all'abbattimento dell'ordinamento liberal-democratico, e, per un altro verso, nello sviluppo di un apparato di 'giustizia costituzionale' che svolga (kelsenianamente) il compito di custode della costituzione. Per quanto riguarda i *Grundrechte*, si sviluppa in Germania (come d'altronde anche nell'Italia coeva) un approccio neo-giusnaturalistico che tenta di individuare un fondamento dei diritti sottratto ai contraccolpi della politica e delle maggioranze parlamentari; quale che sia la cornice filosofico-giuridica privilegiata, si afferma comunque la tendenza, nel dibattito costituente e poi ancora nelle successive interpretazioni della costituzione, ad attribuire ai diritti fondamentali un ruolo di primaria importanza nella strutturazione del nuovo ordine democratico.

Gozzi mette bene in evidenza il diverso ruolo che, rispetto alla costituzione weimariana, esercitano i diritti nella legge fondamentale del '49 e nella successiva interpretazione costituzionale: assunti come struttura portante del nuovo ordine, i diritti vengono intesi come norme oggettive riposanti su un sistema di valori che si impone ai poteri statuali e costituisce la condizione di legittimità del nuovo ordinamento. La parabola iniziata nel secolo precedente con le prime tematizzazioni dello 'Stato di diritto' sembra trovare nella formula della 'democrazia costituzionale' il suo naturale compimento, grazie ad una teoria dei diritti ormai capace di sottrarsi allo 'statocentrismo' della giuspubblicistica ottocentesca e grazie ad un'idea di giustizia costituzionale che sottolinea il carattere (per così dire) esecutivo dello stesso legislatore.

La democrazia costituzionale delineata dal dettato della legge fondamentale tedesca non è però il punto conclusivo dell'analisi di Gozzi, bensì la cornice entro la quale collocare i problemi del presente: il costante intreccio di 'teoria' e 'storiografia', che costituisce uno dei punti di forza del nostro libro, impedisce una ricostruzione puramente 'retrospettiva', che si limiti ad illustrare i problemi, vitali ma ormai in qualche modo risolti e decantati, del passato (anche di un passato relativamente recente), ma impone la discussione delle questioni ancora aperte e largamente impregiudicate del presente.

Anche per l'odierna democrazia il criterio di giudizio e il punto di osservazione privilegiato continuano ad essere offerti dal discorso dei diritti, che si conferma come il filo conduttore dell'intero percorso. Parlare di diritti è però ormai parlare di cittadinanza; ed è infatti a questa categoria che opportunamente ricorre Gustavo Gozzi per mettere a fuoco l'intreccio, nella recentissima Germania, dei diritti e dell'appartenenza, anzi delle appartenenze. È ormai in gioco l'identità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un soggetto che non si realizza semplicemente in un rapporto 'verticale' ed unico con lo Stato nazionale, ma vive in una molteplicità di relazioni non sempre omogenee e compatibili fra loro, un soggetto spesso e volentieri diviso fra schemi di riferimento diversi, attratto da vincoli di fedeltà reciprocamente esclusivi. Il problema della democrazia è ancora un problema di diritti, ma il discorso dei diritti a sua volta si complica e si rifrange in un gioco di appartenenze molteplici, si regge su una difficile disponibilità al reciproco riconoscimento — come scrive Gozzi con una significativa reminiscenza fichtiana e hegeliana —, esige una nuova immagine di 'patriottismo', il 'patriottismo dei diritti', il patriottismo della costituzione, l'impegno comune nella soluzione dei problemi comuni. Nelle attuali frontiere della democrazia si ripropone per Gozzi quella difficile composizione fra l'universalismo dei diritti e il particolarismo dell'appartenenza che già agli esordi della moderna democrazia si annunciava come un suo caratteristico campo di tensioni.

Della democrazia Gozzi non ci fornisce una ricostruzione 'archeologica': ce ne offre uno spaccato preciso adottando un punto di osservazione quanto mai 'strategico' — i diritti — e situandosi all'interno di un preciso contesto storico — la Germania otto-novecentesca; ma dall'analisi 'sul campo' di una concreta forma di democrazia egli trae anche le informazioni necessarie e sufficienti per enunciare i dilemmi presenti e i problemi non risolti della 'nostra' democrazia: non solo della democrazia 'tedesca', ma della democrazia come quella 'forma' o 'tipo ideale' di convivenza che costituisce l'oggetto centrale (o, se si preferisce, il rompicapo) dell'odierna riflessione teorico-politica. Ancora una volta, grazie alla felice combinazione di analisi storica e riflessione teorica, Gozzi mette a nostra disposizione un prezioso strumento di comprensione del nostro passato e del nostro presente.

PIETRO COSTA

PHILIPPE PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII siècle*, Paris, PUF, 1999, pp. 502.

Il nome di Philippe Payen non è nuovo ai lettori dei *Quaderni Fiorentini* che pubblicarono, nel 1997, un pregevole saggio dello stesso sulla teoria generale degli *arrêts de règlements* nell'ambito di una sezione dedicata al confronto tra centralismo borbonico francese e spagnolo nel Settecento

Per chi non abbia familiarità con le istituzioni dell'*Ancien régime* francesi una ricerca in ben due volumi (il primo è apparso nel 1997) dedicato a questo tema può sembrare un inutile esercizio di erudizione, tanto meno giustificabile quanto più lunga e sofferta è stata la sua gestazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'impressione non potrebbe essere più fallace. In realtà la paziente, elegante ed accuratissima ricostruzione condotta dall'Autore nelle pieghe di un fondo di archivio (il *Joly de Fleury* della *Bibliothèque nationale*) così ricco come disordinato ha meritato all'opera un sicuro titolo di rara serietà scientifica e, soprattutto, di rilievo storiografico. Ci troviamo infatti al cuore di quella disputa tutta tocquevilliana sulla modernità dell'amministrazione — dello « Stato » come direbbero molti francesi — prerivoluzionaria. *Etat de finance* contro *Etat de justice*: il primo, portavoce della razionalità weberiana, e quindi trionfante, il secondo, residuo di una società cetuale condannata alla sparizione, e pertanto confinato a una battaglia di retroguardia.

Ebbene, il libro di Payen riesce nientemeno che a ribaltare la prospettiva facendoci toccare con mano quanto vitale, ampia ed attiva fosse la funzione amministrativa svolta dalla corti sovrane ancora alla vigilia della Rivoluzione. In una lingua che ricorda quella dei classici, l'Autore ci mostra i settori di intervento del procuratore al Parlamento di Parigi e la morfologia degli atti di cui raccomandava l'adozione. Ci sfilano di fronte i grandi protagonisti della vita cetual-corporativa: le comunità di ufficiali, che chiedono la soluzione di annose controversie sul titolo e lo *status*; le corporazioni, i vescovi, le comunità di abitanti, gli individui singoli. Attraverso gli *arrêts généraux* il parlamento fa opera di legislatore, integrando l'opera del sovrano. Ma non meno importanza rivestono le decisioni suggerite dalla soluzione di vicende individuali. Tecnica sofisticata quella degli *arrêts particuliers*, peculiare a una società nella quale il rispetto per la legislazione del principe, vivissima, non scade mai a pedissequa e servile riproduzione: il caso concreto, l'equità, godono di ogni riguardo.

Non deve stupire che un'*arrêt* possa scaturire da una contestazione o provenire dall'impulso di un procuratore generale che si erge a interprete dell'interesse pubblico. Nella logica della società di corpi la funzione giustiziale si esplicita anche in questo: nella ponderazione degli interessi operata da un organo che, tramite la rete dei suoi sostituti, è l'occhio del re sulla provincia. Il pubblico ministero, tuttavia, non s'inebria di questo potere: consapevole della sua missione arbitrale più che disciplinare, asseconda fin dove possibile, mediante l'omologazione, l'autonomia dei corpi intermedi di cui, nemmeno per un istante, dubita della legittimità. *Souplesse*, innanzitutto: questo sembra il motto del Parlamento di Parigi nella sua attività di grande polizia, distinta, ma per nulla avulsa, dalla *justice réglée* tramite cui decide la soluzione delle controversie. Scorrendo le pagine del libro di Payen, ci si rende conto di quanto radicata, diffusa e accettata fosse l'amministrazione per via giudiziaria — l'*Etat de justice* — ancora alla vigilia della Rivoluzione, con buona pace dei continuismi di cui sono a tutt'oggi disseminate le pagine di tanta saggistica, di matrice giuridica e non.

È perciò un vero peccato che l'imponente fatica di Payen non abbia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destato maggiore interesse e dibattito tra i suoi connazionali che pure avrebbero un certo bisogno di riflettere sui luoghi comuni che da immemorabile costellano le narrazioni in tema di istituzioni francesi. Non sta certamente a noi impartire lezioni a una storiografia così illustre e così consapevole delle varie responsabilità che le incombono. Oggi più che mai ogni comunità scientifica è fin troppo impegnata a ripensare la storia del proprio paese per poter discettare su quelli altrui. Semmai, con tutta l'umiltà che le circostanze esigono, ci compiaciamo a prendere atto che, per quanto in sordina, — *sans éclat* — la discussione è cominciata, tra francesi.

STEFANO MANNONI

ALBERTO PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, due tomi, Firenze, 1998, e *La guerra, il nemico, l'amico, il partigiano. Ernst Jünger e Carl Schmitt*, Firenze, 1999.

I saggi di Alberto Predieri possono essere letti e valutati da diversi punti di vista, collocando la nostra attenzione di volta in volta su piani diversi. C'è intanto il piano che chiamerei della *rappresentazione*, che assume a proprio oggetto l'intero Novecento, con il suo carico di violenze e di dolori, ma anche di conquiste, che lo stesso Predieri considera altamente positive: il Novecento come secolo delle guerre e dei totalitarismi di massa, ma anche delle costituzioni democratiche, come secolo in cui nel cuore dell'Europa si è pensato e praticato l'annientamento di massa, ma anche come secolo delle democrazie costituzionali fondate sul principio-base del pluralismo politico e sociale.

Come in ogni rappresentazione, anche in quella di Predieri vi sono attori e testimoni. Uno di loro è lo stesso Autore, che per lo meno in parte ha vissuto con intensità le vicende che egli stesso descrive. Vi sono poi gli attori ed i testimoni più piccoli, che spesso hanno fatto solo da sfondo, dei quali pochi conservano la memoria, e che qualche volta compaiono nelle pagine di Predieri maggiormente legate al ricordo ed alla testimonianza. E poi vi sono gli attori ed i testimoni che sono divenuti decisamente protagonisti, o che hanno pensato di essere tali, come Ernst Jünger e Carl Schmitt. A questi Predieri guarda con maggiore severità, poiché chi pretende di uscire dallo sfondo non può non avere il dovere di misurarsi intensamente con il proprio tempo, di accettare per intero le sfide e le contraddizioni del proprio tempo.

Su questo piano, che è quello appunto della rappresentazione, Predieri guarda ai personaggi prima ancora che alle loro dottrine, e pretende di guardarli in faccia, da vicino, per comprendere come abbiano vissuto davvero il loro tempo. E la rappresentazione di Predieri è certamente di quelle a tinte forti: da una parte Jünger, l'eroe ed il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soldato, mai compromesso con il nazismo, da esso lontano sul piano culturale, ed anzi di esso spiritualmente oppositore, dall'altra Schmitt, il *nazista senza coraggio*, che affida il diritto dei tedeschi, ed anzi il diritto stesso, *das Recht*, alla superiore volontà ordinatrice del *Führer*, che successivamente cadrà in disgrazia presso lo stesso regime, che infine, in modo sommamente ambiguo, cercherà di riaccreditare le proprie dottrine, e sé medesimo, nel contesto della nuova democrazia. Per parte nostra, non intendiamo entrare nel cuore dei meccanismi che hanno condotto Predieri a rappresentare in modo così netto e contrapposto i due personaggi. Ci basta segnalare al lettore la recente pubblicazione delle lettere scritte e scambiate da Jünger e Schmitt nel corso di oltre mezzo secolo (*Briefe 1930-1983,* a cura di H. Kiesel, Klett-Cotta), contenute in un volume di 900 pagine, a testimonianza di un interesse che non muore mai, e che ha la sua radice prima nella pretesa, che certamente ha mosso anche Predieri, di comprendere il proprio tempo ed il proprio secolo attraverso il rapporto tra questi due personaggi, espressione di due mondi contigui, che si attraggono reciprocamente, ma che poi alla fine effettivamente si respingono, o comunque evitano accuratamente di confondersi: probabilmente, come ha intuito lo stesso Predieri, dentro quel rapporto, tra quei due mondi, e tra gli uomini che di quei due mondi sono stati parte ed espressione, è contenuto davvero un pezzo non insignificante della storia del Novecento.

E veniamo ad un secondo piano, che forse ci è più familiare. Si tratta del piano delle dottrine costituzionali, e più in genere delle dottrine della democrazia. Qui, Predieri mostra di perseguire, con i suoi saggi, ed in particolare con il suo intenso confronto critico con l'opera di Schmitt, altri obbiettivi: non più tanto la rappresentazione del Novecento, dei suoi protagonisti, o dei suoi attori, o dei suoi testimoni, quanto la formulazione di una concezione accettabile e condivisibile della democrazia e della sua costituzione, come esito del Novecento medesimo, e delle lezioni che possiamo trarre dal secolo appena trascorso. Su questo piano, magari non del tutto individuabile con sicurezza a prima vista, se non altro per una certa naturale tendenza dell'Autore a rifuggire da quei paludamenti accademici che spesso accompagnano le formulazioni teoriche generali, può forse essere utile qualche considerazione del recensore.

Diciamo subito questo: Predieri è un fervido sostenitore della *democrazia costituzionale*, che è tutto sommato la democrazia che abbiamo. Si tratta di un tipo storico di democrazia che si caratterizza in modo peculiare in un duplice senso. Da una parte, è una democrazia limitata dai diritti inviolabili e da un forte sistema di garanzie comprendente un ampio ruolo del controllo di costituzionalità. Predieri legge in modo esplicito in questa direzione i primi articoli della Costituzione italiana, ed ama spesso ricordare, in questa stessa chiave, l'articolo 20.3 della Legge Fondamentale tedesca, che vincola la legislazione all'ordi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

namento costituzionale, e di conseguenza vincola anche il potere esecutivo e la giurisdizione, non solo alla legge, ma anche al diritto, evidentemente individuando nel diritto, rispetto alla legge, un'esistenza giuridica autonoma, che nella democrazia costituzionale si sostanzia in una serie di principi costituzionali di garanzia inviolabili da parte di tutti ed anche del legislatore, tali da costituire perciò, anche in forma di diritti fondamentali (articolo 1.3 della Legge Fondamentale), diritto immediatamente applicabile, direttamente vincolante per ogni potere, compreso l'esercizio della giurisdizione.

Ma c'è appunto — come sopra si diceva — anche un secondo lato della democrazia costituzionale, connesso in modo evidente con il primo, e per Predieri per lo meno parimenti rilevante. In una parola, si può riassumere questo secondo carattere della democrazia costituzionale nel seguente modo: la democrazia costituzionale è necessariamente una democrazia *pluralistica*. Il pluralismo di cui si discute come carattere fondamentale delle democrazie di oggi non è solo il pluralismo politico, dei partiti e delle idee, o magari il pluralismo delle razze e delle religioni. Per Predieri, il vero motore principale del pluralismo si colloca alla base della società: è il *pluralismo degli interessi*, che sembra dominare la scena nella società contemporanea. Ed in effetti sembra proprio che uno dei caratteri più peculiari della società del nostro tempo possa essere proprio quello indicato da Predieri, ovvero la rapidità con cui gli interessi si aggregano, si muovono, si compongono, per poi subito dopo riscomporsi, e muoversi ancora, in altre direzioni. Una società di questo tipo sembra essere ormai divenuta quasi del tutto refrattaria alle grandi sintesi politiche, a quelle sintesi che in modo alterno ma puntualmente ricorrente hanno dominato la scena in Europa dal paradigma rivoluzionario della volontà generale in poi. Una società così intesa è perciò, nella linea di Predieri, la società per eccellenza della democrazia costituzionale, che è dunque intrinsecamente pluralistica perché tale è nel profondo la società in cui essa vive, ed è questa società che impedisce a quella democrazia di operare rinnovando la tradizione delle "grandi sintesi", parlamentari, legislative o statali. Da altro punto di vista, ma esattamente nella stessa linea, si può dire che la democrazia che abbiamo è *costituzionale* proprio perché non è più parlamentare, legislativa, o statale, nel senso che rifiuta d'individuare nel parlamento, o nella sua legge, o nello Stato stesso, una qualche rappresentazione, o modo d'esistenza, della sovranità, e preferisce piuttosto vivere nella dimensione del *processo*, del pacifico e reciproco componinento, spesso per via quasi esclusivamente giurisdizionale, dei plurimi e svariati interessi operanti sulla scena democratica.

Se la democrazia costituzionale è questo, se essa è portatrice dei valori fondamentali del pluralismo politico e sociale, della libera e pacifica coesistenza, della equa ed altrettanto pacifica risoluzione dei conflitti, si potrà allora ancora meglio capire dove risieda in ultima

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analisi il fondamento della critica, davvero dura ed inflessibile, di Predieri nei confronti di Schmitt. Quest'ultimo rappresenta infatti per Predieri l'autore che dall'interno del mondo del diritto ha più contrastato la democrazia costituzionale, in essa ravvisando, proprio a causa del suo intrinseco carattere pluralistico, l'anticamera della dissoluzione di ogni ordine politicamente significativo, di ogni autorità che possa autenticamente dirsi sovrana, di ogni vera e propria legge fondamentale.

Da questo punto di vista, è inevitabile il riferimento a Weimar. Di quella Repubblica, e della sua Costituzione, Schmitt salva una sola cosa: la sua genesi da una decisione originaria di un soggetto consapevole, che è ovviamente il popolo tedesco, nell'esercizio del suo potere costituente. Ma è proprio questo che Predieri teme, ovvero una democrazia *radicale* e non *costituzionale*, che raffigura le sue origini non nei termini di un procedimento compositivo di una pluralità d'idee e d'interessi, ma nei termini di una decisione sovrana, da parte di un soggetto che è assunto come *omogeneo*, e per questo motivo capace di determinare un indirizzo coerente e duraturo nel tempo. Secondo Predieri, un soggetto di questo genere tenderà sempre, e fatalmente, a riscrivere incessantemente la sua costituzione, com'è anche nel modello originario rivoluzionario di stampo giacobino, ed altrettanto fatalmente tenderà prima o poi a disconoscere quella medesima costituzione, a sospenderla, o comunque a delegittimarla, ogni volta che la sua volontà sovrana riterrà di non trovare più proprio nella costituzione una forma giusta ed adeguata. Com'è noto, era questo il ragionamento di Schmitt a proposito del carattere democratico della Costituzione di Weimar nel momento delicatissimo della sua crisi.

Ma c'è anche qualcosa di più. Secondo Predieri, quel popolo sovrano, in quel modo inteso, è un *soggetto assoluto*, non a caso assunto come omogeneo, ed è dunque destinato prima o poi a raffigurarsi e proporsi l'esistenza di *nemici assoluti*, come tragicamente accadde proprio al popolo tedesco. E se volessimo, in conclusione, ridefinire di nuovo la democrazia costituzionale a partire da queste ultime considerazioni, si potrebbe allora dire che la democrazia costituzionale è quel regime politico in cui non sono possibili nemici assoluti, ovvero nemici destinati all'annientamento, poiché in essa ogni conflitto non è mai rappresentabile come l'ultima partita, ed è invece vissuto come una partita che può essere sempre disputata di nuovo, una o più volte ancora, con altri avversari, o magari con quello medesimo, all'interno di un processo in cui molte volontà si compongono e si separano, o si contrappongono, incessantemente, ed in cui soprattutto nessuna volontà può davvero dirsi padrona dell'intero. Da una parte, l'assolutezza della decisione, dall'altra parte la pluralità insita nella logica del procedimento. Da una parte, la democrazia assoluta, o radicale, dall'altra parte la democrazia costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo Predieri, noi oggi abbiamo democrazie costituzionali, per quanto imperfettamente realizzate, non per caso, ma perché i principali paesi europei, e prima di tutto l'Italia e la Germania, i due paesi del totalitarismo politico in Europa, sono usciti dalla guerra e da quei regimi politici per costruire *quel tipo* di democrazia, ricusando la logica della democrazia assoluta, o radicale. Proprio l'Italia è il paese in cui al meglio, ed in modo più nitido, è ricostruibile questo percorso. L'Italia è infatti il paese in cui in modo più netto e trasparente viene ad emergere un vero e proprio *potere costituente*, che è quello che si esprime nella lotta di liberazione, nella scelta popolare per la repubblica, nella scelta dei costituenti per un sistema nuovo di valori e di principi costituzionali, che insieme determinano la *forma repubblicana*, non a caso sottratta al procedimento di revisione costituzionale dall'ultimo articolo della Costituzione.

Ma questo potere costituente — ecco il punto decisivo, anche per lo stesso Predieri — non è per nulla riferibile al mitico soggetto originario sovrano, in sé omogeneo, di Carl Schmitt. Predieri dedica molte energie a descrivere in tutt'altro modo l'esercizio di quel potere: non come l'espressione di sovrana volontà di un soggetto, ma come il luogo fatto di molteplici luoghi, fisici e concreti, spesso dolorosi, in cui molti uomini, portatori d'idee assai spesso anche radicalmente diverse, convergono, maturando la consapevolezza comune della necessità di un patto, di un vincolo per il futuro fatto di principi e di valori condivisi. Alla base della Costituzione vi è dunque un *processo*, ben più che una decisione. La Costituzione non trae la sua origine da *un punto*, che si assume come quello nel quale risiede la sovrana volontà costituente originaria. La Costituzione presuppone piuttosto *una linea*, un percorso che si è compiuto, appunto un processo, entro cui si è andata maturando la necessità del patto, ovvero di un impegno forte per il futuro, collocato sul piano della scelta per alcuni grandi principi, da porre alla base della Repubblica, da esprimere normativamente nella Costituzione medesima.

Questo è per Predieri il tipo di potere costituente che si è esercitato in Italia. E questo è il potere costituente cui pensava Costantino Mortati nel 1945, quando nel suo saggio sulla Costituente affermava che fare la Costituzione significava far cessare il *bellum omnium contra omnes*, disciplinare le forze in campo in modo da farle convergere verso il patto, far cessare la guerra civile, decidere di coesistere pacificamente, in altre parole porre le basi di una democrazia costituzionale, di stampo pluralistico, entro cui fossero possibili conflitti politici anche forti, ma non fosse più possibile l'individuazione di nemici assoluti. La Costituzione italiana, come molte altre Costituzioni, non è dunque una Costituzione *indecisa*. È piuttosto una Costituzione che nasce per svilupparsi in senso pluralistico, e che è perciò costruita in modo che diverse e distinte tradizioni politiche e culturali possano in essa riconoscersi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possano pensare di coesistere in essa pacificamente. La sua "indecisione" non è un imperdonabile difetto originario, ma una delle sue principali virtù.

Tutto bene, dunque. Sembra quasi di descrivere una favola a lieto fine, dopo gli orrori, le guerre ed i totalitarismi della prima metà del secolo. In realtà però non tutto è così nitido, così semplice e lineare. Certo, per molti versi il Novecento è davvero un secolo quasi spezzato in due: prima le guerre e gli annientamenti di massa, poi le democrazie costituzionali ed i diritti inviolabili. E d'altra parte queste democrazie possono certamente considerarsi nuove, proprio perché inafferabili, in modo quasi del tutto inedito, da parte di una qualsivoglia volontà politica di tipo concentrato, prima di tutto a causa della loro struttura di fondo inesorabilmente orientata in senso pluralistico. Da questo punto di vista, le discussioni della prima metà del secolo sul principio di unità politica, e sulla necessità di determinate forme, e di determinati modi, della sua rappresentazione, sono effettivamente assai distanti da noi. E tuttavia, sembra a dir poco precipitoso l'atteggiamento di coloro che si affrettano a dichiarare del tutto chiusa la partita, come se la democrazia costituzionale fosse ormai una sorta di destino obbligato, da vivere in un presente, ed anche in un futuro, prossimo e più lontano, sotto questo profilo sostanzialmente privo di contraddizioni.

Probabilmente questa rappresentazione pacificata del nostro presente e del nostro futuro non è condivisa dallo stesso Predieri. Del resto, il suo sguardo si ferma tutto sommato un attimo prima. Ed è perciò addirittura paradossale che sia proprio il recensore a voler andare oltre. C'è però un punto che non può comunque essere evitato, proprio a partire dai saggi di Predieri. Mi sembra che in quei saggi sia contenuta questa idea basilare: che la società che abbiamo, quella che anche noi abbiamo più volte evocato in queste note, sia *comunque* e *necessariamente* una società amica della democrazia costituzionale, della costituzione stessa come legge fondamentale, una società conformata in modo tale da far sviluppare al meglio in sé gli ideali e le pratiche della democrazia costituzionale. È così davvero? Noi nutriamo qualche dubbio in proposito, e vorremmo in conclusione manifestarlo.

Com'è noto, ogni tempo storico produce sul piano politico i propri miti. Se prima i miti dominanti erano quelli della volontà generale, o della sintesi rappresentativa parlamentare, o dello Stato sovrano, può darsi che il mito odierno sia quello del necessario esito virtuoso della dinamica e della dialettica democratica di stampo pluralistico. In realtà, non importa retrocedere alle concezioni schmittiane del pluralismo come anticamera della dissoluzione dell'unità politica per comprendere che quella dinamica, e quella dialettica, sono certamente per un verso la linfa vitale delle democrazie di oggi, ma possono anche rappresentare, per altro verso, il processo che conduce ad erodere la stessa legge fondamentale. In verità, non si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vede perché quel processo che ha consumato e corroso, prima la volontà generale della rivoluzione, e poi il primato del parlamento e la sovranità dello Stato dei secoli successivi, non possa ora consumare e corrodere la stessa costituzione come legge fondamentale, riducendola alla dimensione di norma negoziabile in modo continuo e ricorrente, seppure magari con procedure speciali e rafforzate. Sul piano della cronaca degli eventi più vicini a noi, l'Italia degli ultimi anni mostra qualche "buon esempio" in questa direzione.

È noto come proprio Carl Schmitt sia stato tra i giuristi europei quello più reciso nel sottolineare la differenza intercorrente tra la costituzione e la singola legge costituzionale, nel percepire nella prima la presenza di un *quid pluris* che la rende comunque qualcosa di diverso da un mero insieme di leggi costituzionali, più o meno liberamente modificabili. Certamente, il *quid pluris* di Schmitt è oggi inattuale, perché legato a doppio filo alla sua concezione del potere costituente come manifestazione di sovranità assoluta ed originaria. Ma questo non toglie nulla al fatto che oggi si sia davvero di fronte al pericolo implicitamente evidenziato nella ricostruzione dottrinale offerta da Schmitt, di una costituzione che può avviarsi a perdere forza, perché incapace di rappresentarsi per intero, di una costituzione che tende ad essere percepita come un insieme di pezzi, uno per uno sostituibili, secondo logiche di tipo crescentemente funzionalistico, destinate come tali ad indebolire, uno dopo l'altro, i limiti alla riforma costituzionale posti dallo stesso ordinamento, con l'ulteriore e più complessiva conseguenza, davvero non auspicabile, di una progressiva caduta di prescrittività della legge fondamentale. In ultima analisi, è bene mettere in rilievo le virtù delle democrazie costituzionali e pluralistiche di oggi, ma senza oscurare gli aspetti problematici, senza perdere la capacità di percepire le contraddizioni ed i pericoli.

Del resto, lo stesso Predieri è certamente ben consapevole di questa vera e propria ambivalenza del nostro tempo, da una parte portatore della nuova supremazia della costituzione, dall'altra così inesorabilmente corrosivo, non solo nei confronti delle sintesi politiche di stampo tradizionale, ma anche nei confronti di ogni discorso, pratico e teorico, che pretenda di collocarsi, come il discorso costituzionalistico, su un piano comune e generale. Ed in effetti questo nostro è un tempo che continuamente invoca la costituzione, ma che altrettanto continuamente consuma la costituzione. Ma forse è più semplice dire che anche nel nostro tempo la costituzione ha i suoi nemici: la lotta per la costituzione e per l'autonomia del discorso costituzionalistico è dunque ancora ben attuale. Così è certamente anche per Alberto Predieri, che a quella lotta ha dedicato non poche pagine, e spesso le più appassionate, di questi suoi saggi.

MAURIZIO FIORAVANTI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

OLIVIER THOLOZAN, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence,1999, pp. 509.

L'interesse per Boulainvilliers ha contrassegnato la storiografia degli ultimi dieci anni, e non per caso. Michel Foucault tra i primi, nelle sue lezioni, aveva dato l'abbrivio, segnalando l'originalità di questa figura per la messa a fuoco dei concetti di razza e nazione. Più recentemente, all'aristocratico contestatore dell'assolutismo sono state consacrate due corpose monografie, rispettivamente americana e italiana. Il contributo di Tholozan giunge quindi a proposito, tirando in qualche modo le fila di questo dibattito storiografico, ricondotto, con apprezzabile sforzo, nell'alveo delle definizioni giuridiche. In che misura Boulainvilliers è rilevante nella preparazione della Rivoluzione? E'solo protesta eccentrica la sua, o autentica dottrina? Senza forzature, l'autore ci da una risposta che persuade per il suo equilibrio.

Nella sua forsennata polemica contro il dispotismo monarchico, il conte fa uso spregiudicato e disinvolto della narrazione storica. Il mito delle origini — la conquista da parte della « nazione » franca — gli serve come ariete contro l'ostinato rifiuto del sovrano di condividere con il paese il potere decisionale. Proprio come i liberi guerrieri franchi eleggevano il loro capo e con lui deliberavano, così i nobili sono chiamati a riprendersi il posto che loro spetta nella guida degli affari pubblici. Con un bell'anticipo rispetto a Tocqueville, Boulainvilliers accusa la monarchia di avere minato con il suo pervasivo centralismo le basi sociali dell'aristocrazia che si trova ora a lottare su due fronti: contro l'intendente e contro il Terzo Stato. Donde il rimedio: restituire alla società di ordini la voce in capitolo che le compete in una versione assai potenziata degli Stati Generali dove il monarca (elettivo) fa figura di mero organo esecutivo. Partito per difendere la più tradizionale nervatura sociale, il privilegio, Boulainvilliers approda, trascinato dalla foga del suo attacco, a un pre-parlamentarismo, come lo chiama Tholozan, che colpisce per il suo radicalismo. Peccato tuttavia che il Nostro consegni le sue ardite riflessioni a manoscritti che circoleranno in numero limitato dopo la sua morte procurandogli più detrattori che seguaci.

Testimonianza di un vivacissimo filone di costituzionalismo aristocratico, l'opera di Boulainvilliers non avrà alcuna incidenza pratica sugli eventi rivoluzionari. Essa semmai alimenterà, con il suo vagheggiare di una *revanche* aristocratica in nome dei diritti storici della « nazione » franca, una reazione uguale e contraria dei fautori del Terzo-Stato (i presunti eredi dei Galli) i quali, per bocca di Sieyès, decreteranno l'espulsione dalla « vera » nazione francese degli usurpatori spuntati dalle « foreste della Franconia ». Decisamente i tempi non erano affatto propizi all'uso della storia nelle perorazioni costituzionali come lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarebbero divenuti trent'anni dopo, quando Boulainvilliers venne riscoperto.

STEFANO MANNONI

NADINE VIVIER, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France, 1750-1914*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1998, pp. 352.

I beni comunali non sono una pagina marginale della storiografia giuridica. Tutt'altro. Dai lavori pionieristici di Marc Bloch sino alle non meno fortunate investigazione del Direttore di questa rivista, le proprietà collettive si sono imposte all'attenzione di chiunque volesse mettere a nudo ideologie e ipocrisie dell'« individualismo-assolutismo giuridico », ossia del paradigma dominante nella cultura giuridica borghese ottocentesca.

Senonché, proprio nel caso della Francia, restava una zona d'ombra che lasciava interdetti gli storici della Rivoluzione come quelli della civiltà ottocentesca: perché nella patria del molto atomistico *Code Napoléon* i beni comunali sopravvivono così a lungo? La risposta andava cercata con molta pazienza e meticolosità nelle pieghe dei dibattiti parlamentari e degli archivi, ben più che nel discorso dottrinale, in questo caso non decisivo. Questo ha fatto Nadine Vivier accollandosi un'impresa tanto ingrata quanto preziosa.

Il suo itinerario comincia con il classico movimento per le divisioni (*partages*) promosso dai fisiocratici e finisce con la Prima Guerra Mondiale, momento in cui giunge al termine la vicenda con un ridimensionamento — non sparizione — del patrimonio collettivo. Nel mezzo tra queste due pietre miliari si snoda un percorso disseminato da progetti ambiziosi e clamorose smentite, il tutto all'insegna di un'irresistibile ambiguità. Quello stesso potere centrale che asseconda i disegni di razionalizzazione indietreggia poi di fronte alle conseguenze delle proprie decisioni. L'ardire dello Stato-legislatore è smorzato nei fatti dallo Stato-amministrazione.

Questa oscillazione è riconoscibile sin dall'inizio della vicenda. In un'Europa che è percorsa dai fremiti riformatori della fisiocrazia, la Francia, che alla scuola ha dato i natali, procede con molta prudenza. Gli intendenti intuiscono subito che i beni comunali si trovano al centro di un equilibrio complesso, i cui fattori sono molteplici e rilevanti: l'esigenza di conservare il patrimonio collettivo per consentire alle comunità di fare fronte alle spese; la presenza di contadini poveri dipendenti dall'accesso ai pascoli comuni; la stessa insistenza di diritti feudali che non sembra politico e saggio ignorare, stante l'arcigna vigilanza delle corti sovrane. La ponderazione di questi interessi si risolve in un compromesso fatto di misure regionali (le divisioni in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fiandra e Bassa-Alsazia) e di conciliazioni: la conservazione del godimento collettivo, l'affitto a lungo termine a volte, il diritto di rivendicare una quota dei beni (*triage*) accordato al signore feudale.

La Rivoluzione non poteva accontentarsi di queste mezze misure. Il progetto di favorire la diffusione della piccola proprietà tra i *citoyens* passava necessariamente per la soluzione del nodo comunale. Ancora una volta, tuttavia, l'itinerario legislativo si rivela più accidentato del previsto. Nei primi tre anni, il legislatore rivoluzionario acconsente con una certa riluttanza a liquidare i diritti feudali sui beni comunali. Bisogna attendere la crisi del 10 agosto 1792, per assistere a una repentina accelerazione del processo decisionale. Con la legge del 14 agosto, viene decretata la divisione obbligatoria dei beni comunali (*partage*) tranne i boschi. Vera legge agraria, adottata sull'onda dell'emozione suscitata dalla rottura repubblicana, questa del 14 agosto 1792 apre la breve stagione del radicalismo normativo. Stabilito il principio occorreva ancora determinarne le modalità. È ciò a cui provvede il decreto del 10 giugno 1793. Misura ardita quella votata dalla Convenzione: la divisione può essere deliberata da un terzo degli abitanti (ora la divisione diviene facoltativa) ed a beneficiarne, ricevendo i lotti in parti uguali in piena proprietà, sono tutti i domiciliati da un anno nel comune, quale che sia l'età o il sesso. I proprietari sono posti sullo stesso piano dei poveri; i proprietari non residenti sono esclusi dalla divisione. Basta quest'ultimo dettaglio per lasciare presagire di quali e quante resistenze sarebbe stata lastricata la via dell'attuazione concreta. E in effetti, la normalizzazione termidoriana non attende molto prima di investire il settore dei beni comunali, sospendendo l'applicazione di una legge definita come un « système de loi agraire qui anéantit le droit de propriété ». Da questo momento in poi, il dibattito proseguirà su un terreno molto più pragmatico e conservatore, bandita ogni velleità di dare ai beni comunali una soluzione generale e radicale, complici i proprietari, che oppongono a ogni ipotesi di divisione ugualitaria la più strenua ostilità. Il legislatore napoleonico mette una volta per tutte fine alle divisioni (*partages*) nel 1804 mentre il coevo Codice civile (art. 542) prende atto dell'esistenza dei beni comunali. Come in uno svolgimento ciclico, riprende allora vigore la politica che era stata un tempo quella degli intendenti. Si salvaguarda il patrimonio comunale, incoraggiando gli affitti a lungo termine che hanno il merito di non depauperare, sul piano patrimoniale, le collettività locali.

Grosso modo la politica del mezzo secolo successivo seguirà senza scosse questa linea strategica, favorendo attraverso l'affitto una valorizzazione indolore dei beni comunali.

La questione si avvia a conclusione solo con il Secondo Impero quando, dal 1857 in poi, una serie di misure legislative adottate nell'ottica di favorire la bonifica e la messa a coltura delle terre nelle regioni sfavorite, costringe i comuni a provvedervi, pena la loro surrogazione da parte dello Stato. Finanziati da fondi statali o dalla vendita

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autorizzata di una parte degli stessi beni comunali, questi provvedimenti incontrano un notevole successo. A poco a poco, l'area delle proprietà collettive si contrae e si smorza gradualmente anche l'interesse per una realtà economica che, nella Francia di fine secolo, ha perso molta importanza. L'intelligente tecnocrazia del Secondo Impero congiunta alla naturale evoluzione dell'economia hanno avuto la meglio della diffidenza contadina, dei conflitti locali e della irriducibile varietà del paesaggio agrario.

STEFANO MANNONI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, diretti da Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo e Joaquín Varela Suanzes, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998.

Siamo lieti di segnalare al lettore dei *Quaderni fiorentini* la pubblicazione del primo numero di un nuovo prezioso strumento periodico, per ora a cadenza annuale ed a carattere rigorosamente monografico. Tale strumento, dedicato allo studio dei *Fundamentos* — vedremo tra un attimo di quali 'fondamenti' si tratti —, nasce dall'impegno dei cattedratici di diritto costituzionale della Università di Oviedo, e non per caso. La scuola di Oviedo è infatti la scuola di Ignacio de Otto, brillante ed intelligente costituzionalista, purtroppo scomparso assai precocemente. Di lui si ricorderà per lo meno il *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, Barcellona, 1987), opera certamente originale, e comunque protesa ad un tipo di costruzione dogmatica che non si alimenta solo della mera esegesi delle norme, ma anche delle consapevolezze che sorgono dalla riflessione critica sui grandi nodi problematici del diritto pubblico moderno: lo statuto dei diritti, la rappresentanza politica, la sovranità. Ma tali nodi problematici non sono altro che i *Fundamentos*, che la nuova pubblicazione pretende per l'appunto d'indagare, sotto la direzione degli allievi di Ignacio de Otto, e proseguendo quindi l'opera del Maestro. Come bene mettono in rilievo i direttori nella pagina di presentazione, una simile ricerca sui 'fondamenti' non può non avere carattere interdisciplinare: come recita il sottotitolo del nostro periodico, in questo campo di ricerca operano congiuntamente, o comunque collaborano strettamente, la teoria dello Stato, il diritto pubblico e la storia costituzionale. Né si può fare a meno di notare come tale sottotitolo sia — non sappiamo se volutamente o meno — la perfetta traduzione letterale in spagnolo dell'equivalente contenuto in *Der Staat*, influente rivista giuspubblicistica tedesca, che appunto già nel suo sottotitolo professa la necessità di coniugare gli studi di dottrina dello Stato con quelli più propriamente ascrivibili al campo del diritto pubblico e con quelli di storia costituzionale. La coincidenza non è senza significato: che si tratti, come nel caso della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Germania, di una linea di ricerca tradizionale e consolidata, o che si tratti, come nel caso della Spagna, di aprire nuove vie, quel che è certo è che in Europa è ancora ben vivo lo studio della costituzione a partire dalla storia, ed a partire dai fondamenti, spesso nella consapevolezza — come affermano anche i direttori nella pagina di presentazione — che la mera esegesi del dato positivo, la semplice e passiva rincorsa della giurisprudenza pratica, conduce non di rado dentro veri e propri vicoli ciechi, in cui tutti, e la stessa pratica, rimangono privi di risposte adeguate. Lasciamo ora al lettore il compito d'inoltrarsi nel territorio esplorato nel primo numero di *Fundamentos*, dedicato a *Sovranità e costituzione*, coordinato da Ramón Punset. Vi troverà una prima parte più propriamente storica, che prende le mosse dal medioevo (García Marín), ed attraversa le grandi esperienze inglesi, francesi, tedesche e spagnole(rispettivamente Varela Suanzes, Máiz, Wyduckel e González Casanova), a testimonianza di un forte interesse comparativo che sembra connotare l'intera impresa culturale, ed una seconda parte di carattere più propriamente teorico, in cui si affrontano le grandi questioni di oggi, collegate appunto alla problematica storica della sovranità: la sovranità nazionale, il potere costituente, la costituzione democratica, le autonomie territoriali, l'integrazione europea (Punset, Requejo Pagés, Bastida, Solozábal Echavarría, Aláez Corral). Infine, si diceva poco sopra dell'interesse comparativo che sembra animare in senso forte l'impresa dei costituzionalisti di Oviedo. Due circostanze sono da rammentare a questo proposito. La prima consiste nella pubblicazione, per cura di Varela Suanzes, dei *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998), pregevolissima ed utilissima raccolta di testi relativi alla storia costituzionale europea, dalla Petizione dei diritti del 1628 alla Costituzione repubblicana spagnola del 1931. La seconda consiste nella scelta del tema monografico per il secondo numero di *Fundamentos*, che attendiamo con grande interesse: *le tappe ed i modelli della storia costituzionale comparata*, a cura dello stesso Varela Suanzes. I contributi previsti riguardano i 'modelli costituzionali' circolanti in Europa nel corso dell'età moderna, da quello notissimo inglese alla stessa costituzione americana, dai modelli della rivoluzione francese e delle Carte del diciannovesimo secolo alla stessa Costituzione di Cadice, fino poi al modello tedesco imperniato sul principio monarchico. Anche tutto questo non può certo dirsi casuale: è infatti assai improbabile che chi studia i *Fundamentos* si racchiuda nei confini, davvero ormai sempre più angusti, del diritto nazionale. Assai più facilmente, ed anzi quasi fatalmente, lo studioso dei 'fondamenti' incontrerà piuttosto sulla sua via la storia e la comparazione, tra loro intrecciate. È ciò che sta accadendo nel laboratorio di Oviedo, al quale anche noi guardiamo con grande interesse e simpatia.

MAURIZIO FIORAVANTI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Juristische Zeitschriften.

Constato con soddisfazione che il tema delle Riviste giuridiche comincia, con sempre maggiore insistenza, ad essere interpretato per quello che veramente è: uno specchio prezioso — prezioso perché straordinariamente fedele e puntuale — della cultura giuridica di un certo momento in tutte le sue connessioni con altri terreni culturali, con ideologie e idealità dei giuristi, con la dimensione della prassi.

Dopo i nostri esperimenti fiorentini (ci riferiamo al Convegno dell'83 su 'La cultura delle Riviste giuridiche italiane' i cui 'Atti' sono stampati a Milano da Giuffré nel 1984, al volume dei 'Quaderni Fiorentini' del 1987 su 'Riviste giuridiche italiane — 1865/1945', al Repertorio 'Periodici giuridici italiani (1850-1900)' curato da Carlo Mansuino) abbiamo salutato con plauso iniziative francesi (una indagine solitaria di André-Jean Arnaud) e argentine (un convegno specifico organizzato su sollecitazione di Victor Tau), come oggi salutiamo con gioia l'importante volume che qui si segnala: *Juristische Zeitschriften — Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999.

Promotore e curatore è lo storico francofortese del diritto Michael Stolleis, uno studioso che ha sempre dimostrato la profonda esigenza di ampliare lo sguardo dello storico-giurista, di indagare nuovi territorii, di fondare lo specifico giuridico in un orizzonte più comprensivo. Stolleis, oggi pròvvido *Fachdirektor* del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, ci dà con la organizzazione di questo volume un contributo di primaria rilevanza per un più compiuto inquadramento storico di molte Riviste giuridiche tedesche in un arco di tempo che va dall'età dell'illuminismo alla breve ma incisiva parentesi del nazionalsocialismo.

Sono, per ora, alcune tessere di un grande mosaico da ricomporre, ma l'importante è che, per merito di Stolleis e dei suoi collaboratori, lo scavo si sia avviato; non resta che sperare in una sollecita continuazione. L'elevato numero e l'enorme rilievo culturale delle Riviste giuridiche tedesche rende il lavoro di ricerca imponente, arduo, impegnativo di tempo e di forze. Soltanto il francofortese Max-Planck sotto la guida sensibile e lungimirante di Michael Stolleis può essere capace di portare avanti l'opera.

Il presente ricco volume si compone di due parti ben definite: una prima, in cui sono contenuti parecchi concreti scandagli storiografici affidati a studiosi specialisti in singole branche dell'universo giuridico (per esempio, Peter Landau in àmbito *kirchenrechtlich*) o in particolari momenti dell'itinerario storico-giuridico; una seconda in cui sono riprodotti in anastatica gli *Einleitungsbeiträge* di alcune Riviste selezionate (per esempio, la favolosa 'Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft' di Savigny, Eichhorn, Göschen, con il celebratissimo *Vorwort*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

programmatico dello stesso Savigny 'Ueber den Zweck dieser Zeitschrift').

Un volume, insomma, indispensabile per ogni storico del diritto moderno.

PAOLO GROSSI

L*e 'Istituzioni di diritto privato' di Guido Alpa*.

Perché segnalare qui un 'manuale' istituzionale privatistico? E perché segnalare proprio questo fra i tanti (e pregevoli) che sono oggi disponibili nella letteratura giuridica italiana? Il motivo c'è; e non è certamente legato all'arbitrio del segnalante; è lo stesso motivo che mi ha spinto, in un 'Profilo storico' della scienza giuridica italiana redatto contemporaneamente a questa nota, a contrapporre, per scelte metodologiche opposte, le 'Dottrine generali' di Santoro Passarelli nate nel '44 (ma aventi, poi, vita lunghissima) a queste 'Istituzioni' di Alpa (Torino, Utet, 1997[2]) la cui prima edizione risale al '94. Dicevo nella pagina del mio 'Profilo' che non sono solo cinquanta anni tondi a separare e a rendere lontani il testo di Santoro da quello di Alpa, ma è soprattutto l'impostazione, il metodo.

La degnità metodologica che domina — e intride, e ispessisce, e arricchisce — il testo di Alpa è la consapevolezza — direi di più: la convinzione — della storicità del diritto; e, insieme e consequenzialmente, la consapevolezza e convinzione che l'universo giuridico va studiato all'insegna di uno schietto pluralismo, senza eccessivi irrigidimenti; particolarmente il diritto civile, che ha avuto la mala sorte di trovarsi racchiuso nell'età moderna in armature legislative (e, pertanto, pubblicistiche) abbastanza inadatte a ordinare la sua spontaneità e multiformità di espressione dei variissimi e cangianti assetti di interessi. Il diritto è anche un castello di forme, e la scienza giuridica è anche una tecnica e tecnica raffinatissima, ma non si risolve interamente in questo. Alpa non rinnega la forza ordinatoria del formalismo legalistico e dimostra, anzi, di possederne pienamente la cifra, ma non se ne appaga. Norme, forme, e tecniche vanno inserite in un reticolato più ampio e più profondo che — solo — può dar loro fondamento, che — solo — può consentire la loro immissione nel tessuto vivo della esperienza e — quel che, forse, più conta — del divenire dell'esperienza; il quale — lo si voglia o non — è un divenire incessante. Oggi, il giurista è uno dei garanti più vigili di questo divenire: ha, infatti, tra le inerzie e sordità del legislatore, un ruolo primissimo nella percezione dell'orientamento dell'esperienza e dell'*assouplissement* della norma legale per assicurare a questa il suo carattere di effettivo ordinamento del sociale.

Quel che interessa lo storico è che il 'diritto privato italiano' di Alpa è còlto e osservato al centro di strati e dimensioni molteplici. Lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strato della validità ma anche dell'effettività, le norme legali, gli usi, ma anche la prassi, anche la prassi degli uomini d'affari; lo strato della produzione ma anche della applicazione, con un rilievo tutto peculiare e nuovo per quest'ultima, alla luce della coscienza della creatività della *iurisprudentia* pratica e teorica. La dimensione positiva statuale ma altresì quella storica e quella comparativa (con una attenzione singolare al mondo alieno del *common law*). La dimensione codicistica e legale (cioè delle ormai innumerevoli leggi speciali) ma anche quella costituzionale, con un vivace contrappunto costante fra due espressioni di legalità, fra due livelli di legalità.

Quel che conta è il superamento pieno di un positivismo giuridico che, mantenendosi intatto nel cuore del civilista italiano, assume sempre più la veste di una ridicola reliquia serbata contro ogni istanza ragionevole. Quante le troppo fragili costruzioni nella storia del positivismo giuridico italiano! Pinnacoli gotici di svettanti cattedrali eretti sulla debole base della legge positiva, di una legge in via di invecchiamento o già vecchia, magari di una legge speciale spesso frutto delle contingenze e recante in sé visibili tracce delle arruffate mene del potere politico. Il rischio di tali fragilità è ciò che Alpa tende a evitare e riesce a evitare disegnando una trama che è senza dubbio complessa ma compiuta e appagante.

Due note critiche, almeno ad avviso del segnalante.

La prima concerne la mole, che è tanta, che è troppa. L'Autore ha imboccato la strada non facile della percezione della complessità dell'universo giuridico, e questa direzione meritoria ha indubbiamente fatto lievitare nelle sue mani il proprio oggetto di conoscenza. Ma l'Autore deve ora sforzarsi per una prossima edizione di sottoporre a una non semplice potatura il proprio volumone istituzionale. Guadagnando in agilità, si accresce il suo valore formativo per gli apprendisti giuristi.

La seconda concerne l'adozione della categoria sacchiana de « i formanti del diritto » in relazione a leggi, giurisprudenza e dottrina. Lietissimo di attestare anche qui, pubblicamente, il mio tributo di ammirazione per Rodolfo Sacco come civilista, come comparatista, come uomo di cultura, debbo confessare la mia incapacità (ed è forse proprio debolezza del mio sguardo) a comprendere la validità ed utilità di questa categoria coniata dal mio caro e valente amico torinese, la quale mi appare equivoca fin nella formulazione. Alpa la adotta, ma questa adozione non conferisce, a mio avviso, chiarezza al suo discorso né maggiore efficacia alla incisività didattica.

P. G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La filosofia dello Stato, la sua etica — per non dire
la sua estetica — sono sempre « ieri ».
La lingua e la letteratura sono sempre « oggi », e spesso
(specialmente nel caso in cui un sistema politico sia ortodosso)
possono addirittura costituire il « domani ».

IOSIF BRODSKIJ

ANDREA BORTOLUZZI

ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO O ORDINE DEL MERCATO E ORDINE GIURIDICO?

La pagina elegante di Natalino Irti, espressione del suo rigore geometrico, capace di sintesi e chiarezza, sembra, negli ultimi tempi, essersi fatta pesante della ideologizzazione, per l'addietro rifuggita. L'ascetico e matematico porsi in riguardo alle questioni di forma e di interpretazione del contratto, lo scrutare dentro le norme e il ritrarsi subitaneo, là dove le norme non dispongano, nella osservazione della realtà, il ricorso alla neutralità tecnica del ragionare giuridico, sia pur non pienamente condivise da chi scrive, han lasciato tracce profonde, hanno indicato strade da percorrere, si son prestate per novità e originalità di pensiero, alla confutazione, han segnato principi fermi e imprescindibili, per chi, in quei campi si dedichi alla ricerca giuridica.

Oggi, la pagina sembra percorsa da un decisionismo, che la appesantisce al punto da offuscare il razionalismo che vi è sotteso. Il che crea imbarazzo a chi, come chi scrive, non può non riconoscere al Maestro la generosità e la onestà intellettuale di chi si muove, in riguardo alle complesse questioni che il mondo d'oggi pone al giurista, con spirito antidogmatico e con pari rigore metodologico.

Il filo della razionalità che conduce diacronicamente il diritto, esige un procedere per errori e confutazioni, chiamato a far giustizia del simbolismo autoreferenziale e dello storicismo.

Ad Irti sembrava, sino ad oggi, attagliarsi un tal modo di procedere e ragionare. Il suo ultimo libro, *L'Ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, (la cui filosofia risulta rinvigorita in un recente saggio dal titolo *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, apparso sulla *Rivista di Diritto Civile* n. 1 del 1999, pp. 1 ss.), sembra segnare un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deciso revirement che, abbandonata la tecnicità del formalismo giuridico, sembra aver imboccato la strada della ideologia, incarnata da uno Stato nazione, garante di ordine locale in contrapposizione al disordine di una pretesa legge globale.

Da che « l'utopia dell'ordine tende alla totale eliminazione della libertà » (1), è parso opportuno a chi scrive passare in rassegna critica le posizioni di Irti, intese dal suo autore come liberali, per ristablire non tanto la verità, ma per sgombrare il campo dalla falsità di una pretesa di giustizia della violenza del potere, che si estrinseca nella coercitività, basata sul decisionismo.

Il saggio di Irti muove a criticare la « naturalità » del formarsi delle regole giuridiche, criticando le tesi espresse da Friederich von Hayek in un saggio divulgativo di minore importanza, una sorta di summa del suo pensiero in ordine alla formazione di un ordine spontaneo o catallassi, basato sulla distinzione tra cosmos e taxis, tra nomos e thesis, tra nomocrazia e teleocrazia (2). Non si tratta qui di far la difesa di von Hayek. A chi scrive però, il limpido pensiero dell'economista austriaco, teso a conciliare scienze sociali e scienze giuridiche, appare preso in considerazione da Irti, non tanto per ragionare in termini di rapporti tra economia e diritto, quanto per mettere pretestuosamente in chiaro le presunte lacune metodologiche, scrutate con l'occhio del giuspositivista, di una teoria, pretesa quale giusnaturalistica. La replica ad una tal critica di Irti resta affidata alle belle pagine di « Legge, legislazione e libertà » di von Hayek. Pagine critiche nei confronti del vezzo di bollare per giusnaturalistica ogni elaborazione teorica non in linea con l'idealismo giuspositivista. Anche quella che, come nel caso dell'economista filosofo austriaco, si rifà al razionalismo critico (3). Io credo che il

(1) W. Sofsky, *Saggio sulla violenza*, Torino, 1998, p. 14.

(2) Ci si si riferisce al saggio *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, in *Nuovi Studi di Filosofia, Politica, Economia e Storia delle idee*, Roma, 1988, pp. 83-110, dove la distinzione tra ordini in « cosmos » o ordine spontaneo, senza fini particolari e « taxis » (ordinamento, organizzazione) o ordine determinato da una azione dell'uomo, che si trova al di fuori dell'ordine spontaneo ed è nello stesso senso esogena o imposta. Al « cosmos » e alla « taxis », corrispondono due generi distinti di regole, alle quali debbono obbedire gli elementi perché si possa formare il corrispondente genere di ordine. « Nomos » è la norma universale di comportamento giusto, valida per un numero imprecisato di casi futuri, « thesis » è la norma che sia applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di chi formula le norme. Una « nomocrazia » corrisponde al « cosmos » che si basa interamente su norme generali o « nomoi », mentre una teleocrazia corrisponde ad una « taxis » indirizzata a fini particolari o « teloi ».

(3) F. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1994, pp. 258-260 « La posizione sostenuta in questo libro sarà quindi presentata probabilmente dai positivisti come una teoria del diritto naturale. (...) Sebbene non vi siano giustificazioni per rappresentare le norme di mera condotta come naturali, nel senso di facenti parte di un ordine di cose esterno ed eterno, o come permanentemente fondate in una immutabile natura dell'uomo o persino nel senso che la mente umana è modellata una volta per tutte in modo da dover adottare quelle particolari regole di comportamento, da questo non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progetto di Irti sarebbe dovuto partire dallo studio dei rapporti tra economia e diritto, studiandone le implicazioni in riguardo alle contingenze odierne, di una economia globalizzata e postfordista, con cui si misura la tradizione della pluralità delle fonti del diritto interno, e la novità rappresentata dalla pluralità degli ordinamenti cui il giurista deve oggi far riferimento. Di quei rapporti non è dato di trovar traccia nel libro di Irti. Che del lavoro di von Hayek, volto ad iscrivere la formazione delle regole giuridiche nel più ampio quadro della evoluzione delle istituzioni sociali, salva la sola classificazione normativa binaria di « nomos » e « thesis ». Puntualizzando però che, una tal classificazione riesce funzionale esclusivamente ad esprimere la predilezione di von Hayek per il « nomos » e dunque per un tipo di Stato e di attività legislativa. Quelle di von Hayek son dunque per Irti « pagine di storiografia politica, piuttosto che di dottrina giuridica ed economica ».

In verità, von Hayek non ha mai preteso di fare della teoria del metodo giuridico ma, questo sì, di fare della metodologia e della epistemologia delle scienze sociali. E nel suo rigoroso procedere, più che quarantennale, gli è occorso di sviluppare il concetto di equilibrio in economia teorica, facendolo evolvere, in sede anche autocritica, mediante l'abbandono del campo della teoria economica pura, in quello di ordine spontaneo. È nell'ambito dello studio dell'ordine spontaneo come fenomeno sociale, che l'analisi Hayekiana è venuta occupandosi dell'ordine di mercato. Indagando sul fenomeno sociale mercato, von Hayek è venuto teorizzando due diversi concetti di ordine. L'ordine spontaneo per l'appunto, — cosmos —, e l'organizzazione, — taxis —. La preferenza per il primo, nasce esclusivamente dalla constatazione, affrontata in sede di analisi economica, della fallibilità del metodo basato sulla organizzazione (4). L'affermazione di Irti, che quelle di Hayek son solo pagine di storiografia politica, è, da una parte, ingenerosa, perché tende ad ignorare il pensiero economico di cui le scelte

segue che le regole di condotta che di fatto lo guidano debbano essere il prodotto di una scelta deliberata da parte dell'uomo ». (...) « L'approccio evoluzionista al diritto (e a tutte le altre istituzioni sociali) qui difeso, ha poco in comune con le teorie razionaliste del diritto naturale o del positivismo giuridico »... « Non si possono qui esaminare le obiezioni metodologiche che gli aderenti alla teoria pura del diritto solleveranno contro questa posizione, in particolare che essa non è una giuridica "scienza delle norme" ma ciò che descriverebbero come sociologia del diritto » ... « il giudice e il giurista necessita di una teoria che non derivi logicamente la validità della legge da alcuna norma basilare fittizia ma che spieghi le funzioni di questo diritto. Infatti la legge da trovare può spesso consistere in qualche regola non ancora articolata, che ha le stesse funzioni delle norme di legge accettate e cioè assistere il costante riformarsi di un ordine spontaneo effettivamente esistente ».

(4) Sulla questione si veda: F. VON HAYEK, *Concetti e problemi dell'economia teorica: equilibrio, capitale, concorrenza e divisione delle conoscenze*, in *Conoscenza, mercato e pianificazione, Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, 1988, pp. 227 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hayekiane son conseguenza e dall'altro ovvio, in quanto la critica di Irti doveva appuntarsi sulla inapplicabilità della teoria economica di Hayek al diritto, non già limitarsi alla constatazione della sua estraneità alla teoria del diritto. L'approccio all'ordine di Hayek, è approccio di chi studia funzioni, da economista, non di chi appresta strutture, da giurista. Un economista che delinea, secondo una espressione cara ad un giurista a torto trascurato, Gerardo Santini, l'evolvere della economia del diritto, più che il modo in cui si pone — viene imposto — il diritto dell'economia (5). Viene alla mente la chiara pagina di Tullio Ascarelli « alla tipologia funzionale dello studioso di economia in relazione alle diverse influenze su produzione e distribuzione della ricchezza, il giurista deve contrapporre una tipologia strutturale di soggetti atti e cose in relazione alla applicabilità di una disciplina normativa » (6). Ma è poi vero che l'approccio funzionalistico ai problemi giuridici sia inconciliabile con la categorizzazione strutturale? È vero che la spontaneità, come dice Irti nel suo libro, « non è in grado di spiegare la regolarità dell'agire, di indicare il perché di questa continuità »? Hayek replica citando Maffeo Pantaleoni « Quella disposizione che crea un ordine, è la disposizione giusta; essa è quella che crea uno stato di diritto. Ma la creazione di un ordine, o di un ordinamento, è appunto ciò stesso che esclude il caso l'arbitrio o il capriccio, l'incalcolabile, l'insaputo, il mutevole senza regola ». Quella di von Hayek non è concezione etnologica della legislazione, cui è caro il verificazionismo, ma ricostruzione della applicabilità alle scienze sociali e dunque a quelle giuridiche, dell'evoluzionismo critico, cui è cara la confutazione o corroborazione. L'ordine espresso per il tramite del diritto non è solo l'espressione o il senso di un atto di volontà. L'ordine può autogenerarsi per il tramite del comportamento razionale degli individui sul mercato. La lezione di von Hayek si limita a trasporre sul piano giuridico osservazioni condotte sul piano economico. Ma è una lezione destinata a non aver spazio alcuno nel ragionamento giuridico? Vien da opporre a questa domanda un fiero no. Le belle pagine di eminenti giuristi come quelle di Norberto Bobbio su consuetudine e legge nella evoluzione del diritto, quelle di Tullio Ascarelli, di Gerardo Santini, di Gerardo Mazzarella, di Bruno Leoni, di Paolo Grossi (7) sia pur ascrivibili a diversi metodi interpretativi e approcci

(5) Per Santini, l'economia del diritto vuol essere « una proposta di analisi dei fenomeni che parta dal comportamento degli operatori economici e, come si può anche dire, dal privato (o, se si preferisce, dal mercato), per consentire un'indagine sul diritto usato dagli operatori stessi talora diverso da quello codificato o elaborato da giudici e dottori », G. Santini, *Il Commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, p. 17.

(6) T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Tomo I, Milano, 1959, p. 62.

(7) Di Tullio Ascarelli vale qui ricordare, tra i tanti, il saggio, *Ordinamento giuridico e processo economico*, op. sup. cit; di Gerardo Santini l'opera, *Il commercio.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorici, testimoniano, per parte italiana, della ricchezza del pensiero giuridico del novecento, non ascrivibile tout court, alla sola scuola del positivismo giuridico. Una ricerca, quella degli autori appena citati, che tende, come nel caso di Hayek, a scavare alle radici della genesi dell'ordine giuridico come non esclusiva emanazione di un comando o espressione di coercizione.

Le pagine di ricerca giuridica, di cui si sta discorrendo son tese a disegnare la traiettoria di un farsi delle regole che, ora trova nella consuetudine il loro terreno di formazione d'elezione, ora tende ad ordinare i rapporti tra consuetudine e legge, entrambe considerate con parità di rango e non in rapporto di subordinazione gerarchica della prima alla seconda. V'è da dire che, a chi scavi tra le righe di pagine tanto suggestive, rimane il senso di un che d'incompiuto. Il sottile rovello cui sta dietro il correrre del pensiero, quello di abbandonare la metafisicità di un diritto cui non si attaglia la verifica empirica, tende a rovesciare la prospettiva del comune ragionare giuridico. Il diritto non è già posto e non è chiamato a confrontarsi con i fatti bruti dell'umano operare tramite la tipizzazione giuridica, ma si crea per il mezzo dell'umano operare, cui non è consustanziale la bruta violenza ma il dialogo cooperativo, la ricerca ora dell'equilibrio, ora di un ordine. Ma un tal condivisibile modo di ragionare manca di un supporto metodologico, che non sia quello storico, basato sulla verifica empirica. La critica di Irti ad Hayek, se è critica rivolta a metter in risalto le carenze di cui qui si parla, andava rivolta dunque ad una tal carenza di metodo, non già agli esiti condivisibili della ricerca del pensatore austriaco in campo economico.

Hayek però, sulle tracce di Popper, offre al giurista la possibilità di avvalersi di un criterio, razionale ed evolutivo, non già solo storico, per affrancare il diritto dalla teoria giuspositivista. Il suo solo torto è di offrire un tal criterio, pronto ad essere usato in senso funzionalistico — rispondendo alla domanda « quali sono le regole atte a meglio governare un ordine »? — e non già genetico — non rispondendo alla domanda, « come si formano le regole di un ordine spontaneo »? —. Qualche traccia in verità è dato scoprire, per dar compiuta risposta a quest'ultima domanda, pensando al test di ingiustizia cui le regole van sottoposte, da lui proposto, che ricalca il Popperiano test di falsificazione degli asserti. Certo è che scarne sono le indicazioni metodologiche Hayekiane sulla genesi delle regole dell'ordine spontaneo. In verità mi

---

Saggio di economia del diritto, op. sup. cit.; di NORBERTO BOBBIO il saggio, *Consuetudine e fatto normativo*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994 pp. 17 ss.; di GERARDO MAZZARELLA il saggio *La concezione etnologica della legislazione*, in *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella (1868-1958), Antologia di scritti*, Milano, 1998, pp. 55 ss.; di BRUNO LEONI l'opera, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994; di PAOLO GROSSI, tra i tanti, il saggio, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XXIX*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, anno LXIV, 1991, vol. LXIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è occorso di dimostrare come sia possibile dare, alle indicazioni Hayekiane, conforto sistematico in campo giuridico (8). La natura del linguaggio giuridico è descrittiva e non già prescrittiva, quanto ai suoi elementi di struttura. Le regole sociali di mera condotta descrivono un'azione giudicata ingiusta e dunque non accettata dalla collettività, non sono emanazione della volontà, ma della ragione umana. Le regole giuridiche di fonte legislativa — regole sociali di mera condotta formalizzate mediante ricorso ad un sistema procedurale — sono espresse in lingua giuridica, lingua che anch'essa ha natura descrittiva, perché si esprime a mezzo di in un metalinguaggio sintattico, indirettamente semantico. La lingua giuridica parla di asserzioni e di fatti, ma indirettamente, così come le regole di inferenza formalizzate in calcoli logici. La formalizzazione delle regole sociali di mera condotta in norme giuridiche si avvale delle definizioni così come la scienza e cioè come etichette utili al progresso della conoscenza. Il processo di formazione e di formalizzzazione delle regole giuridiche non è dunque estraneo al processo della conoscenza. Il processo di produzione legislativa delle regole altro non consta che della formalizzzaione di regole sociali di mera condotta che convengono a fatti disapprovati dalla collettività. Regole suscettibili di corroborazione in sede interpretativa e applicativa e dunque passibili di essere sottoposte al metodo dei tentativi ed errori. Il criterio di formazione delle regole giuridiche è il medesimo che governa quelle scientifiche. Le regole giuridiche non sono indotte dai fatti. Sono asserzioni aventi contenuto negativo, che si deducono da altre aserzioni aventi il medesimo carattere. Quello di formazione delle regole è un procedimento logico che prescinde dalla sua formalizzazione. Una tal formalizzazione risponde ad esigenze sistematiche e di risparmio linguistico ma non soddisfa alcun citerio di giustizia. Una regola che risponde ad una procedura corretta non per questo è giusta, così come un calcolo può essere logicamente vero ma non è applicabile alla realtà. Il vero e il giusto si determinano in riguardo alla capacità descrittiva del linguaggio e dunque in riguardo alla validità delle argomentazioni che sostengono le asserzioni, in sede interpretativa, quindi.

Cristina Bicchieri (9), studiando la genesi delle norme sociali nel contesto dei giochi non cooperativi — giochi in cui non esiste alcuna istituzione che renda vincolante un accordo stipulato tra giocatori — ha equiparato la genesi di una norma al raggiungimento di un equilibrio di Nash (10) e ha ricostruito il processo mediante il quale le norme possono

(8) Mi permetto di richiamare il mio lavoro, *Forma e interpretazione nel negozio giuridico notarile (il giurista e la logica scientifica)*, Torino, 1998.

(9) C. Bicchieri, *Azione collettiva e razionalità sociale*, Milano, 1998.

(10) J. Nash, *Non cooperative games*, in *Annals of Mathematics*, 1951, pp. 286-295, ha elaborato una soluzione dei giochi non cooperativi, nota come equilibrio di Nash, tesa a specificare un insieme di strategie e di aspettative tali che la strategia di ciascun

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergere attraverso l'interazione ripetuta in piccoli gruppi. Razionalità ed evoluzione son combinati dalla Bicchieri in modo da completarsi a vicenda. Le indicazioni di Hayek trovano dunque sistemazione metodologica, nel contesto delle scienze sociali, grazie alla utilizzazione della logica matematica applicata, propria degli studi di John Nash e degli studi evoluzionistici in campo sociale.

Studi evoluzionistici che stanno alla base delle osservazioni di maestri delle neuroscienze come quelli condotti da Jean Pierre Changeux che anch'essi confermano sul piano metodologico le indicazioni Hayekiane (11). Changeux ritiene che la necessità di produrre il normativo, cioè di produrre regole che limitino il campo delle condotte possibili (forma negativa) o indichino una condotta da tenere in circostanze definite (forma positiva), s'interpreta assai naturalmente in un ambito evoluzionistico che inglobi l'evoluzione culturale. La produzione di norme deriva dalla necessità di ridurre i margini di aleatorietà introdotti dalla evoluzione mediante un procedimento selettivo che passa attraverso la gerarchizzazione delle rappresentazioni e l'introduzione di oggetti mentali di livello elevato che servono da schemi di condotta definiti. Come nelle definizioni della scienza, la normatività permette secondo Changeux un'economia di scelta pertinente per il soggetto morale in un contesto storico, sociale o geografico definito. Le regole morali sono dei comportamenti pronti all'impiego messi in memoria dalle società umane durante la loro storia. L'ordine del mercato di Irti, quale luogo della artificialità, di « locus artificialis » e non di « locus naturalis », di ordine « costruito » e non di ordine « trovato » nella originaria natura degli uomini, non ha ragion d'essere. Perché, una tal supposta concezione binaria del mercato, è funzionale a coltivare la suggestione riduzionista di un solo mercato quello « artificiale », della legge. Artificiale perché così voluto. Parto astratto della volontà e non della ragione. È mercato ciò che è voluto tale dalla legge. Una tale artificialità Irti coniuga alla politicità del mercato, a fronte di una supposta apoliticità del mercato naturale. Il tragitto irtiano è di una geometricità così disarmante, da finir dritta in braccio al decisionismo. Se il mercato è artificiale, perché voluto dalla legge, e se alla legge non son aplicabili le regole della logica, l'artificialità del mercato fa sì che lo stesso appartenga al campo della metafisica e sia dunque a-politico, perché la politica pertiene al campo delle scienze pratiche. Irti, a fronte della fragilità della concezione giuspositivista del formarsi delle regole — regole volute da un legislatore alla cui produzione normativa si applicano i principi di un sistema logico formale, la cui scientificità si arresta alla creazione di un sistema di norme logicamente vere, consi-

giocatore è una risposta ottimale, date le sue aspettative riguardo alle strategie degli avversari.

(11) J.P. Changeux, P. Ricoeur, *La natura e la regola, Alle radici del pensiero*, Milano, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derate di fatto inconfutabili e inapplicabili alla realtà, perché metafisiche — si rifugia nel decisionismo inteso come politicità tesa a rafforzare la gracilità dell'impianto proprio della teoria pura del diritto. Rende allora compatibile Kelsen con Schmitt, creandosi un falso bersaglio, quello della naturalità coniugata alla a-politicità, contrapposto alla artificialità coniugata alla politicità. Un assurdo logico quest'ultimo, conseguenza inevitabile di un costruttivismo non consapevole, quello Kelseniano che predica lo scontro tra concezione evoluzionista della formazione delle regole e costruzione procedurale delle stesse. Un costruttivismo che radicalizza e riduce la regola ad una questione procedurale — del tutto a-politica — e paradossalmente, la rende permeabile nella sua assoluta metafisicità slegata da ogni concezione di bene e di giusto, all'ingiuria di qualsiasi violenza, statuale o economica che sia. In verità la concezione liberale del formarsi delle regole e quindi anche di quelle del mercato, è in tanto politica in quanto non esclusivamente procedurale o artificiale. Essa tien conto del metodo parziale o indiretto disegnato da Karl Popper o di quello fondato sul consenso per intersezione di John Rawls (12). Che rendono entrambi ragione al ruolo della tradizione o dell'intuizionismo razionale nel processo di formazione delle regole. E che della procedura di formalizzazione delle regole dà una lettura non legata ad una concezione organizzativa del loro formarsi ma frutto di un processo evolutivo. Tali procedure si estrinsecano, ora in attività guidate da regole pubblicamente riconosciute, ora in attività che coloro che cooperano accettano e considerano buone regolatrici della loro condotta (John Rawls), ora nella realizzazione di una struttura legale di istituzioni protettive permanente che permetta di procedere ad aggiustamenti alla luce dei risultati dei dibattiti e delle esperienze, rendendo possibile l'applicazione alle azioni politiche del metodo dei tentativi ed errori (K. Popper).

Il mercato non è solo « artificiale » o solo « naturale ». Esso è sicuramente politico, perché è il luogo dove i singoli rapporti tra individui trovano regolamento pubblico, ora attraverso l'equilibrio raggiunto prescindendo dalla esistenza di una istituzione che renda vincolanti gli accordi, a mezzo di un processo di apprendimento interindividuale che porta a modificare i singoli comportamenti, facendoli convergere su uno schema di gioco stabile, — le regole sociali di mera condotta —, ora attraverso la presenza di una tal istituzione, che attraverso il rispetto di procedure che a loro volta sono il frutto del conseguimento di una condizione di equilibrio, portano alla formalizzazione di quelle generatesi spontaneamente — le norme.

Carl Schmitt, a proposito della Kelseniana costituzione di Wei-

(12) K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1993, volume 2, pp. 172-174; J. Rawls, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, pp. 88-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mar (13), ebbe a parlare di « svuotamento formalistico funzionalistico dello Stato legislativo dal punto di vista parlamentare », di « concetto di legalità indifferente, neutrale persino per quanto concerne la sua propria validità indipendente da ogni giustizia materiale » (14). Schmitt identifica la politica con lo Stato, uno Stato concepito come unità politica decisiva, dotata della autorità di dichiarazione interna di ostilità, che si eleva al di sopra di ogni altro tipo di comunità o società umana per il suo potere sulla vita fisica dell'uomo. Lo Stato non è monopolio della norma ma monopolio della decisione, una decisione che sta sempre dietro ogni norma e ogni situazione apparentemente normale. Secondo Schmitt, la costituzione di uno Stato non è un sistema di norme ma la manifestazione di volontà di un popolo e nel caso della Costituzione di Weimar, il modo migliore di rispettare una tal volontà, non stava nel sistema parlamentare, ma nel sistema presidiato previsto dall'art. 48, cioè in una dittatura commissaria del presidente del Reich. Il decisionismo Schmittiano nasce in antitesi al legalismo e al formalismo dello Stato di diritto, cui sono congeniali « concetti smilitarizzati e spoliticizzati. Se migliaia di contadini vengono spinti alla miseria dall'usciere del tribunale, per conto dell'usuraio, questo è « Stato di diritto » (15).

Anche Irti muovendo ad analizzare la nostra costituzione economica lavora nel solco di Schmitt. Ma ciò fa in misura più accorta, salvando l'impianto formalistico legalistico del sistema, epperò mettendone in luce la stanchezza e la debolezza, frutto di scelte solo apparentemente decisionistiche in campo economico. Una tal mancanza di decisione, propria delle indicazioni largamente compromissorie degli

---

(13) Dicendo Kelseniana, non si intende attribuire una paternità diretta del Kelsen, che non operò alla redazione di una tal carta costituzionale, nè indiretta, debole essendo l'impianto teorico di una tal Costituzione in riguardo ai principi procedurali informatori della giustizia costituzionale quali delineati dal pensatore austriaco, ma come una delle possibili espressioni del travagliato passaggio dallo Stato di diritto dell'ottocento tedesco, dall'idea dello Stato di diritto legibus solutus, di Gerber e di Laband, e poi di Jellinek, allo Stato di diritto che deve adempiere obblighi giuridici alla cui elaborazione teorica il Kelsen dette un contributo decisivo, uno Stato « soggetto di obblighi e diritti, subordinato come tutte le altre persone e perciò coordinato con tutte le altre persone nel rapporto con l'ordinamento giuridico » - H. KELSEN, *Stato di diritto e diritto pubblico*, in *Dio e Stato*, Napoli, 1988, p. 219.

D'altro canto il dibattito condotto sui fallimenti di Weimar non può essere ascritto esclusivamente alle questioni procedurali.

Anche quel dibattito è molto Kelseniano.

Il fallimento della costituzione di Weimar non può ascriversi esclusivamente alle contrapposizioni in punto al controllo di costituzionalità che vide su opposti fronti, Kaufmann, Triepl e Schmitt da una parte, Anschutz, Radbruch, Kelsen, da quell'altra.

L'imporsi dell'idea del potere neutro del Presidente del Reich di Schmitt, è figlia di quel dibattito, un dibattito cui era propria un'idea solo procedurale della giustizia.

(14) C. SCHMITT, *Legalitat un legitimat*, Berlino, 1932, pp. 32-50.

(15) C. SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, pp. 48 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

artt. 43 e 41 ultimo comma della Costituzione, si appaleserebbe in tutta la sua incapacità a fronteggiare le emergenze della gobalizzazione, rendendosi permeabile a qualsiasi principio extra ordinamentale, come quelli propri del Trattato dell'unione europea che sposa l'economia di mercato, in virtù dell'applicazione dell'art. 11 della Costituzione. E si rende incapace di reazione alla ideologia dell'economicismo che è dissimulata nella politicità irresponsabile delle Autorità indipendenti. Di fronte a questa disfatta dell'ordinamento che sembra abdicare alle sue funzioni direttive in campo economico, Irti indica due vie d'uscita. L'una metodologica, mediante una vigorosa ripresa di una funzione legislativa tipizzante e formalistica, l'altra politica, improntata al decisionismo, un decisionismo che esige scelte di politica economica, cioè un modo politico di volere l'economia. E ciò perché, secondo Irti « l'ultimo cinquantennio non ha visto il fiorire di energie politiche e volontà direttive tese a rafforzare le scelte dirigistiche della Costituzione ».

In verità, quelle costituzionali in materia di politica economica, sono indicazioni frutto di una raggiunta posizione di equilibrio, che van lette senza radicalizzare ora l'una ora l'altra delle posizioni dei giocatori che parteciparono alla sua stesura. E così torna alla mente la lezione pavese di Rodolfo Sacco sulla proprietà (16), tesa a rimarcare che la funzione sociale disegnata dalla costituzione non è da ascriversi tout court alla proprietà ma ai suoi limiti, legislativamente fissati. In fondo non si vede perché non si possa pensare a quello di proprietà, come diritto assoluto di personalità, tutelato a' sensi dell'art. 2 Costituzione.

Così, la interpetrazione dell'art. 11 come limitazione di sovranità capace di arrecare un vulnus irreparabile ai principi costituzionali, va inteso come potestà di dar riconoscimento a principi extra o sovrastatuali da recepire mediante legge di esecuzione o a mezzo della intepretazione giurisprudenziale. Non mi pare che il recepimento dei principi del Trattato dell'Unione Europea segni l'abdicazione dei principi di cui all'art. 41 n. 3 Costituzione. Si tratta del recepimento di obiettivi economici e di strumenti tesi a fronteggiare i fallimenti del governo dell'economia, quando la Costituzione enuncia valori e finalità meta economici e definisce strumenti ed istituti tesi a prevenire i fallimenti del mercato (17). Strumenti quelli comunitari, che van resi eseguibili da una legge interna, ovvero van interpretati dalla magistratura ordinaria. Una tal concezione interordinamentale, rispettosa dei rispettivi campi di ciascun ordinamento, disegna un modello che mette in crisi quello tradizionale giuspositivista, legato al modello dello Stato nazione.

(16) R. Sacco, *La proprietà, Sommario delle lezioni di Diritto Civile tenute nell'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968.

(17) Sul punto vedi T. Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997, p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto alla questione delle Autorità indipendenti. È il primato della politica intesa nel senso Schmittiano, che da una parte è chiamato a legittimarle e dall'altra viene messo in crisi. Il fatto che la formalizzazione delle regole non avvenga secondo le procedure tecniche della legislazione ma di organismi che vi provvedono con tecniche loro proprie, nell'ambito dei principi regolativi di competenza, dissimula politicità, una politicità decisionista e dirigista, solo laddove, le regole emanate dalla autorità non siano oggetto di applicazione da parte della magistratura ordinaria e le autorità stesse perdano il carattere di enti autoregolamentatori di determinate aree di attività o d'affari, restando loro affidato il compito prendere decisioni di politica economica che dovrebbero essere di competenza della parte politica (18).

Il conferimento alle autorità dei poteri di svolgere attività discrezionali che sconfinano nella dissimulazione politica (le autorizzazioni) e giurisdizionali, riduce i diritti soggettivi dell'area di competenza a meri interessi leggittimi (i provvedimenti autoritativi e sanzionatori). È la indipendenza dissimulatrice di decisionismo politico (la discrezionalità espressa per il tramite delle autorizzazioni) che porta alla autolegittimazione. È l'esercizio di un potere giudiziario di stampo amministrativistico (la magistratura economica), che porta ad un autocontrollo dissimulato in giustizia. Una giustizia attuata per il mezzo della scelta di sistema, di attrarre nell'orbita amministrativa i diritti del e sul mercato, in riguardo alla concorrenza. Entrambe le scelte da ascriversi all'esito ultimo della neutralizzazione del diritto propria del legalismo giuspositivista e della incapacità del decisionismo a supplire ad una tal neutralità, entrambe le posizioni congegnate a difendere il primato della politica sul mercato.

Tornando alle questioni di fondo che animano lo scritto di Irti. Ho già detto sopra che è la metafiscità della concezione giuspositivistica della genesi delle norme creatrice della artificialità del diritto, che si rende permeabile a qualsiasi violenza, economica o Statualistica che sia.

Irti non se ne dà per inteso e combina, in una formulazione esclusiva, simbolismo autoreferenziale e teologia politica.

Ne viene fuori un modello che tende a prefigurare di fronte alla globalizzazione, alla perdita di identità dello Stato-nazione, non già la costruzione di uno Stato extra territoriale, che per preservare la democrazia in un regime che congiura politicamente contro di essa, esplori nuove forme di cittadinanza, nuovi livelli di rappresentività, nuove procedure dunque, tese a formalizzare in norme le nuove forme di equilibrio proprie dell'ordine spontaneo (19). Ma il ruolo di uno Stato nazione ridotto al ruolo di stato-debole, confinato ad essere un com-

(18) G. Rossi, *L'antitrust come libertà dei cittadini*, Micro Mega, 1, 1995, pp. 113 ss.

(19) C. Marazzi, *Il posto dei calzini, La svolta linguistica dell'economia e i suoi effetti sulla politica*, Torino, 1999, p. 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

missariato locale di polizia, che assicura il minimo ordine necessario a mandare avanti gli affari ma che non va temuto come freno efficace per la libertà delle imprese globali (20). Lo Stato formalista e muscoloso di Irti, è lo Stato cane da guardia che morde i deboli — i più deboli tra i suoi cittadini — e abbaia ai forti — le imprese globalizzate —.

Alla tipizzazione quale scelta metodologica per mezzo della quale si esprime la legge dello Stato adatta ad una economia fordista, ben può essere preferita, in un mercato post-fordista dominato dalla comunicazione e dai linguaggi per il tramite del quale si materializzano i beni, la a-tipicità regolata per il tramite di autorità dotate dei poteri e della competenza di procedere per l'esame di meritevolezza dei rapporti dei soggetti sul mercato. Alla direttività impotente a regolare rapporti che sfuggono alla autorità che ne dovrebbe esser dotata, ben può esser preferito il metodo che è rispettoso del procedimento non cooperativo del formarsi delle regole e della loro susseguente formalizzazione in norme, mediante procedure frutto del raggiungimento di una posizione di equilibrio.

Ad Irti, come a me, sta a cuore la medesima questione. Quella di salvaguardare il diritto come espressione di politicità tesa a regolare il mercato. Non già a sopprimerlo ma a promuoverlo a mezzo di quelle istituzioni e norme che gli consentano di funzionare meglio e con maggior trasparenza. Questa comune preoccupazione non fa che rafforzare la stima per il Maestro, una stima che si esprime anche per il tramite di queste note critiche alle sue indicazioni metodologiche e di politica del diritto.

(20) Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione, Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, p. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÈ CLAVERO

POSITIVE MORALITY: LA INCÓGNITA DECIMONÓNICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

(A propósito de *Potenza e Ragione* de Stefano Mannoni) (1)

1. *Down by Law*: moralidad positiva internacional. — 2. *Up by Courtesy*: derecho positivo internacional. — 3. *Up and Down*: derecho y moralidad internacionales.

1. Down by Law: *moralidad positiva internacional.*

No es difícil encontrar por todo el siglo XIX europeo y americano juristas que niegan la existencia de un *derecho internacional*, corifeos y secuaces al fin y al cabo de unos Estados, los europeos y los americanos, que, afirmándose como soberanos, no parecen muy dispuestos a reconocer ordenamiento superior a ellos mismos. Intentando determinar estrictamente *the province of jurisprudence*, el dominio de una ciencia del derecho, frente a la relajación del propio lenguaje hacia las alturas de mediados de siglo, el británico John Austin niega que *the law of nations or international law*, el derecho de gentes o derecho internacional, mereciera con propiedad, falto del aval por lo visto entonces esencial de *sovereignty*, de soberanía, la denominación de *law*, el identificativo exacto de *derecho*. He aquí una de las negativas más afamadas que no dejaba de situarse entre unos matices usualmente en cambio olvidados (2).

Pues resulta que, según la visión de Austin, se puede carecer de la condición de *law*, de derecho, pudiéndose tener todavía el carácter de *rule*, de ordenamiento de otro tipo, de alguno que se genere, no en *sovereignty*, en soberanía de signo político, sino en *general opinion*, en opinión de carácter general, con un alcance tan *positive*, tan positivo en

(1) Stefano MANNONI, *Potenza e Ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milán (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 54) 1999.

(2) John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición de Wilfrid E. RUMBLE con registro de procedencias textuales entre publicaciones primera de 1832 y postumísima de 1885, Cambridge 1995, voces en el índice analítico de *ius gentium*, *law of nations* y, por lo que ahora veremos, *opinion*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la acepción de establecido, como el derecho mismo. Son órdenes el del *law* y el de la *opinion* que diferirían por sus *sources*, por sus fuentes. Con soberanía tenemos *positive law*, derecho positivo; con opinión, *positive morality*, moralidad igualmente positiva, otro posible cuerpo de *rules*, de reglas. Pese al equívoco del sustantivo, el *international law*, el derecho internacional, sería una *branche*, una rama, de la *positive morality*, de la moralidad positiva, y no del *positive law*, del derecho positivo. También se nos subraya que en dicho sintagma no se significa bondad de conducta ni cualificación ética ninguna, sino existencia de regla, con la expresión de moralidad. Moral va en el sentido de practicado o consuetudinario. Y positiva es calificativo igualmente neutro (3).

La moralidad positiva conoce reglas en el ámbito internacional pues tiene materia que regular. Por ejemplo, se pregunta Austin, « ¿cuándo se eleva una colonia rebelde, como la que ahora constituye la nación mexicana, desde la condición de provincia insurgente hasta la de comunidad independiente? ¿En qué momento ha autorizado el derecho internacional a las naciones neutrales para reconocer la soberanía de México? ». La respuesta habría de darla el propio Estado mexicano o, antes incluso, la propia sociedad mexicana. Cuando ésta dejó de prestar obediencia a España por habérsela transferido al nuevo Estado, entonces, con ello, « se vieron autorizadas las naciones neutrales, por la moralidad existente entre ellas, para admitir la independencia de México y la soberanía del Estado mexicano », del *Mexican government*. La concurrencia de Estados es como un espejo que hace principio común el principio propio. La soberanía es regla entre soberanías. Podía serlo y así entonces lo era (4).

« The so called law of nations consists of opinions or sentiments current among nations generally », lo que se llama derecho internacional consiste en opiniones o sentimientos compartidos entre naciones. « Positive international morality », la moralidad positiva internacional, se identifica con « the rules which actually obtain among civilized nations in their mutual intercourse », con las reglas que realmente median las relaciones entre naciones civilizadas. Aquí tenemos implícita una fuente última para la opinión que forma moralidad en esta vertiente internacional. Es la *civilization*, la civilización que se entiende propia y común de las determinadas naciones constituyentes de Estados soberanos, de esta verdadera comunidad, si no de derecho positivo, de ordenamiento también efectivo. Lo que definitivamente con todo esto no se admite es la idea de un *ius gentium* como *ius naturale*, de un derecho de naciones como orden de naturaleza por encima de los

(3) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 110-112 y 123.
(4) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 175-176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Estados y sin control así de positividad, de efectiva práctica entre ellos (5).

Positive morality no es una expresión que suene hoy tan neutra como es de suponer que podría llegar a hacerlo en tiempos de Austin cuando así la adopta. La acuñación no ha tenido éxito ni tiene curso. Se presta a la confusión de entenderse algo tan ajeno al derecho como alguna bondad redoblada por moral y por positiva. El equívoco también podría darse entonces pues Austin se ocupa de prevenirlo. No encontraría mejor expresión para algo tan elusivo como un ordenamiento que no constituía derecho en un contexto que quería distinguir estrictamente la misma dimensión jurídica de vecinas como la ética. Y lo era que podía constituir por costumbre y por doctrina ordenamiento de base nada menos que para los Estados, para las soberanías que determinaban el derecho mismo. Aquí y ahora no me interesa la ubicación de la ocurrencia en el pensamiento de Austin ni tampoco en la historia doctrinal del derecho internacional. Intento identificar el objeto para entrar en materia.

2. Up by Courtesy: *derecho positivo internacional.*

He ahí un objeto realmente escapadizo para una historia del derecho, más todavía por encontrarse hoy en manos de parte interesada. No se trata de un fenómeno de ciclo cumplido y pasado. El derecho internacional es ahora, en nuestro tiempo, un dominio bien tangible con especialistas y profesionales que no desprecian el crédito o incluso la legitimación de una historia figurada a la propia imagen y semejanza. Puede pasar con la proyección por derecho lo que no lo fuera sin cuestión siquiera para otras posibilidades pretéritas de ordenamientos sociales e incluso políticos. El mismo terreno de uno *internacional* se encuentra en situación de notable abandono por parte de la historiografía jurídica que pudiera ser más sensible para con configuraciones caducas de objetos vivos. Hay que felicitarse por la aparición y el aporte del libro de Stefano Mannoni, por la iniciativa y el resultado de su estudio sobre *diritto internazionale* entre 1870 y 1914, en unas décadas de *crisi dell'equilibrio europeo*.

Démosle la bienvenida pues la merece. Mannoni se mueve con verdadera soltura por la problemática internacional del largo siglo XIX, hasta la crisis de la guerra del 14, y entre escritos doctrinales centroeuropeos y norteamericanos básicamente. Se adentra en este terreno descuidado por la historiografía jurídica con tal dominio de la materia que crea la impresión de estarse moviendo por territorio conocido. Lo resulta tras su exploración y por ella. Aunque sólo fuera por esta recuperación de objeto y materiales, el recibimiento está merecido. Hay

(5) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 124, 142 y 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libros que abren campo. Y los hay que también hacen camino. Es el caso. Stefano Mannoni traza, bajo el título de *Le vie della pace*, todo un mapa de situación bien circunstanciado de la doctrina internacional del XIX, para centrarse luego en los problemas internos de la quiebra de la paz, del bloqueo de dichos caminos para beligerantes, *Il problema della guerra*, y para no beligerantes, *Vicissitudini della neutralità*.

Son los títulos de los tres grandes capítulos en que se divide el libro, resultando el primero de un alcance más general y viniendo los otros a centrarse en las cuestiones del *ius in bello*, de algo de entrada tan imposible bajo supuestos de soberanía como el ordenamiento interno de la guerra, no ya la premisa también problemática del derecho a hacerla, pues experimentó un notable proceso de positivización entre siglos, a partir de la guerra civil estadounidense y a través de conferencias diplomáticas, simposios científicos y convivios híbridos, para saltar por los aires el 14, de lo cual se ocupa un *Epilogo* de dos epígrafes expresivos: *La sovranità contestata* y *Conflitto di paradigmi*. A falta de mejor palabra y no convenciéndome para el caso la suya, llamo *positivización* a lo que Mannoni identifica como *codificación*, la formulación expresa de un *derecho internacional* tras el periodo en el que ha llegado a negarse su existencia.

El anágrafe del libro no veo que le haga completa justicia, pues título se pasa y subtítulo no llega. *Potenza e ragione* resulta demasiado genérico, pudiendo haberse contraído, si el nombre no existiera, a *Guerra e pace*, pero a su vez el subtítulo, *La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, parece en cambio que se queda corto. No sólo se trata de una *ciencia* del orden internacional, sino también de los retos de desorden interestatal que debe afrontar, con lo que entramos en materia más sustantiva, si la doctrina ya no lo fuera, de derecho internacional. El panorama además no se limita a Europa ni a las décadas entre siglos, aunque en una y en otras venga efectivamente a centrarse.

Ante todo se ofrece el mapa de latitudes y coordenadas para la navegación por las aguas procelosas del derecho internacional más o menos existente y más o menos reconocido durante el XIX, esto más general e inédito de lo que, aun con el riesgo de cometer injusticia con la parte más monográfica del libro, la de *guerra e pace*, quiero ocuparme (6). Bajo el título de *Le vie della pace* encontramos tal portulano no sólo de rutas y rumbos de paz, sino más generalmente de derecho. Partimos del *declino del iusnaturalismo* privando de legitimidad a la doctrina jurídica no resignada al *positivismo* de Estado, a esta forma contemporánea de *assolutismo giuridico*. No se adopta esta categoría historiográfica, pero es de su punto histórico de donde realmente

(6) B. Clavero, *Diritto della Società Internazionale*, Milán 1995, para mero acercamiento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partimos (7). *Lo Stato sopra il diritto, o il verdetto di Hegel e Austin*, es uno de los epígrafes de estas *Vie della pace* bien expresivo al efecto.

Como si fuera el único entonces pensable o al menos realista, la exposición se sitúa decididamente en el mismo terreno *positivista* del derecho, sin mayor atención a la *moralidad* que dijera el propio Austin. Pero el asunto de fondo no deja de entrar por derivaciones imprevistas para el británico como, formándose epígrafes de las *Vie della pace*, a través del arbitraje, la cooperación y otras formas de relaciones multilaterales entre Estados concertados por intereses y presunciones comunes. Un apartado de *Colonialismo e civiltà* pone en especial de relieve esto último. La idea de *civilización* que legitima y fomenta colonialismo resulta la fuente por excelencia de la *moralidad positiva* que diría Austin. He ahí todo un *derecho internacional* para un tiempo que negaba por lo común su existencia.

« Only by courtesy », únicamente por cortesía, podría entenderse que el *international law* es derecho, aseguraba uno de los poquísimos juristas británicos atentos entonces el planteamiento de Austin. Sólo sería « the formulated view of the civilisized world upon tha graver questions which may arise between governments », la determinada visión del mundo civilizado sobre los extremos más graves que puedan suscitarse entre Estados. ¿No es mucho lo que se encierra en *la cortesía*? ¿No tendríamos que empezar reconstruyendo todo lo que se presupone como ordenamiento no menos efectivo por no ser jurídico de dicho *mundo civilizado* y no sólo para sí mismo, sino para la humanidad entera? Mannoni no lo entiende evidentemente así. El planteamiento de Austin, aquel *verdetto* compartido con Hegel, lo reduce a esto: « Il diritto internatizionale è niente più che una morale », nada más que una moral y punto, sin las especificaciones que hemos visto (8).

El propio caso británico ofrece, junto al estadounidense, buenas pistas que al mismo Mannoni no se le escapan. Continuamente ha de marcar el contrapunto de un entendimiento que puede decirse anglosajón del derecho internacional. Comienza por no ser tan *positivista*, por este aspecto más general que ahora interesa. No resulta significativa del propio caso, el británico, la posición de Austin, como antes tampoco la de Jeremy Bentham todavía más negatoria de la posibilidad jurídica del derecho internacional. La audiencia fue parca en su medio. Ni en Gran Bretaña ni en Estados Unidos se excluía la incorporación normativa del *ius gentium*, del mismo derecho de naciones que se venía tradicionalmente concibiendo como *ius naturale*, orden de naturaleza. No suele alcanzar ahora, en el XIX, esta fuerza ni este reconocimiento, pero tiene valor y presencia. Es lo que Mannoni entiende como

(7) Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán 1998, con esta contención a derecho privado.

(8) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, pp. 29 y 61-62, con la cita también del otro jurista, Thomas Erskine Holland.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sincretismo anglosassone, otro epígrafe de las *Vie della pace*, testimonio de que Bentham y Austin no son profetas en su patria. Como había dejado en claro Blackstone, *the law of nations*, incorporada por el *common law*, « is held to be a part of the law of the land », es parte integrante del propio derecho británico (9). Mannoni lo registra y lo comprueba también respecto a los Estados Unidos, considerando casos jurisprudenciales. Aquí, por el espacio anglosajón, si hay un *assolutismo giuridico*, cancela *ius naturale*, pero no por ello *ius gentium*.

Mannoni habla de *sincretismo* para el supuesto porque su exposición se mueve del *iusnaturalismo* al *positivismo* como términos que se repugnan entre sí y cuya unión produce híbrido. Ambas referencias no acaban a mi entender de precisarse del todo. La primera se mueve entre el *ius naturale* socialmente indisponible por su impronta tradicional y los *iura naturalia* políticamente intangibles por su carácter constitucional. No es lo mismo, pero la contraposición nunca se plantea frontalmente como tal. Una postura como la de Pasquale Fiore situándose en el segundo terreno, el de los derechos constitucionales, aparece registrada como expresión del *iusnaturalismo* tradicional de cuya superación se trata con un *positivismo* de perfiles igualmente vagos (10). Cuando en el medio anglosajón se hace entonces lo propio con unos *rights* o derechos venidos a tal posición de signo constitucional, resulta la ubicación más fácil gracias a dicho marchamo de *sincretismo*. ¿Mas no es *positivismo* también el *constitucional* aun en el caso de que predique con lenguaje *naturalista* derechos de libertad? No hay epígrafe ni modismo que lo distinga en la exposición de Mannoni. Ni el mismo *Epilogo* llega a identificar como *paradigma* ni variante un *iusnaturalismo* distintamente constitucional que, por basarse en derechos, por esto exactamente, compromete al Estado y a los Estados, al ordenamiento entre ellos tanto como al interior.

Potenza e ragione concluye, como anuncia, en 1914. No entra entre sus objetivos adentrarse ni mucho menos en el tiempo posterior. Pero se asoma y ofrece una vista en la que se vislumbra sin cobrar cuerpo dicha alternativa constitucional. El panorama responde justamente a la historia, pues aún tomaría casi medio siglo y la más cruenta de las guerras, con holocaustos industrial y nuclear, el planteamiento resuelto por un derecho internacional de derechos constitucionales, de los *derechos humanos*. Nada de esto ciertamente es materia del libro. Sin embargo, no sé si el detalle de no haberse distinguido el *internacionalismo* de derechos que no falta en tiempo anterior a 1914, con todos sus

(9) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765-1769 (reprint 1979), vol. IV, *Of Public Wrongs*, cap. 5, *Of Offences against the Law of Nations*, p. 67.

(10) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, la voz de *Fiore* en el índice de autores, primera aparición.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

desencajes, hurta problemática de esta misma época. No habría anacronismo en la distinción.

Obsérvese el efecto por la cara negativa de la moneda. ¿Qué panorama acaba ofreciendo el apartado más incisivo para el reconocimiento del derecho internacional existente en el tiempo cuando se negaba por lo común su existencia o de la *positive morality* a fin de cuentas, de algo que es y no es derecho? Me refiero obviamente al ya señalado a este propósito, el que se dedica a *Colonialismo e civiltà*, a la civilización en la que no sólo se reconocen, sino por la que también se ordenan los Estados.

El apartado traza con buen pulso el mapa de los sujetos de un orden internacional. Aparecen en posición activa los Estados que se tienen a sí mismo por *civilizados* y cuya civilización se muestran dispuestos generosamente a participar. Quedan de diverso modo en la posición pasiva cuantos colectivos humanos no alcanzan el reconocimiento. Dicho de otro modo, la propia idea de civilización funda un colonialismo que se entiende a sí mismo como humanitario incapacitando a la mayor parte de la humanidad en la medida en la que logra imponérsele el ordenamiento que de este modo más cultural que normativo se destila. Es evidencia que en la exposición de Mannoni manifiesta un carácter más accidental que constitutivo del derecho internacional de entonces. « Sono rari i giuristi che mostrano una schietta sensibilità verso il problema della parità di diritto con le nazioni extraeuropee » (11), pero yo no encuentro ninguno ni europeo ni americano que demuestre tal franca sensibilidad para con un pie de igualdad. La disparidad parece constitutiva, de donde se arrastrarán problemas de fondo en el mismo ámbito del derecho internacional a todo lo largo del siglo XX.

La exposición se asoma al tiempo inmediato, al de una Sociedad de Naciones que, tras la guerra, se propondrá asumir « la responsabilità dei popoli civili per la *guardianship* dei loro *pupilli* », humanidad no europea ni asimilada. Se anunciaría así, según *Potenza e ragione*, un tiempo de respeto, « di rispetto », por otros pueblos mediante un acrecentamiento de la protección, de dicho régimen de *tutela*, que condujera a su educación y bienestar, « alla loro educazione e benessere » (12). Así es como concluye el capítulo sobre *Colonialismo e civiltà*. Confieso mi perplejidad. Siguen todos los problemas como si fueran ahora soluciones. No entro, como no lo hace Mannoni, en una historia posterior que, con descolonización y todo, no abona precisamente dicho panorama de futuro entonces. Me pregunto sólo por el grado en el que una relativa asunción de la misma presunción civilizatoria que ha constituido derecho internacional no está estorbando la percepción del

(11) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, p. 107.
(12) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, pp. 119-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propio objeto histórico, de todo ese volumen de ordenamiento no menos efectivo por no tener formulación normativa ni reconocimiento jurídico cuya punta mínima de iceberg podía ser la idea austiniana de *positive morality*.

Al presentar tal panorama conclusivo de un tiempo y al referirse en concreto a la responsabilidad de la *guardianship* o tutela de unos pueblos por otros, Mannoni apunta en nota: « Un precedente importante in tal senso era quello del trattamento degli indiani di America, assimilati anch'essi a *pupilli* » (13). La fórmula internacional pasaría por la geografía americana, por el tratamiento estadounidense de la población indígena. He ahí un hilo de unión entre *ius gentium*, que ya establecía dicho régimen de tutela, y *derecho internacional*, que acaba efectivamente asumiéndolo como cosa propia. La advertencia resulta tan incitante que está clamando por desarrollo. El escenario de *Potenza e ragione* es el europeo, pero en más de una ocasión debe mirarse a América o en concreto a Estados Unidos, pues es latitud que interesa a la positivización más general de derecho internacional. Por esto el libro se extiende a la consideración de casos no sólo británicos, sino también estadounidenses, respecto a la vigencia interior del *ius gentium*, pero ninguno de ellos toca a dicha cuestión del tratamiento indígena. Los hay, pudiendo abrir todo un horizonte de continuidad encubierta a partir del *ius gentium* con lo que esto supone de derecho internacional en el tiempo en el que más se niega su existencia y en el posterior que la reconoce (14).

Mannoni se ocupa más de *derecho positivo* emergente que de *moralidad positiva* operante, dicho sea en los términos de Austin, con lo cual creo que se le escapa una dimensión primaria del asunto, la que quizá constituye entonces el reto principal para el mismo *internacionalismo*. Cierto es que su objeto y sus materiales son de *scienza del diritto* y no de otra cosa, pero en esta misma *ciencia*, en la doctrina del derecho, hay silencios y presunciones, entrelineados e intertextualidades, no menos expresivos o más reveladores incluso que las escrituras y otros signos aparentes. Y éstos conducen a aquellos. Los tiene ante la vista y

(13) S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, p. 119, n. 377.

(14) Robert A. WILLIAMS Jr., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990; Philip P. FRICKEY, *Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law*, en *Harvard Law Review*, 107, 1993, pp. 381-440; Francis P. PRUCHA, *American Indian Treaties. History of a Political Anomaly*, Berkeley 1994; Jill NORGREN, *The Cherokee Cases. The Confrontation of Law and Politics*, Nueva York 1996. Pero puede ser también punto ciego en Estados Unidos: Peter ONUF y Nicholas ONUF, *Federal Union, Modern World: The Law Of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison 1993; Francis A. BOYLE, *Foundations of World Order: The legalist approach to international relations*, Durham 1999; o también que, advirtiéndose, se ciega: Bruce ACKERMAN, *We the People*, vol. I, *Foundations*, vol. II, *Transformations*, Cambridge 1991-1998, a no ser que lo remedie el vol. III, *Interpretations*, pendiente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a mano. No dejan de comparecer por ejemplo James Brown Scott, la Carnegie Foundation y su empeño por reconstruir un derecho internacional a la entrada del siglo XX de cara a la humanidad entera, inclusive Europa, con materiales del *ius gentium*, sus afamados *Classics of International Law*, a estas alturas y para tales anchuras (15), una especie de contrabando de doctrina cual mercancía rediticia entre tiempos históricos y espacios presentes como luego constataremos. La noticia desnuda se registra. ¿Cómo no llama la atención, causa sorpresa y sirve de pista?

Para Mannoni el personaje merece otra presentación: « James Brown Scott (1866-1943) è il tipico esponente della migliore accademia nordamericana di fine secolo », además de « consulente giuridico del Dipartimento di Stato » y « direttore della divisione per il diritto internazionale della Fondazione Carnegie » (16). Y pesa lo primero, la excelencia de academia. Es autoridad de la que fiarse sin mirar entrelíneas. Se guarda respeto a textos y autores. Se les fotografía en su mejor postura. Resultan agraciados. Entre otras utilidades, *Potenza e ragione* presenta la de ofrecer biografías profesionales someras de la sucesión de internacionalistas que van compareciendo. Lo hace en nota cuando se trata de datos que tal vez merecieran más relieve y desenvolvimiento. Se nos dice justamente de una *« Internazionale » dei professori*, otro epígrafe del capítulo de las *Vie della pace*. La ubicación de alguno de tales profesores, entre Alemania y Francia por ejemplo, a veces se apunta como circunstancia a tener en cuenta para entender posiciones. Abren el apetito y saben a poco sugerencias tan telegráficas entre textos.

Si ello es así, si hay tal *Internazionale dei professori* aunque sea entre comillas, ¿no convendría adentrarse a fondo en las redes que iban tejiéndose entre *ciencia* y diplomacia, entre doctrina y política internacionales, y en cuyo entramado se producía el cultivo, la cosecha y el cocinado de la positivización de un ordenamiento? ¿Y antes que nada, con todas sus reticencias y también complicidades, con su escamoteo de derecho, no existía la *Internazionale* precisamente de Estados? Hay aquí textos tratados como científicos que podían ser normativos, positivizaciones incentivadas de la *positive morality*, del derecho que no era derecho (17). Sus motivaciones y servidumbres, esta intertextualidad, hubieran debido quizás interesar. Queda historia del derecho internacional, del inexistente y del existente, desde luego por hacer. Podrá

(15) Christopher R. Rossi, *Broken Chain of Being. James Brown Scott and the Origins of Modern International Law*, La Haya 1998.

(16) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, p. 28, n. 55.

(17) Pienso particularmente en el caso quizá nada único, entre textos utilizados por Mannoni, de Alpheus Henry Snow, *The Question of Aborigenes in the Law and Practice of Nations*, Nueva York 1921 (reprint 1972), que puede situarse por Russel Lawrence Barsh, *Indigenous North America and Contemporary International Law*, en *Oregon Law Review*, 62, 1983, pp. 72-125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abordarse ahora gracias a Stefano Mannoni. *Potenza e ragione* abre campo y hace camino.

3. Up and Down: *derecho y moralidad internacionales.*

No todo es durante el XIX superación del *iusnaturalismo* por el *positivismo* ni vuelta más o menos atrás mirándose hacia delante, la depuración de lo segundo por lo primero. También cabe que esto sea aquello, moralidad o derecho que se pensara o dijera, pero orden entendido y operativo al cabo, todo *positivo*. El fenómeno es común para Europa y para América. Si se manifiesta más llana y paladinamente por ésta, es debido a sus condiciones coloniales internas y a la mayor precariedad consiguiente de partida de los propios Estados. Por unas y otras latitudes existe en el XIX una *positive morality* que funge de derecho internacional en aspectos básicos. Por América se identifica y trata este orden de modo más neto. Tenemos de entrada para un tiempo constitucional lo mismo que de salida para la fase anterior. Es, sin ir más lejos, el *ius gentium* que venía predicándose como *ius naturale*. Si no se le considera ya siempre expresión de naturaleza, se trata de convención que rige entre Estados. La *positive morality* era ante todo el derecho de gentes o la *law of nations* equivalente en un grado superior al que con más formalidad se reconociera por latitudes anglosajonas.

Rige el *ius gentium* ante todo como orden relativamente interior respecto a territorios que se tienen por propios sin guardarse la misma consideración para con poblaciones que se resisten. Se les aplica un tratamiento poco acorde a derecho cuya legitimación y cobertura se endosa de entrada a la salida, al susodicho *ius gentium*, al mismo derecho que sirvió para la invasión y conquista europeas. Ahí se tiene un ordenamiento interno al margen del propio derecho o una división normativa a espaldas de la constitucional propia; dicho todavía de otro modo, una *positive morality* distinta e impermeable al *positive law* general. El caso más transparente, por más formalizado ayer y más estudiado hoy, es el estadounidense. Un *Indian law*, un derecho indiano contemporáneo, se produce y mantiene así al margen y a las espaldas del propio ordenamiento constitucional. En éste, pero no en aquel, pueden valer derechos de libertad. De esta esquizofrenia exactamente se trataba (18). Cuando avanzado el siglo se quieran positivizar aspectos de dicha *positive morality*, los Estados Unidos van a poder encontrarse

(18) John R. Wunder, *« Retained by the People ». A History of American Indians and the Bill of Rights*, Nueva York 1994; Sidney L. Harring, *Crow Dog's case. American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge 1994; Blue Clark, *Lone Wolf v. Hitchcok. Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln 1994; David E. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court. The Masking of Justice*, Austin 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en una posición de conocimiento y experiencia envidiables para Europa. *Potenza e ragione* no deja de ofrecer indicios.

Desde un principio el asunto no es en exclusiva americano porque efectivamente participa Gran Bretaña, el otro caso de vigencia reconocida del *ius gentium*. Como no deja de reflejar Mannoni, el mantenimiento sobre todo se debe a la dimensión imperial. Problemas provocados por la expansión política y la actividad naval tanto comercial como militar son los que vemos que llevan a tomarse judicialmente en cuenta el *law of nations* de tracto anterior, la versión y acomodación del *ius gentium*. Y no es lo único, puesto que Gran Bretaña no renuncia a una presencia americana más allá de Canadá. Abriga un diseño de establecimiento directo por zonas del litoral atlántico entre la Patagonia y el Yucatán, lo que acabaría reduciéndose a Guyana, Belice e islas por las Antillas y Falkland, y también el empeño de hegemonía menos directa sobre los Estados latinoamericanos, lo que terminaría al final chocando con el reverdecimiento de una Doctrina Monroe continentalizada. De esto último se ocupa Mannoni (19), no del resto. Y ello reviste interés no sólo por ser caldo de cultivo compartido a doble banda, tanto con Estados latinoamericanos como más problemáticamente con pueblos indígenas, para un mantenimiento menos sectorializado y no tan clandestino del *ius gentium*, sino también por el mismo cuestionario de otro signo, de uno constitucional, que se origina en este ámbito común de derecho internacional entre Europa y América.

Estados Unidos goza de predicamento constitucional por América arrancando por el derecho a la propia independencia. Gran Bretaña compite en este mismo terreno del constitucionalismo. No se limitaba al reconocimiento sin más de unos nuevos Estados, esto que le parecía tan automático a Austin y cuya problemática de entonces sigue más bien inédita pese a estudios (20). Llegaba a plantearles a dichos Estados una especie de encuesta o verdadero test de constitucionalidad. Habían de pasar un examen para Gran Bretaña. Entre sus preguntas figuraba la abolición de la trata, no de la esclavitud misma, y extremos también de orden interno acerca de reconocimiento de derechos y establecimiento de poderes, pero nada que afectase a la *positive morality*. No hay signo de preocupación por la posición jurídica que la independencia deparara a la población de procedencia no europea comenzándose por la que entonces constituía notoria mayoría, la indígena (21). Así se concurría a la determinación de un derecho entre Estados con *apartheid* de una

(19) S. MANNONI, *Potenza e Ragione*, pp. 125-129, *Dottrina Monroe*, también epígrafe de las *Vie della pace.*

(20) M.J. PETERSON, *Recognition of Governments. Legal Doctrine and State Practice, 1815-1995*, Londres 1997.

(21) Puede perseguirse el asunto en C.K. WEBSTER (ed.), *Gran Bretaña y la Independencia de la América Latina, 1812-1830. Documentos escogidos de los Archivos del Foreign Office* (1938), Buenos Aires 1944.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

humanidad a la que se le resevaba otro orden, aquel de positiva moralidad o derecho de gentes impermeable al constitucional. Mannoni se ocupa de la trata, cuestión visible desde Europa (22), no del resto, tampoco en sí de la esclavitud.

La positivización de un orden entre Estados por América se acaba planteando en la segunda mitad de siglo, reverdeciendo la Doctrina Monroe, como un reto propio. Aquí encontramos a nuestro contrabandista, J.B. Scott, y a la empresa que organiza el corso, la Carnegie Foundation. No sólo recuperan como *Classics of International Law* textos nada inocentes del *ius gentium*. Apadrinan cumbres para la positivización más actualizada particularmente de un derecho *inter* o *panamericano*. Entendiendo que así se hacen partícipes de uno europeo para ordenación propia, proclaman principios: *res nullius et uti possidetis*, y marcan objetivos: *eugenics and homiculture*, por ejemplo y a pares. He aquí un orden particular americano que podía presentarse sin faltar mucho a la justicia como espejo del derecho internacional de cuna europea y vocación general (23).

La negación de existencia de *res nullius* como principio que se entiende de contigüidad de fronteras estatales con indiferencia de su efectividad nulifica ante todo presencia indígena. Lo hace conforme al principio paralelo y no menos ficticio de un *uti possidetis* de tracto colonial sin necesidad de entrarse así en problema interno ninguno de título pues esto hubiera ante todo situado frente al dominio efectivo indígena no sólo por zonas de frontera. Y aquí se encierra algo tan poco ficticio como la legitimación internacional y panamericana de guerra ofensiva sin reglas de derecho, aquella que se hiciera frente a población indígena reluctante. Todo un arte del siglo XX, el cine, nos ha acostumbrado a contemplarlo como cosa normal y natural. Forma parte de nuestra *positive morality*. Más olvidado anda el otro par, el de unos objetivos de *eugenics and homiculture*. Lo segundo, homicultura, se decía como puericultura o también como agricultura, cultivo de humanidad como de tierra. Pues se le reservaba el tratamiento de menor bajo tutela, para la población indígena, para toda ella, podía ser puericultura (24).

Igual que la guerra, los objetivos se dirigían al cumplimiento de la ficción. Con eugenesia y homicultura se miraba sin tapujos a la homogeneización de la población, a la racial como a la cultural, a ambas complementariamente y en sintonía. Importa ahora más la predicación de principios y objetivos que un éxito diversificado y relativo. Así se

(22) S. Mannoni, *Potenza e Ragione*, pp. 95-97, como punto de *La scoperta della cooperazione*, epígrafe de las *Vie della pace*.

(23) James Brown Scott (ed.), *The International Conferences of American States, 1889-1928*, Nueva York 1931, pp. 44, 239-240 y 313.

(24) Nancy Leys Stepan, *« The Hour of Eugenics ». Race, Gender, and Nation in Latin America*, Ithaca 1991, también para la *homiculture*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definía un derecho internacional por América al que Europa no hacía ascos. Luego ha podido escandalizar y avergonzar ante la vuelta de tuerca del nazismo. Conviene hacer memoria, por dolorosa que sea, aunque sólo fuera para no hacernos ilusiones con aquella *scienza del diritto internazionale*. No sólo era asunto entre *guerra e pace* por Europa. Lo dicho también se encerraba en las empresas científicas de Scott, Carnegie y compañía sin plantear problema constitucional ni por uno ni por otro continente.

Puede pesar si no tomamos conciencia. Repudiada como objetivo la eugenesia tras el horror nazi, queda todavía la *homicultura*, no otra cosa que la *positive morality* que diría Austin, la presunción *civilizatoria* en suma. Y no digamos nosotros de unos principios, *res nullius* en negativo y *uti possidetis* en positivo, pues están más intocados. Para recuperarse perspectiva, conviene también registrar que en América y para relaciones interculturales, como derecho internacional, no sólo había *ius gentium*, sino también orden de recibimiento, acuerdo y concierto generado por la parte indígena, la de mejor derecho estando en tierra propia, o con su concurrencia (25).

Mannoni ya sabemos que concluye con el *Conflitto di paradigmi*, pero no estoy muy seguro de que hubiera entre siglos y a las alturas de 1914 uno que pudiera entrar como tal, por representar a este nivel alternativa, en conflicto con el canon establecido. Mannoni trata variantes de importancia ciertamente efectiva, pues entre ellas se dirime nada menos que la guerra y la paz en el mundo *civilizado* de los Estados, pero me parece que seguimos, por fieles a la época, situados en la *positive morality*. Mal puede superársele cuando ni siquiera ha sido identificada. Como no era derecho, no podía venir al campo de los derechos. Autores que entonces partían de éstos y que ya también procuraban mirar a más humanidad, podían reproducir sin problema la esquizofrenia por no saber moverse en otro terreno que el de la *positive morality* con su contraposición más o menos graduada entre presunciones tales como *civilización* y *barbarie*, hogar lo uno y no lo otro para unos derechos de libertad, para el orden constitucional.

Pasquale Fiore, aquel jurista de perfil desdibujado en *Potenza e ragione*, puede ilustrarlo con tratamientos que merecieron audiencia (26). Partía de un *naturalismo* de derechos de libertad como base constituyente de la relación entre Estados igual que para cada Estado en particular y tomaba en consideración la existencia de humanidad excluida por falta de cobertura estatal propia, pero no extraía la

(25) R.A. Williams Jr., *Linking Arms Together. American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York 1997, que puede contrastarse con la rúbrica de *Political Anomaly* endilgada por el citado F.P. Prucha al asunto desde la independencia cuando menos.

(26) Pasquale Fiore, *Tratado de Derecho Internacional Público*, traducción y adiciones de Alejo García Moreno, Madrid 1879-1884, entre otras recepciones hispanas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consecuencia de un defecto de reconocimiento en pie de igualdad por parte del propio derecho internacional. Pesaba la *positive morality* común por dominante no sólo entre Estados, sino también dentro de la *« Internazionale » dei professori*. He ahí en todo caso un *sincretismo* que no era anglosajón, sino latino. Tuvo presencia e incluso en momentos fuerza por Europa y por América, por latitudes aquí descuidadas (27). Quizás la modalidad distintiva principal ya entonces pasase más por el punto constitucional que por el espacio al fin confuso entre *iusnaturalismo*, *positivismo* y algún que otro *sincretismo*.

Constitucionalismo por entonces no superaba *positive morality*. Porque tuviese principios, no por ello concebía espacio para un derecho internacional que resultara menos esquizoide, para un orden sin presunción de cultura ni imposición de tutela y que así no necesitara desdoblarse en *moralidad*. Que pudiera ser por fin *derecho*. En el seno de Naciones Unidas, pues no anteriormente en el de Sociedad de Naciones, ha llegado a cobrarse formalmente conciencia (28). No es historia que pueda requerírsele desde luego a *Potenza e ragione, 1870-1914*, pero constituye paradigma hacia el que no abre horizonte ni siquiera como problema ya palpable, por intertextual, en aquella época.

Mas sería definitivamente injusto concluir de forma polémica. Entre *guerra e pace*, entre tragedia y esperanza, Stefano Mannoni nos franquea con decisión y solvencia el campo histórico del derecho internacional, nada más y nada menos. No abundan los libros de los que pueda decirse una cosa ni de lejos semejante.

(27) B. Clavero, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914): Un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor Tau Anzoategui (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires 1997, pp. 31-55, con protagonismo de Alejo García Moreno, el citado traductor de Pasquale Fiore.

(28) Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The accomodation of conflicting rights*, Filadelfia 1990; S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York 1996; Giuseppe Palmisano, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'Onu*, Milán 1997; Sarah Pritchard (ed.), *Indigenous Peoples, United Nations and Human Rights*, Londres 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

C'ERA UNA VOLTA L'UNIVERSITÀ IN ITALIA

Si sa bene che, in Italia, il potere politico (che è potere di partiti, partitocrazia, realtà ben diversa da una reale democrazia) è sordo alla voce degli uomini di cultura, piccoli o grandi che essi siano, e che i pareri da questi espressi sono come i pareri di Cassandra, veridici spesso ma sempre inascoltati. È con questa desolante consapevolezza che, per la seconda volta (1), èlevo sulle pagine di questi 'Quaderni' la mia voce; e lo faccio soprattutto perché non si pensi a un silenzio connivente da parte mia.

C'era una volta l'Università in Italia. È vero; non si tratta di una frase studiata per stupire e attirare il lettore, bensì di un rilievo che registra il risultato di un insano processo voluto e attuato con pervicacia dagli ultimi due Ministri Berlinguer e Zecchino e dai loro sodali (primo fra tutti il Sottosegretario Guerzoni). L'Università, che dal potere politico aveva anche recentemente ricevuto parecchi colpi bassi ma che era riuscita a conservare il suo volto, oggi è stata (o sta per essere) *snaturata* con una deformazione profonda del suo volto essenziale. Oggi, di Università rischia di restare soltanto il nome, e sarebbe stato un atto di coraggio e di lealtà da parte dei Ministri sopradetti di cancellare quel nome che si identificava in una precisa e peculiare tradizione. Dunque, veramente, si può oggi dire: c'era una volta l'Università.

Il perché di questa conclusione icastica e polemica è presto detto. Nel nuovo disegno di Università, quello che vorrebbe irreggimentare gli studii nel triennio che consente il conseguimento di una laurea e nel successivo biennio che consente il conseguimento di una delle lauree specialistiche, la 'filosofia' è la seguente: un triennio impostato su nozioni elementari, improntato alla fornitura di dati, con una funzione sostanzialmente informativa, un biennio percorso da molte, troppe articolazioni perché già orientato a una diaspora professionale. La pseudo-riforma non è ancora compiuta, potrà subire qualche modificazione ma la sua 'filosofia' è quella soprasegnata e non potrà, ormai, che essere quella. Tutto ciò trasforma la vecchia Università in una sorta

(1) V. la 'Pagina introduttiva' ai *Quaderni Fiorentini*, vol. 25 (1996), recante una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer sulla autonomia universitaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di enorme istituto professionale, un politecnico di bassa fattura, dove non è soltanto tradito il vecchio modello (il che potrebbe essere un segno dei tempi), ma viene tradito (ed è ciò che più conta) lo studente nelle sue legittime aspettative.

Mi spiego subito. Lo studente dalla sua frequentazione universitaria non vuole ricevere informazioni, ma una formazione. Il cómpito infatti di un docente universitario non è quello di informare ma di formare; o, meglio, l'informazione — che c'è, che non può non esserci in un corso universitario — non ne costituisce il tratto saliente, il quale riposa invece tutto nel suo carattere formativo, nella trasmissione di un approccio scientifico alla disciplina insegnata, ossia in un approccio problematizzante alla luce di una rigorosa consapevolezza metodologica. Non è la conoscenza di un dato che interessa quanto l'interpretazione di esso, individuando con metodo ineccepibile i problemi ad esso sottostanti, le sue ragioni, la sua genesi. All'Università si fa scienza; l'Università, o è fucina di scienza e fornitrice di riflessione scientifica, o non è, o è altra e ben diversa cosa.

Né si abbia timore del termine 'scienza', che può sembrare troppo paludato. Parlar di scienza, parlar di approccio scientifico significa una cosa sola: fornitura al discente di adeguati apparecchi metodologici, irrobustimento dei suoi occhi con quel potenziamento omnivalente delle sue capacità visive che è la fornitura di un corretto rigoroso metodo di approccio. Col che gli sarà fornito un occhiale, il quale lo renderà capace di dominare criticamente la singola materia prescelta per l'approfondimento e, in un momento successivo, la singola professione e i suoi strumenti tecnici. In altre parole: sostenere che la valenza essenziale dell'Università, di ogni Università, non può che essere scientifica, non significa consegnare il discente a un mondo astratto di pure teorie avulse dalla realtà, bensì affidargli la chiave di comprensione della cifra complessa della realtà fattuale, acuire il suo atteggiamento critico, la sua dimensioni culturale come dimensione di autonomia intellettuale.

Orbene, la nuova Università di Berlinguer, Zecchino e Guerzoni àbdica sostanzialmente a questa funzione: il professore universitario non è più necessariamente pensato come un ricercatore scientifico, perché il suo insegnamento non è più concepito come trasmissione di un sapere scientifico. La lezione non è più la prosecuzione naturale di una avventura di ricerca, ma l'esposizione chiara e armonica di un patrimonio di nozioni.

Quanto si è ora detto vale per il triennio, ma un discorso non dissimile investe anche il biennio successivo troppo immiserito nella empirìa di canalizzazioni professionali. Si badi: è chiaro, è addirittura ovvio che la formazione universitaria prelude, deve preludere all'inserimento del giovane studente nella società, inserimento che si concreterà nella sua collocazione in uno specifico alveo professionale. Ma quelle canalizzazioni, questa collocazione appartengono a un momento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

post-universitario. Prendiamo a esempio l'unico campo che conosco e su cui posso spendere parole consapevoli, quello degli studii giuridici e di quella che fino ad oggi è chiamata la Facoltà di Giurisprudenza. È chiaro che da questi studii proverranno giudici, notai, avvocati, funzionarii amministrativi, funzionarii d'impresa, e così via, ma questi studii dovranno soltanto formare un *giurista*, cioè un personaggio che ha sul suo naso gli occhiali del giurista, occhiali critici, occhiali metodologicamente provveduti, che potranno facilmente esser messi a fuoco in un secondo momento e solo in un secondo momento sulla specifica scelta professionale. Proprio per una siffatta ragione non mi sentirei di condividere un'altra soluzione della pseudo-riforma in atto, e cioè il completo inserimento delle scuole di specializzazione professionale all'interno dell'Università, mentre dette scuole avrebbero potuto più vantaggiosamente essere gestite dagli ordini professionali, magari con la collaborazione e con apporti anche cospicui delle Università.

Tutto il precedente 'cahier de doléances' si condensa nella constatata fortissima attenuazione della funzione critico-formativa dell'Università quale conseguenza della minimizzazione in essa del ruolo della ricerca scientifica. Al che si aggiunge un interrogativo pressante: dove si farà ricerca scientifica d'ora in avanti? Soprattutto dove si farà ricerca pura, posto che anche il C.N.R. è stato abbastanza emarginato? So bene che in questa strada discendente, noi abbiamo pecorilmente imitato cattivi esempii di paesi stranieri, ma so anche che in quei paesi (penso, in questo momento, soprattutto alla Francia) si è conservato, potenziato, creato istituzioni formidabili per garantire la prosecuzione della ricerca.

Un insigne collega latinista, docente in una delle più prestigiose Facoltà letterarie italiane, mi partecipava la sua preoccupazione sulla sorte degli studii di Sanscrito fino a ieri coltivati con risonanza mondiale in quella Facoltà, studii che la visione produttivistica — miopemente, grossolanamente produttivistica — della riforma di Berlinguer e Zecchino, condanna a scomparire. È una preoccupazione che si può e si deve estendere a tutti quei raffinati approfondimenti culturali seguiti da pochi studenti, coltivati da pochi ricercatori ma certamente parte integrante d'una ricerca scientifica che non si lasci strumentalizzare da esigenze populistiche misurate soltanto in una dimensione quantitativa.

Le doglianze fin qui puntualizzate riguardano l'Università come luogo di insegnamento e di laboratorio scientifico, ma v'è un'altra doglianza, già da me elevata su questi Quaderni e che mi sento di ripetere oggi: riguarda l'autonomia universitaria prevista dalla Carta costituzionale del 1948. Può sembrare di indole diversa perché attinente alla struttura dell'Università e alla sua posizione nell'àmbito dell'apparato statuale italiano, ma è ugualmente in stretta connessione col suo ruolo culturale. Inutilmente io protestai presso l'allora Ministro Berlinguer che autonomia dell'Università significa solo autogoverno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'Università e non la risibile autonomia di questo Ateneo da quello o da quell'altro, riducendo l'autonomia — che la Costituzione riserva alla istituzione Università (così come l'ha riservata, per esempio, all'ordine giudiziario), cioè alla intiera organizzazione universitaria italiana — alla differenziazione tra un campanile e un altro, differenziazione tendente ad accentuarsi, tanto che oggi il campanilismo voluto e varato da Berlinguer si risolve in una selva di campanili, o, se si preferisce, in un autentico vestito di Arlecchino; con l'aggravante che, malgrado la diminuzione consistentissima del numero degli studenti, si moltiplicano invece gli Atenei, ogni Provincia ne chiede uno e trova pronta soddisfazione grazie ai nefasti influssi di maggiorenti dei partiti locali, sensibili — più che al bene comune — alle proprie clientele elettorali.

Un risultato negativo della pseudo-autonomia, cioè della autonomia campanilistica messa in atto, lo si constata in un preciso terreno di verifica, quello dei concorsi a posti di professore ordinario ed associato, e per due prevalenti motivi: il primo è che questi concorsi non sono più sottoposti a un controllo in sede nazionale (come avveniva col vecchio 'Consiglio superiore della pubblica istruzione' e col vecchio 'Consiglio universitario nazionale'), non hanno perciò alcun setaccio, si sovrappongono tutti l'uno sull'altro prescindendo dalle esigenze obbiettive della Università italiana nella sua globalità, con la conseguenza di avere spesso troppi concorsi e troppi vincitori (moltiplicati incredibilmente grazie al meccanismo delle terne), con la conseguenza negativissima di una notevole riduzione nella qualità dei nuovi Ordinarii ed Associati; il secondo motivo è che a ogni Ateneo, bandendo un concorso, è consentito di adattare il proprio bando a un certo modello di studioso, e non è peregrino il sospetto che questo modello possa talvolta coincidere con il candidato locale (e il campanilismo si esaspera in maniera indebita).

Infine, una doglianza suprema. In questa Italia, dove non si fa che parlare di 'concertazione', dove il potere politico non muove foglia se — prima — non si è 'concertato' con quelle che si sogliono chiamare le parti sociali, in questa Italia la riforma universitaria è stata progettata, avviata, conclusa da Ministri, Sottosegretarii e loro consulenti senza che si sia sentita l'esigenza squisitamente democratica di procedere a un colloquio con il mondo universitario. Si dirà: ma il Ministro ha sempre inviato i suoi progetti al 'Consiglio universitario nazionale' per l'espressione di un parere. È vero. Ma la deprecatissima riforma di Berlinguer ha completamente tolto al C.U.N. quello che era — un tempo — il suo miraggio più alto, di essere cioè l'organo dell'autogoverno universitario, riducendolo a organo di consulenza del Ministro. E il C.U.N. (con buona pace del suo Presidente Labruna) si è sempre comportato da consulente, e consulente prono alle voglie del Ministro, incapace di una reazione ferma come avrebbe invece dovuto e potuto.

Posto che il C.U.N. non significava più organo di autogoverno, si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarebbe dovuto da parte del Ministro investire le Università della soluzione di quei problemi che le riguardavano tanto da vicino. Al contrario, la riforma è piovuta e piove dall'alto, bella o brutta che sia, prescindendo dai motivati consensi e dissensi del folto mondo universitario di docenti, ricercatori, studenti.

Tutto si riduce a un gioco di potere. Lo constatiamo bene dall'elenco delle discipline obbligatorie che il potere politico centrale si àrroga la facoltà di compilare: in questi elenchi si ha spesso la sorpresa di vedere affiorare, come funghi in un prato, nel giro di una sola notte, discipline ormai appartate e superate nella comune coscienza scientifica, scoprendo con raccapriccio che ciò era voluto dall'intervento dell'ultima ora di un potentato politico. Lo studioso non se ne sorprende, perché vi è avvezzo in questa Italia partitocratica; ne è soltanto amareggiato contemplando quanto si sia alieni dall'attuare meccanismi di azione politica autenticamente democratici e comunque ispirati a un rigoroso progetto di adeguamento scientifico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO MECCARELLI

IDENTITÀ E FUNZIONE DELLE CORTI SUPREME IN EUROPA AL TEMPO DELLE CODIFICAZIONI

(A proposito di L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle,* Frankfurt am Main, 1998)

1. Una diversa chiave di lettura. — 2. Diversi strumenti di lavoro. — 3. La vicenda italiana tra terza istanza e cassazione. — 4. Il dibattito scientifico in Italia. — 4.1. Le regole della procedura e la natura della cassazione. — 4.2. La struttura dell'ordinamento giudiziario e la natura della corte suprema. — 5. La questione della corte suprema e gli assetti costituzionali. — 6. La dimensione comparativa. — 7. Le vie dell'unificazione del diritto.

Una riflessione storiografica sulla stagione delle codificazioni nell'esperienza giuridica europea può essere svolta anche attraverso lo studio dei caratteri delle corti supreme di giustizia. Tale prospettiva rende possibile rilevare, nella complessa uniformità, le diversità che hanno caratterizzato la strutturazione dei sistemi giuridici ottocenteschi su scala statuale e nazionale.

La questione della corte suprema è infatti anche la questione della chiusura di un sistema, che si vuole costruito sul baricentro della norma positiva. È come considerare l'altro aspetto del primato della legge, l'aspetto che ne precisa il grado di effettività e che indica, accanto alle costanti, le varianti nell'uso del paradigma della legalità.

Su tale terreno la storiografia attuale sta sperimentando approcci significativi. Sicuramente uno di questi è rappresentato dal recente lavoro di Laurence Montazel (1). Esso appare interessante al contempo

(1) L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998. In riferimento alla *cassation* si vedano anche J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799),* Paris, L.G.D.J., 1987, *L'image doctrinale de la Cour de Cassation. Actes du Colloque des 10 et 11 décembre 1993,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, *La Cour de cassation et la constitution de la République, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, A. GOURON, *Jurisprudence de la Cour de Cassation et arrêts de règlement*, in *Europäische und amerikanische*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il contributo di conoscenze che offre sulla storia giuridica francese e per le idee che suggerisce in riferimento all'esperienza di aree geografiche e culturali diverse dalla Francia, ma ad essa contigue.

Sono almeno tre i profili di questo libro con i quali sviluppare un ragionamento su possibili prospettive di studio.

Il primo è quello del ruolo della corte suprema rispetto all'edificio sistematico del diritto positivo. È un livello che indaga le dinamiche effettive di elaborazione della norma giuridica, intesa come diritto vivente. In esso si propongono questioni con un grado di complessità e articolazione che altrimenti non emergerebbero.

Un secondo profilo è quello delle fonti (diverse dalla legislazione), con cui può essere ulteriormente osservata la storia giuridica dell'Ottocento europeo. È un tentativo di uso della giurisprudenza per approfondire la comprensione del primato della legge; con ciò si può acquisire una diversificazione degli schemi analitici, con cui guardare alle varie realtà storiche.

Un terzo profilo è poi quello del destino che spetta all'invenzione francese di corte suprema di cassazione, una volta innestata, tramite la dominazione napoleonica, in paesi con tradizioni giurisprudenziali radicate nei secoli.

Laurence Montazel parte dai principi informatori dell'istituto della cassazione, per esaminare il livello di effettività che nella vita della Corte suprema francese essi hanno avuto. In particolare al centro della verifica sta la distinzione tra questione di fatto e questione di diritto; la studiosa

---

Richterblider, Hrsg. von A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, pp. 54-82. Per l'Italia ricordiamo i contributi di M. Taruffo, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1982, pp. 41-60, e dello stesso *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile,* Bologna, il Mulino, 1991, E. Dezza, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno,* Milano, L.E.D., 1992, pp. 159-198, A. De Martino, *Per la storia della cassazione a Napoli: il dibattito sull'ordinamento giudiziario durante gli anni venti dell'Ottocento*, in *Università professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli, Jovene, 1994, pp. 484-535, A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione. Modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia postunitaria*, in *Ius mediolani, Studi offerti a Giulio Vismara,* Milano, Giuffrè, 1996, pp. 979-1050. Per la Germania rinviamo a H.P. Glöckner, *Die Gewährleistung von Rechtssicherheit im Verständnis des Reichsgerichts*, in *Summum ius, summa iniuria. Zivlrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Kölner Tagung 14. - 17. September 1994*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 1995, pp. 24-44, dello stesso *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Thema mit Variationen*, in *Ius commune,* XXV, 1998, pp. 391-425 e Th. Henne, *Richterliche Rechtsharmonisierung. Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender Staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts*, in *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum junger RechtshistorikerInnen. München 22-24 Juli 1998,* Frankfurt am Main, Lang, 1999, pp. 335-355.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intende « retracer l'histoire de son utilisation » (2). Analizzando la giurisprudenza della Corte suprema, mostra come essa abbia perseguito, nel rispetto formale della separazione tra fatto e diritto, la strategia di una sua « mise à distance » (3), fino ad acquisire una sostanziale capacità di controllo anche della questione di fatto.

È così che la cassazione francese, preziosa invenzione scaturita dalla frattura rivoluzionaria della fine del XVIII secolo, viene presentata sotto una luce diversa. Ci troviamo di fronte a una corte suprema che, partendo dalla premessa logica della separazione tra fatto e diritto, sviluppa una giurisprudenza in grado di modificare la sostanza della propria natura, fino a portarsi « aux frontières du pouvoir normatif » (4).

In particolare essa tende a ricostruire quello spazio di gestione del sistema giuridico che si era consolidato nell'attività dei *Parlements* e che la rivoluzione aveva inteso combattere e distruggere proprio con l'invenzione del *Tribunal de Cassation* (5).

Non si tratta di un tradimento delle origini. La cassazione francese resta pienamente fondata sul primato della legge (6). Ma proprio vivendo all'ombra rassicurante del 'codice dei codici' — il *Code Napo-*

(2) L. Montazel, *Entre fait et droit,* cit., p. 13 e pp. 59-81. Identifica nella separazione tra questione di fatto e di diritto il carattere fondante l'istituto della cassazione anche J.L. Halperin, *Le Tribunal de cassation*, cit., pp. 24-25.

(3) L. Montazel, *Entre fait et droit,* cit., p. 56. L'A. illustra in maniera circostanziata le tecniche che permettono alla cassazione di acquisire poteri di controllo della questione di fatto [pp. 59-81]. Con esse la Corte « bouleverse la théorie de la distinction du fait et du droit et se rapproche d'un troisième degré de juridiction » [p. 81].

(4) *Ibidem*, pp. 81 ss..

(5) *Ibidem*, pp. 81-89. Sulla funzione antigiurisprudenziale, nell'ottica rivoluzionaria, del *Tribunal de cassation* si sono pronunciati numerosi studi. Cfr. J.L. Halperin, *Le tribunal de cassation,* cit., pp. 81-85, A. Gouron, *Jurisprudence de la Cour de Cassation*, cit., pp. 56-57, P. Calamandrei, *La cassazione civile. I, Storia e legislazioni*, Milano - Torino - Roma, F.lli Bocca, 1920, ora in *Opere giuridiche*, a cura di M.Cappelletti, vol. VI, Napoli, Morano Editore, 1976, pp. 273-275. Degno di rilievo è il fatto che questo carattere 'politico' dell'origine della cassazione francese è rilevato anche nel nostro dibattito ottocentesco; si leggano ad esempio le pagine di G. De Foresta, *Del riordinameno giudiziario. Cassazione o terza istanza?*, in *L'opinione*, 9, 10, 13, ottobre 1868, pubblicato in appendice a M. D'Addio, *Politica e magistratura, (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 487, E. Piola Caselli, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nella legge italiana e nei progetti di riforma,* Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1907, p. 138, E. Carbellotto, *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Digesto italiano*, VII, 1888, p. 36, G. Sarocchi, S. Lessona, E. Finzi, E. Barsanti, A. Tellini, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, Consigli degli avvocati e dei procuratori di Firenze, Firenze, Tipografia Barbera, 1923, p. 6.

(6) « La Cour, — ci spiega L. Montazel, *Entre fait et droit*, cit., p. 88 — a un pouvoir équivalent à celui des anciens Parlements. Seule la forme diffère. […] La Cour n'a développé ses créations qu'à l'intérieur de la loi ou plutôt sous le couvert de la loi: la loi est le paravent systématique même en cas de création manifeste, ce qui signifie que la création n'a pas d'existence officielle, n'a pas d'identité autonome ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

léon — essa enuclea un proprio ruolo, sviluppando le premesse che già nelle sue origini erano (più o meno consapevolmente) contenute.

Risultato è che « au fond l'unification du droit était un phénomène distinct bien que souvent lié à la codification » (7). La costruzione del diritto nazionale è solo parzialmente legata al codice, perché dietro di esso, sul piano della effettività, altri soggetti operano seguendo dinamiche giurisprudenziali.

La realtà francese sembra raccontarci proprio questo. La storia di un potere, quello dei grandi tribunali del Re, che ritrova un ruolo in un sistema ormai completamente modificato. Un ordinamento a diritto codificato mostra di usare il principio fondante del primato della legge, come cornice ordinativa di un sistema preesistente che al suo interno cerca (e a quanto pare trova) una ricollocazione.

1. *Una diversa chiave di lettura.*

Tale schema ricostruttivo appare molto fecondo. Soprattutto se lo si impiega per osservare realtà diverse da quella francese, ulteriormente estranee alle rotture e alle opzioni rivoluzionarie e maggiormente legate alla persistente tradizione giurisprudenziale del diritto comune.

Ce ne possiamo accorgere se, con una chiave di lettura di questo tipo, proviamo a tracciare un possibile percorso di ricerca incentrato sull'Italia. Come sappiamo, nel tempo del Regno d'Italia il nodo dell'identità della corte suprema non viene mai del tutto sciolto.

Proprio la particolarità di questa pagina della nostra storia giuridica invita a cercare schemi ricostruttivi nuovi, che non siano semplicemente di tipo evoluzionistico, tendenti a spiegare la vicenda della corte suprema alla luce dei suoi approdi finali, secondo un processo di avvicinamento progressivo ad un risultato necessario: una Corte di cassazione unica.

Se osserviamo da vicino la questione, ci accorgiamo della inadeguatezza di tale approccio. L'unità territoriale in Italia, delineatasi in tempi relativamente rapidi, viene tradotta in un sistema giuridico coerente e attraverso un processo di unificazione legislativa con l'introduzione del codice civile e di procedura civile.

Le soluzioni concretamente approntate sul piano dell'ordinamento giudiziario, ad un primo sguardo, sembrano addirittura in contro tendenza rispetto al processo di unificazione statuale. La Corte suprema della nuova nazione non è unica. Operano nel territorio 5 Corti di cassazione regionali. Hanno sede a Torino, Firenze, Napoli, Palermo e Roma (8).

(7) *Ibidem*, p. 1.

(8) Va precisato che la cassazione in Roma comincerà a operare solo dal 1875 e che, fino al febbraio 1866, il tribunale di terza istanza di Milano rimarrà in attività. La complicata vicenda politica e legislativa, tra l'altro, porterà al trasferimento (anch'esso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta ufficialmente di un sistema transitorio in attesa di una riforma definitiva. È però un sistema che per la materia civile, con alcuni aggiornamenti (9), resta in attività fino al 1923 con l'entrata in vigore della legge 24 marzo n. 601; cioè fino al sopravvento della dittatura fascista. Esso caratterizza dunque tutta la fase della monarchia liberale ispirata alla tradizione dello Stato di diritto.

A questo dato ne va unito un altro, che è da esso inscindibile: il 'sistema transitorio' di cui parliamo nei suoi sessant'anni di vita è sempre accompagnato da un vivace dibattito sulla possibile e 'urgente' riforma. In esso sono coinvolti tutti i più eminenti giuristi, sia nella veste di scienziati, che di legislatori, che di professionisti; e ripetuti sono i momenti di sintesi. Nel sessantennio di vigenza del sistema 'transitorio' trovano elaborazione molteplici progetti di riforma. Sono progetti — per la maggior parte proposti direttamente dal Governo — che non sono affatto prevalentemente orientati per un sistema a cassazione unica (10).

---

temporaneo) della cassazione di Torino a Milano. Per maggiori chiarimenti si veda A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 1049-1050. Un tribunale di terza istanza inoltre opererà anche per le province di Venezia e Mantova tra il 1866 e il 1871.

(9) I passaggi normativi più rilevanti sono quelli del 1875 del 1877 e del 1888. Il sistema inizialmente prevedeva una completa autonomia reciproca tra le cassazioni regionali; esse nel proprio territorio esercitavano sovranamente la propria competenza. L'art.1 della legge 21 dicembre 1862, per la soluzione di eventuali conflitti di giurisdizione tra autorità giudiziarie diverse, assegnava al Ministro il compito di designare una delle Supreme magistrature per la decisione. Cfr. F. BENEVOLO, *Cassazione e Corte di cassazione (penale)*, in *Digesto italiano*, VII, 1888, p. 312, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., p. 670.

Le cose cominciano a cambiare solo con la legge 12 dicembre 1875, quando, istituendosi sezioni temporanee di Corte di cassazione in Roma, si attribuisce ad esse un primo nucleo di competenze esclusive su tutto il territorio nazionale. Cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, Bocca, 1896, vol.IV, pp. 361-367, F. BENEVOLO, *Cassazione*, cit., p. 312, F. SERAFINI, *I lavori del Ministero di Grazia e Giustizia in Italia dal 1873 al 1876*, in *Archivio giuridico*, XVIII, 1877, p. 124, E. CARBELLOTTO, *Cassazione*, cit., pp. 39-45. Queste competenze nazionali si incrementano con la legge 31 marzo 1877, che assegna alla cassazione il compito di risolvere i conflitti di attribuzione tra autorità amministrativa e giudiziaria. Cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., p. 866, D. CAVALLERI, *L'istituto della cassazione e della terza istanza*, Milano, Hoepli, 1902, pp. 48-49.

Il vero momento di discontinuità è però rappresentato dalla legge del 6 dicembre 1888, quando con l'unificazione delle cassazioni in materia penale viene anche trasferita alla cassazione romana la competenza sui ricorsi a sezioni riunite, cfr. F. BENEVOLO, *Cassazione*, cit., p. 314. Solo a partire da questa data, opera nel sistema in atto un vero meccanismo di uniformazione dell'interpretazione giurisprudenziale.

(10) Il dato della continuità temporale con cui i progetti favorevoli all'idea della corte suprema di revisione vengono proposti, è considerato significativo anche da M. TARUFFO, *Cassazione e revisione*, cit., p. 44. Una completa elencazione di tutti i progetti presentati è difficilmente proponibile. Ci limitiamo a indicare quelli che nella nostra prospettiva ci sembrano più rilevanti. Guardando ai progetti di iniziativa del Governo ricordiamo le proposte Cassinis (1861) De Falco (1872), Vigliani (1875), Giannuzzi-Savelli (1883), Tajani (1886), Zanardelli (1903), Orlando (1908). In esse vengono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò costituisce la legittimazione da un lato della 'transitorietà', ma dall'altro anche della 'perpetuità' del sistema in atto. Perché, nella misura in cui esisteva un dibattito sulla riforma, si giustificava e si tollerava la permanenza del sistema in vigore.

Le ragioni della vicenda e il senso del sistema transitorio risiedono dunque al livello delle percezioni teoriche dei caratteri fondativi dell'ordinamento giuridico. Dietro il problema della corte suprema si nasconde una divergenza di punti di vista su cosa sia lo Stato e come farlo, si legano programmi statualistici diversi e modalità diverse di organizzazione del primato della legge.

Alla luce di questi rilievi appare allora del tutto insufficiente l'idea di una lenta ma inesorabile progressione verso la cassazione unica. Approccio preferibile sembra piuttosto quello che, accantonando l'idea di una presenza di modelli predefiniti come percorsi obbligati, cerchi di ricavare, dal contesto sistematico e culturale i caratteri peculiari dell'idea di giurisdizione superiore.

2. *Diversi strumenti di lavoro.*

Lo schema analitico da impiegare deve dunque essere aperto e tenere in considerazione aspetti che, all'ombra del primato della legge, appaiono (apparentemente) accessori.

In riferimento alla Francia, dove già nell'Ottocento i profili istituzionali della *Cour de cassation* si sono delineati con relativa stabilità, abbiamo visto che Laurence Montazel sceglie la giurisprudenza della Corte, per decifrare l'effettiva valenza sistematica dell'istituzione stessa.

Rispetto all'Italia — dove invece gli stessi caratteri istituzionali sono ancora in via di definizione — dovremmo prendere in esame in primo luogo un'altra giurisprudenza. Non anzitutto quella delle cassazioni, ma prima ancora va interpellata la giurisprudenza scientifica, sapienziale, per capire l'effettiva percezione del ruolo della corte suprema.

Se il sistema in atto ha un doppio volto di effettività distribuito tra essere e dover essere, in primo piano viene la trama del dibattito dottrinale e politico che, intorno al fragile equilibrio dell'ordinamento

---

delineati sistemi dai caratteri molto diversi. Ma è proprio la discussione politica e scientifica, che intorno ad essi si accende, che appare utile, per capire la percezione della questione dell'identità e il ruolo della corte suprema in Italia. Tali progetti sono meritevoli di uno studio accurato che la storiografia ha finora svolto solo in parte. Cfr. A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 980 ss., M. Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., pp. 27-50, M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 117-127. Per un'elencazione più dettagliata dei progetti di riforma presentati si vedano, L. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., pp. 335-358, P. Calamandrei, *La cassazione civile*, cit., pp. 676-686, P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 155-195.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

transitorio in vigore, si è sviluppata. Decisivo diventa conoscere i punti di vista sul problema, comprendere in che termini, a livello di pensiero giuridico, si ritenesse di affrontarlo e risolverlo.

Certo anche la dimensione più strettamente giurisprudenziale, quella cioè che guarda agli orientamenti interpretativi delle corti supreme, costituisce un contesto significante, soprattutto per capire il modo con cui la codificazione unitaria si radica nel territorio. Ma questo resta un aspetto che si potrebbe più propriamente affrontare, una volta chiarito ciò che sul piano logico ne è la premessa: la percezione scientifica dell'identità e della funzione della corte suprema.

3. *La vicenda italiana tra terza istanza e cassazione.*

In via generalissima sia il sistema transitorio, sia la discussione che si è intorno ad esso sviluppata, si pongono nel mezzo tra due alternative sistematiche: la cassazione e la terza istanza.

La prospettiva della cassazione tende a configurare un ordinamento giudiziario in cui la corte suprema esegue anzitutto un controllo di legalità per garantire l'esatta e uniforme applicazione della legge (11).

La prospettiva della terza istanza, attribuisce alla Corte suprema il carattere di un vero giudice della controversia. È il sistema conosciuto in Italia prima dell'invasione napoleonica, che affonda le sue radici nella lunga esperienza dello *ius commune* (12).

Entrambe tendono a generare orientamenti giurisprudenziali uniformi e rendono possibile l'unificazione del diritto, ma attraverso due procedimenti opposti.

Nel primo sistema, quello della cassazione, la corretta interpretazione della legge è indicata dalla corte suprema, in quanto sua custode

(11) Cfr. P. Calamandrei, *L'unificazione della Cassazione civile e interessi regionali*, in *Diritto italico. Settimanale*, 11 aprile 1923, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. VIII, p. 348, A. Sciumè, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 81.

(12) Cfr. P. Calamandrei, *La cassazione civile*, cit., pp. 212-213, M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., p. 115, A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione*, cit., p. 1009. Non secondario è osservare che questa consapevolezza è già presente nei giuristi ottocenteschi. Fra i numerosi si vedano F. Carrara, *Della sostituzione dei supremi tribunali di terza istanza alle quattro corti di cassazione*. Petizione della Camera di disciplina degli avvocati di Lucca al Parlamento italiano, Lucca, 1873, ora in appendice a M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., p. 534, E. Raffaelli, *La terza istanza*, Napoli, Francesco Giannini, 1869, p. 7, C.J.A. Mittermaier, *Studi, legislazione ed esperienze ai giorni nostri sull'istituzione di una Suprema Corte in Germania e in Italia*, in *Gazzetta dei tribunali*, anno XIII, 1861, p. 570, G.M. Malvezzi, *Sulle tesi della convenienza di unificare la corte di cassazione in Italia […]. Relazione letta nelle tornate 14 e 21 aprile 1872, dell'associazione degli Avvocati della provincia di Venezia*, Venezia, tip. Emiliana, 1872, p. 12, E. Carbellotto, *Cassazione*, cit., p. 37, G. Zanardelli, *Discorso del Presidente del Consiglio rivolto alla Camera dei Deputati, nella tornata del 25 marzo 1903*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, Camera dei Deputati, 1905, vol. II, p. 642.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esclusiva. La sentenza annullata viene rinviata al tribunale inferiore, che riformula la soluzione alla luce della questione di diritto definita dalla corte suprema. La vicenda processuale resta esterna, meramente incidentale al processo di definizione della questione di diritto. Questa infatti già preesiste al fatto.

Nel sistema della terza istanza, invece, l'interpretazione corretta è l'interpretazione prevalente, che scaturisce dalla dinamica giurisprudenziale. La vicenda processuale serve necessariamente alla enucleazione della questione di diritto, cioè dell'esatto valore applicativo della legge. La questione di diritto non preesiste al fatto, ma con esso coesiste.

Un ultimo tratto distintivo: nel caso della cassazione, l'unicità dell'organo che esercita giurisdizione suprema è requisito indispensabile (13); nel caso della terza istanza, l'unicità della corte suprema è solo una possibilità.

I poli tra cui oscilla la discussione contengono dunque una quantità di rilevanti implicazioni, che determinano diverse possibili configurazioni sistematiche del primato della legge. Tali configurazioni non si collocano esattamente da una parte o dall'altra dei due poli.

Nel XIX secolo la giustapposizione di cui parliamo sembra avere soprattutto un carattere argomentativo, per indicare il profilo dominate della proposta di ordinamento giudiziario che si avanza. Terza istanza e cassazione valgono soprattutto come schemi sulla cui possibile combinazione si cerca di ragionare.

I punti fermi non risiedono in precisi modelli teorici; semmai risultano da una percezione diffusa, comune, che sta dietro la varietà delle singole proposte. Tali costanti e varianti vanno cercate per comprendere l'idea di corte suprema e di giurisdizione superiore.

4. *Il dibattito scientifico in Italia.*

Se questa è la chiave di lettura necessaria per considerare la complessità del problema, almeno tre diventano le dimensioni rilevanti per la ricerca: la dimensione dei profili tecnici della discussione scientifica, circa il modo con cui la corte suprema doveva assolvere le sue funzioni; la valenza politica assunta dalla questione della corte suprema

(13) Lo rilevava con chiarezza G. ZANARDELLI, *Discorso del Ministro di grazia e giustizia rivolto al Senato nella tornata del 13 marzo 1888*, in *Discorsi parlamentari*, cit., p. 374. Come spiega P. CALAMANDREI, *L'unificazione della Cassazione civile*, cit., p. 348, la necessità di un'unica cassazione centrale deriva dalla destinazione sistematica dell'istituto; essa consiste nel mantenimento dell'esatta osservanza della legge, cioè dell' « unità giuridica dello Stato attraverso l'uniformità della giurisprudenza » [p. 348]. L'interesse protetto non è privatistico (delle parti) ma pubblicistico (della legge). La pluralità dei tribunali supremi sarebbe concepibile, spiega Calamandrei, solo utilizzando il sistema (definito vecchio) della terza istanza. « Ma una volta scelto il sistema della Cassazione, questa non poteva essere che unica » [p. 348].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel quadro dei temi che interessano la costruzione dello Stato; la dimensione europea dei problemi e dei punti di vista.

Riguardo alla prima; appare necessario entrare nelle pieghe del dibattito italiano, andando aldilà delle mere categorie nominali, cercando di vedere, dietro le scelte di campo *pro* o *contra* la cassazione, quali contenuti tecnici effettivi si intendono delineare.

Certe opzioni chiariscono la loro valenza solo osservando i meccanismi interni, le colonne portanti delle architetture di ordinamento giudiziario e soprattutto la sostanza della procedura civile. Proviamo a fare degli esempi.

4.1. *Le regole della procedura e la natura della cassazione.*

È possibile incontrare nel dibattito dottrinale alcune percezioni della corte di cassazione, nelle quali essa è configurata come un vero e proprio terzo grado di giudizio (14). Questa impostazione è spesso condotta all'estrema conseguenza di specificare che l'interesse da essa curato non è pubblico (il corretto impiego della legge) ma è anzitutto privato (l'interesse delle parti ad una giusta soluzione della controversia) (15).

Si rinuncia a un tratto distintivo, viceversa considerato essenziale

(14) Senza voler anticipare delle conclusioni che dovrebbero essere maggiormente verificate, le fonti sembrano indicare che questa è l'attitudine (o comunque una prevalente attitudine) italiana quanto alla percezione e all'uso della cassazione. Si vedano sul punto P.D. Pinelli, *Discorso tenuto al Senato nella tornata del 29 marzo 1865*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, a cura di D. Galdi, Napoli, Marghieri, 1866, pp. 17-24, L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile.* Vol. II, *Della competenza. I principi generali della procedura*, Milano, Vallardi, 1905, pp. 19-22, G. Sarocchi, S. Lessona, E. Finzi, E. Barsanti, A. Tellini, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, cit., pp. 5-7, D. Cavalleri, *L'istituto della cassazione*, cit., pp. 37-40.

(15) Spiega ad esempio L. Mortara,, *Commentario,* cit., vol. II, p. 21: « La formola che la corte di cassazione è giudice *de iure constitutionis et non de iure litigatoris*, che si va ancora ripetendo, è una mera frase. La corte di cassazione non è istituita per la difesa astratta del diritto obbiettivo, ma per mezzo di tale difesa tende a reintegrare il diritto subbiettivo dei litiganti, al pari di ogni altro organo della funzione giurisdizionale; giudica cioè *de iure litigatoris et de iure constitutionis*; e prima di quello che di questo » . Poi spiega meglio come questa prospettiva non modifichi la specificità che appartiene alla natura della corte di cassazione: « Ho osservato bensì che la funzione di questo organo è specificamente politica, e in ciò segue un intento diverso da quello ordinario della potestà giurisdizionale; tale osservazione va intesa nel senso e per il fine al quale essa mira, di precisare, cioè, il compito che spetta alla corte di cassazione come regolatrice del rapporto tra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa. Essa non altera o diminuisce il concetto che la detta corte sia organo di giurisdizione e nient'altro che giurisdizionale ». Cfr. G. Pisanelli, *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1857, vol.IV, p. 618, G. Carcano, *La Cassazione e lo Statuto*, Milano, Tip. Fratelli Rechiedei, 1872, p. 28, L. Borsari, *Il codice italiano di procedura civile annotato. Parte prima*, Napoli, Roma, Unione tipografico-editrice torinese, 1872, p. 649.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella concezione francese della cassazione (16). Come ricordavamo sopra, l'evoluzione che conduce in Francia la corte suprema ad agire come giudice anche del merito, non infrange le categorie teoriche originarie (17). Sul piano dottrinale, contrariamente a quanto avviene in Italia, la corte di cassazione non arriva ad essere riconosciuta come terzo grado di giudizio (18).

Percezioni diverse del ruolo della cassazione, anche se non espressamente enunciate, possono essere tradotte in concreto attraverso le soluzioni tecniche, che a livello di diritto processuale vengono previste. Nel codice di procedura civile del 1865 si trovano alcuni esempi.

Uno molto esplicativo è quello riguardante la delimitazione dei motivi di ricorso. Come sappiamo nella prospettiva della cassazione si tende a prevedere il ricorso, non contro ogni decisione che si ritiene ingiusta, ma solo contro le decisioni che violano la legge (19).

Il sistema in vigore nel Regno d'Italia accoglie però una gamma di motivi che non è così circoscritta. Per esempio si ammettono in cassazione i ricorsi per mancata corrispondenza tra chiesto e giudicato, come nel caso dei cosiddetti '*ultra petita*' o '*extra petita*' (20). Nel sistema processuale francese così come, in età preunitaria, in quello sardo e in quello napoletano, la competenza per le ipotesi di mancata corrispondenza tra chiesto e giudicato spettava invece al giudice della revocazione (21).

---

(16) L. Montazel, *Entre fait et droit*, cit., p. 112.

(17) *Ibidem*, p. 56.

(18) Cfr. T. Crepon, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1892, vol.I, p. 222, R. De La Grassierie, *De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (évolution, comparaison critique, réforme)*, Paris, L.G.D.J., 1911, p. 1, G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir et le contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, p. 14.

(19) Ciò è chiaramente sottolineato dalla dottrina francese: si vedano ad esempio R. De La Grasserie, *De la fonction et des juridictions de cassation*, cit., p. 1, G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, cit., p. 14, H. Simont, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1933, p. 7. Questo carattere riconosciuto come originario nel sistema della cassazione è poi, nella dottrina italiana, oggetto di discussione. Fra gli altri cfr. M. D'Amelio, *Corte di cassazione*, in *Enciclopedia italiana di scienze lettere ed arti*, Istituto Giovanni Treccani, IX, 1931, p. 538, G. Zanardelli, *Discorso del Presidente del Consiglio rivolto alla Camera dei Deputati, nella tornata del 25 marzo 1903*, cit., p. 643, D. Cavalleri, *L'istituto della cassazione*, cit., p. 39, L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile.* Vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, 1905, pp. 77-78, P.D. Pinelli, *Discorso tenuto al Senato nella tornata del 29 marzo 1865*, cit., p. 21, E. Piola Caselli, *La magistratura*, cit., p. 266, L. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., p. 866, C. Rosmini, *Del sistema di Cassazione e del Pubblico Ministero in affari civili*, in *Monitore dei tribunali*, II, 1861, ora in M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., p. 482, L. Frojo, *Elementi di procedura civile. Parte prima - Periodo dichiarativo*, Napoli, Stamperia di F. Ferrante e C., 1865, p. 66.

(20) Cfr. art. 517 e art. 494 del Codice di procedura civile del 1865.

(21) Si vedano l'art.480 del codice di procedura civile francese, l'art. 544 del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il dato è significativo, perché oggetto della verifica della Corte, in tali situazioni, non è una scorretta interpretazione o applicazione di una norma, ma una scorretta decisione. Ecco quindi che queste soluzioni, seppure previste al livello del diritto processuale, interessando la centralità e l'effettività della separazione tra questione di fatto e questione di diritto, modificano la natura della cassazione rendendola un terzo grado di giudizio (22).

Il cambiamento di disciplina processuale è quindi sintomatico di una volontà del legislatore postunitario diretta a caratterizzare diversamente la valenza sistematica della corte suprema nel nuovo ordinamento giuridico. Tale delimitazione dei motivi di ricorso permetteva, in effetti, di mettere in piedi un sistema, che non lasciasse completamente tramontare la prospettiva della terza istanza, ma evitasse di porla come un'alternativa alla cassazione. È in fondo una conferma del fatto che nelle scelte dei primi anni dell'unità, si tiene conto di un dibattito ancora aperto circa la natura della corte suprema.

Non a caso i progetti di riforma, pur nella loro diversità di approccio, affrontano tutti la questione tecnica del motivi di ricorso (23). Generalmente in essi si intende ridurre il catalogo, deferendo le competenze o al giudice della revocazione o a veri e propri tribunali di revisione. Ciò in molti casi può essere messo in relazione con un tentativo di introduzione nella vita giurisprudenziale del sistema, di spazi di terza istanza autonomi dalla corte suprema centrale (24).

---

codice di procedura civile napoletano e l'art.557 del codice di procedura civile sardo. Cfr. D. GALDI, *Codice di procedura civile del regno d'Italia, con confronto coi codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense e col diritto romano, corredato delle relazioni fatte dal Governo*, Napoli, Marghieri, 1866, pp. 440-452, L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., pp. 929-928, L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile*, cit., p. 620, T. CREPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, cit., p. 129, L. FROJO, *Elementi di procedura civile*, cit., p. 450.

(22) E anche di questo sembra vi sia piena consapevolezza. P.D. PINELLI, *Discorso tenuto al Senato nella tornata del 29 marzo 1865*, cit., pp. 20-21, ritiene che « questa traslazione di competenza » avrà l'effetto di « snaturare in parte le attribuzioni della Corte di cassazione » In questo trasferimento infatti « si è confuso ciò che è nell'attribuzione della cassazione con ciò che è nell'attribuzione dei tribunali che giudicano del merito ». Lo osserva decenni dopo anche L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile.* Vol. IV, *Il procedimento di Dichiarazione in prima istanza (fine). I mezzi per impugnare le sentenze*, Milano, Vallardi, 1910, p. 560.

(23) Si vedano in particolare i progetti De Falco (1872), Vigliani (1875), Tajani (1886) e Orlando (1908), che tentano l'istituzione di una corte di cassazione unica, ma anche progetti di impostazione differente come il progetto Giannuzzi-Savelli (1883) e Zanardelli (1903) che puntano ad un sistema misto con rilevante ruolo attribuito a corti regionali di terza istanza. Cfr. L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. IV, pp. 550-551, D. CAVALLERI, *L'istituto della cassazione*, cit., pp. 28-29, G.M. MALVEZZI, *Sulle tesi della convenienza di unificare la corte di cassazione*, cit., p. 24.

(24) Tale opzione è contenuta in progetti come quello di Giannuzzi-Savelli o di Zanardelli, in cui la restrizione delle competenze della cassazione allarga quella delle corti regionali di terza istanza; ma può essere, seppure in misura diversa, colta anche nei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È forse superfluo sottolineare quanto le diverse prospettive, che si determinano modificando il catalogo dei motivi di ricorso, vadano a interessare il processo di individuazione e di costruzione dell'interpretazione dominante e del rapporto tra dimensione fattuale e dimensione giuridica.

Proponiamo un altro esempio: la questione del rinvio al giudice di merito. Il codice del 1865 fa propria la soluzione adottata in Francia con la legge del 1837: la cassazione rinvia al giudice di merito, ma non lo obbliga a rispettare la sua decisione sulla questione di diritto. La sentenza però può essere nuovamente impugnata, di fronte alla Corte suprema, per gli stessi motivi. In questo caso la cassazione giudica a sezioni riunite e la sua decisione diventa vincolante per il giudice di merito.

Sappiamo che questa è l'ultima di diverse altre soluzioni poste in essere (25). La costante nell'esperienza francese sta proprio nel fatto che, quale che sia l'articolazione procedurale, la cassazione non può mai applicare la decisione direttamente al fatto. Il giudice di merito, infatti, deve restare sovrano nel definirne i caratteri (26).

In Italia i progetti più dichiaratamente orientati verso la cassazione unica prevedono di assegnare alla corte suprema il potere di applicare direttamente la decisione di diritto al fatto specifico. È in sostanza, come ha mostrato Laurence Montazel, la sorte che spetta alle cassazioni

---

progetti che puntano sulla cassazione come corte centrale unica. Qui, oltre ad attribuirsi alla revocazione i casi di mancata corrispondenza tra chiesto e giudicato, si prevede anche che il giudice della revocazione debba essere diverso da quello del provvedimento impugnato. In questo quadro la revocazione finisce per configurare un terzo esame della causa. Il discorso in questa sede non può essere che accennato ma meriterebbe certamente di essere approfondito.

(25) Le soluzioni francesi sono state le più varie. Il Decreto 1 dicembre 1790, aveva inizialmente previsto il cosiddetto sistema del *référé législatif,* in cui era il potere legislativo a risolvere il conflitto tra giudice di merito e corte di cassazione. Con la Legge 16 settembre 1807 si affidava al potere esecutivo il compito di interpretare sovranamente la legge; la forma era quella del *règlement d'administration publique,* che coinvolgeva il parere del Consiglio di Stato. Le cose cambiarono ulteriormente con la Legge 30 luglio 1828; qui si stabiliva che dopo due ricorsi in cassazione per gli stessi motivi, il terzo giudice del rinvio potesse decidere senza vincoli. Il re era poi tenuto a proporre una legge interpretativa per i casi a venire. Infine con la legge 1 aprile 1837 si introduceva il meccanismo delle *chambres reunies*. Cfr. M. Taruffo, *Cassazione e revisione*, cit., pp. 28-29, J.L. Halperin, *Le Tribunal de cassation*, cit., pp. 52-53, A.J. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli, Jovene, 1993, pp. 195-250, L. Montazel, *Entre fait et droit*, cit., pp. 5-6.

(26) Cfr. H. Simont, *Des pourvois en cassation*, cit., p. 247, E. Carbellotto, *Cassazione*, cit., p. 48. Tale meccanismo serviva a garantire che la cassazione non divenisse mai autorità assoluta. Cfr. M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1864, vol. I, p. 107, L. Mortara, *Commentario,* cit., vol. II, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tedesche conservate dopo la caduta di Napoleone (27) e più ampiamente è anche la soluzione che la Germania adotta per il suo *Reichsgericht* (28).

Ecco che in questi assetti la corte suprema, seppure definita come cassazione, — nella misura in cui diventa capace di applicare la decisione sulla questione di diritto direttamente al fatto — si trova destinata a svolgere un terzo grado di giudizio.

4.2. *La struttura dell'ordinamento giudiziario e la natura della corte suprema.*

La necessità di entrare nel merito delle soluzioni proposte è altrettanto evidente se, dai profili processuali, andiamo ad osservare le strutture stesse dell'ordinamento giudiziario.

Un ordinamento giudiziario che prevede l'esistenza di una pluralità di corti di cassazione assegna a queste un ruolo molto diverso — di natura sistematica diversa — da uno che prevede una cassazione unica.

Se poi la struttura dell'ordinamento giudiziario accanto alle cassazioni regionali prevede anche una corte centrale di coordinamento, le funzioni sistematiche cambiano ulteriormente. E questo accade in Italia con le riforme del 1875 del 1877 e ancora di più con quella del 1888 (29). Varianti di questa architettura di fondo sono poi espresse in progetti di riforma come quello del Circolo giuridico di Palermo del 1892 e il progetto del Ministro Orlando del 1908, dove si propone di istituire un sistema di sezioni regionali di cassazione (30).

---

(27) L. MONTAZEL, *Entre fait et droit*, cit., p. 109. Tutta la seconda parte del volume è dedicata ad un'analisi della evoluzione dell'istituto della cassazione nelle aree tedesche del Reno, recepito durante la dominazione francese iniziata nel 1797. Quel sistema verrà conservato anche una volta che tali regioni rientreranno nella sfera geopolitica tedesca nel 1814. Cfr. *Ibidem*, pp. 93-94. Vedi *infra* nota 39.

(28) Cfr. D. CAVALLERI, *L'istituto della cassazione*, cit., p. 181, E. CHAVEGRIN, *Sur le pourvoi en révision en matière civile d'après le Code de procédure de l'empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la société de législation comparée*, XI, 1882, p. 239. L'ipotesi che varrebbe la pena verificare è se, anche nella percezione italiana, la separazione tra questione di fatto e di diritto sia un profilo non essenziale. Alla luce di questi rilievi sembra opportuno indagare anche sui rapporti che esistono tra dottrina giuridica italiana e tedesca.

(29) Si pensi ad esempio alla diversa valenza che assume il meccanismo del giudizio a sezioni riunite con la riforma del 1888; qui la corte di Roma diviene cassazione unica per la materia penale ma anche competente per tutti i ricorsi a sezioni unite. L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. IV, p. 635, a questo proposito osserva che tale meccanismo processuale finisce per snaturare la ratio dell'istituto, consistente nel « sottoporre agli stessi giudici che annullarono la sentenza il dissidio sorto fra loro e il magistrato d'appello, aggiungendo per garanzia di più largo esame, alcuni altri loro colleghi che contribuiscano alla nuova decisione ». Le corti di cassazione regionali in questo diverso quadro « non intervengono affatto nei giudizi delle sezioni unite » e diventano « in realtà organi minori di giurisdizione suprema, soggetti alla giurisdizione più suprema della corte di cassazione di Roma ».

(30) Si tratta di tentativi di stabilizzare il sistema transitorio, senza rinunciare a sostanziali modifiche. La sede non permette un esame accurato delle importanti solu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altra natura si attribuisce alla corte suprema, se poi l'ordinamento proposto prevede corti di terza istanza regionali, con corte di cassazione centrale. È un'idea che è riposta ad esempio nei progetti Cassinis (1861), Giannuzzi-Savelli (1883), ma soprattutto in quello di Zanardelli del 1903 (31). In tali disegni di legge l'ordinamento giudiziario, seppure con diverso grado di intensità, prevede in sostanza articolazioni regionali della giurisdizione suprema reciprocamente autonome. Tali progetti costituiscono degli esempi, di come si intendesse dare forma concreta alla diffusa idea di conciliare il sistema a cassazione unica con quello della terza istanza (32).

Ciascuna di queste diverse soluzioni interessa direttamente i processi di generazione della giurisprudenza e i caratteri del controllo di legalità. Con queste originali soluzioni, con queste specifiche perce-

---

zioni di diritto processuale con cui si disegnano i profili delle sezioni regionali e della corte centrale. Per maggiori indicazioni si vedano L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., p. 882, L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. IV, pp. 623-648, M. D'AMELIO, *Nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizi*, in *Rivista di diritto commerciale*, VI, 1908, p. 388, G. SAROCCHI, S. LESSONA, E. FINZI, E. BARSANTI, A. TELLINI, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, cit., p. 11, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., p. 686.

(31) La differenza, rispetto ai sistemi che prevedono sezioni regionali di cassazione, è molto rilevante. Le corti regionali in questo caso sono corti di terza istanza. La cassazione centrale vede incisivamente circoscritto il proprio ruolo. Il progetto Cassinis è il primo a elaborare un'idea simile. In riferimento all'identità della corte suprema centrale però non è molto preciso. Su questo progetto si vedano A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 1001-1023 e M. TARUFFO, *Cassazione e revisione*, cit., pp. 33-36. Più esaustive appaiono le proposte contenute nei due progetti che intenderanno, in seguito, sviluppare questa stessa idea. Essa aveva trovato nuovo impulso in occasione del Congresso giuridico italiano del 1872. Nel progetto Giannuzzi-Savelli la sentenza passa in giudicato con la decisione della terza istanza; la cassazione resta estranea alla vicenda giudiziaria, funzionando solo come corte che, su ricorso nell'interesse della legge, indica l'interpretazione corretta. Cfr. E. CARBELLOTTO, *Cassazione*, cit., pp. 49-53, L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., pp. 872-879, E. PIOLA CASELLI, *La magistratura*, cit., p. 380, D. CAVALLERI, *L'istituto della cassazione*, cit., pp. 32-33, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., p. 682. Nel progetto Zanardelli invece la cassazione centrale conserva la possibilità di annullare le sentenze per violazione di legge. Cfr. G. ZANARDELLI, *Discorso del Ministro di grazia e giustizia rivolto alla Camera dei Deputati, nella tornata del 30 novembre 1888*, in *Discorsi parlamentari*, cit., pp. 401-424, E. PIOLA CASELLI, *La magistratura*, cit., pp. 419-421, C. LESSONA, *La réforme judiciaire en Italie*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, IX, 1903, pp. 346-355, il quale lo illustra con valutazioni positive alla comunità scientifica francese, e L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol.I, pp. 81-82, che invece si mostra molto critico.

(32) G. SAROCCHI, S. LESSONA, E. FINZI, E. BARSANTI, A. TELLINI, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, cit., pp. 10-11, prendendo ad esempio progetti come quello zanardelliano, ricordano come sia possibile percorrere la strada della conciliazione dei modelli. Del resto tale idea non era stata enucleata soltanto nella direzione del recupero delle corti regionali di terza istanza. Vi sono giuristi che, se contrari all'ipotesi di un ordinamento giudiziario con corti regionali, non rinunciano a ragionare su altre possibili forme di combinazione. Si veda, fra gli altri, L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, pp. 80-82, e vol. II, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni, non con un modello preconfezionato, si è progettato e gestito in Italia il processo di unificazione del diritto.

5. *La questione della corte suprema e gli assetti costituzionali.*

Passiamo ora a descrivere la seconda dimensione, che pure appare rilevante per la comprensione del dibattito sull'identità della corte suprema in Italia. Il problema, seppure eminentemente giuridico, lega le sue soluzioni anche a questioni che attengono alla vita politica dello Stato.

Del resto la stessa cassazione francese, lo si ricordava sopra, nasce da un problema politico: la costruzione di un nuovo ordine sociale e giuridico. La base ideologica della sovranità della legge è soprattutto data dalla contrapposizione all'antico regime assolutista e al dominio della giurisprudenza dei suoi *Parlements*. C'è una specificità tutta francese nell'idea di corte suprema di cassazione, che solo in parte può essere stata comunicata ai paesi dell'Europa in cui quest'idea è stata importata (33).

Per realtà come l'Italia o, ad esempio anche la Germania, non è questo il presupposto da cui si origina il processo di codificazione del diritto nazionale; esso è soprattutto legato alla vicenda della costruzione di un nuovo stato unitario, di un'inedita identità unitaria.

Questo vuol dire che il dibattito di cui ci occupiamo include una dimensione pubblicistica nei temi che affronta. Per capire il ruolo e i caratteri della corte suprema occorre guardare quindi anche alle questioni concernenti i rapporti tra i poteri costituzionali.

L'ipotesi che dovremmo verificare è se dietro al ruolo, che si intende riconoscere alla corte suprema, c'è uno scontro tra diverse idee di ciò che convenzionalmente chiamiamo divisione dei poteri.

Con il favore per la cassazione, ad esempio, sembrano intrecciarsi programmi diretti a promuovere un sistema con a capo un potere legislativo, fortemente diretto in sede di potere esecutivo e sostanzialmente libero dal controllo del potere giudiziario. In questa prospettiva strategica la corte di cassazione può essere usata come un'istituzione di controllo maggiormente rivolta verso la magistratura, piuttosto che verso il potere esecutivo o legislativo (34). E ciò potrebbe essere messo

(33) L. Montazel, *Entre fait et droit*, cit., pp. 109-113, in riferimento alla recezione tedesca fa osservazioni simili. Della rilevanza del contesto politico e sociale per la comprensione del processo di codificazione parla P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, *Il codice disincantato*, pp. 108-109.

(34) La corte di cassazione ricorda L. Frojo, *Elementi di procedura civile*, cit., p. 66, è « la corte regolatrice, ch'estende la sua azione correttiva sopra gli agenti tutti dell'ordine giudiziario ». Come osserva E. Piola Caselli, *La magistratura*, cit., p. 138, il sistema della cassazione attua la divisione dei poteri; « ma questa divisione viene legislativamente attuata soltanto a carico e non a favore del potere giudiziario ». Cfr. E. Carbellotto, *Cassazione*, cit., p. 49, D. Cavalleri, *L'istituto della cassazione*, cit., p. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in relazione con l'assenza di forme di controllo di costituzionalità, esercitabili da organi giurisdizionali o comunque esterni al potere legislativo (35).

Viceversa il carattere pluralistico della giurisdizione suprema, che in alcune proposte si vuole conservare, nonché l'identità di terza istanza che si vuole alle corti attribuire, sembra assumere un valore strategico per chi persegue un disegno di decentramento. Questa chiave interpretativa sembra adeguata a spiegare l'impegno profuso dagli avvocati milanesi, subito dopo l'unificazione del Regno d'Italia, per la messa a punto di un sistema di terza istanza.

Dentro a questa opzione di fondo, oltre le percezioni scientifiche legate alla tradizione di *ius commune* e a quella più recente dell'Impero austriaco, troviamo delle istanze di tipo 'federalista' che tendono a ritagliare un ruolo importante per i poteri regionali nel nuovo stato unitario. La rivista *Il Monitore dei tribunali* è uno dei principali luoghi della elaborazione di questa linea di pensiero, ma possiamo osservare che lo stesso progetto del Ministro Cassinis ne è espressione (36).

Alcune ricerche hanno messo in evidenza come all'indomani dell'unificazione si fosse profilato un potenziale conflitto politico fra esecutivo e magistratura, che avrebbe determinato una strategia legislativa diretta a favorire un controllo politico del potere giudiziario; cfr. M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 104-117, A. Sciumè, *'Quando la politica entra dalla porta la giustizia fugge impaurita dalla finestra': giudici e sentimento della giustizia in Italia dall'Unità al primo Novecento*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, cit., pp. 167-175.

La prospettiva di un uso strategico della cassazione, al fine di determinare un equilibrio dei poteri favorevole all'asse esecutivo-legislativo, sembra percorribile soprattutto per la prima parte dell'esperienza postunitaria; successivamente, infatti, senza rinunciare al primato della legge, si pensa maggiormente alla cassazione come organo giurisdizionale. Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. II, pp. 14-22, M. D'Amelio, *Corte di cassazione*, cit., p. 538.

Questa precisazione nulla toglie alla rilevanza che la politica costituzionale ha avuto nell'evoluzione del sistema di ordinamento giudiziario e nello sviluppo del dibattito scientifico. Basta osservare come uno dei grandi temi che attraversa il dibattito sulla corte suprema è quello della indipendenza della magistratura. Si vedano ad esempio le discussioni parlamentari relative alla legge del 1875 con cui si istituiva la cassazione di Roma e le discussioni relative alla legge 1888 con cui si unificava la cassazione penale, o quelle relative al progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario del 1903. Cfr. P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana*, cit., pp. 201-202.

(35) Qui l'ipotesi di lavoro andrebbe attentamente comprovata. Ciò che sarebbe da verificare è se vi sia un profilo del dibattito, che lega l'opzione per un determinato tipo di corte suprema ad una più ampia strategia tesa ad evitare forme di controllo di costituzionalità. Va ricordato che il Regno era nato con l'ombra di certe incostituzionalità. Come ricordano P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana*, cit., pp. 54-52, M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 109-112, A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 1022-1023, l'unificazione legislativa è stata realizzata con il ricorso a poteri speciali conferiti al Governo nel 1859 durante la guerra contro l'Austria. Questo rappresentava senz'altro una forzatura delle regole costituzionali.

(36) Cfr. A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 1022-1023, M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 115-117, M. Taruffo, *Cassazione e revisione*, cit., pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sarebbe a questo proposito opportuno indagare se tali nessi, tra prospettive strategiche di decentramento dei poteri dello stato e la questione della corte suprema, permangano nei molteplici progetti che ripropongono, negli anni seguenti, gli aspetti più qualificanti del disegno del 1861.

Ci sono anche argomenti più schiettamente politici, che si riflettono sulle prese di posizione e sulle opzioni tecnico-giuridiche. Di essi bisogna tenere conto anche se la loro chiarificazione sembra richiedere il contributo di competenze proprie delle altre discipline storiche.

Pensiamo ad esempio al problema del consolidamento dell'unità territoriale dello stato. In Italia è un'urgenza assoluta. Paradossalmente proprio questa esigenza potrebbe aver più volte indotto a rinviare l'unificazione delle cassazioni. Dietro c'era il timore di compromettere il fragile equilibrio raggiunto, il timore che in periferia venisse a mancare il sostegno al progetto di consolidamento dell'unità nazionale (37).

C'è infine un problema di classe dirigente e di ruoli nella nuova dimensione nazionale di cui bisogna avere considerazione. Si pensi in primo luogo ai corpi importanti nella vita della società italiana come i giuristi avvocati (38), o più in generale alle *élites* regionali, che avendo

---

37-40, C. Storti Storchi, *La dignità e l'autonomia del giudice nelle opinioni del ceto giuridico lombardo sull'intervento del pubblico ministero nelle cause civili (1860-1875)*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, cit., pp. 201-205. Va considerato inoltre che anche in altre parti del Paese si manifestano istanze di tipo autonomistico. Cfr. F. Cammisa, *Unificazione italiana e formalismo giuridico*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 105-106.

(37) Del resto guardando alla Germania, dove il *Reichsgericht* è istituito come corte unica, la *Gerichtsverfassungsgesetz* lascia la possibilità ai *Länder* di conservare la propria giurisdizione suprema. Cosa che ad esempio decide di fare il *Bayern*. Cfr. E. Glasson, E. Lederlin, F.R. Dareste, *Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne, (30 janvier 1877)*, Paris, Imprimerie nationale, 1887, p. 177, E. Chavegrin, *Sur le pourvoi en révision*, cit., p. 239. Tuttavia restano nella giurisdizione generale del Supremo tribunale di Leipzig le competenze ad esso riservate con leggi speciali, ma soprattutto le materie precedentemente di competenza del *Oberhandelsgericht* in quel tempo abolito. Quest'ultimo aveva assorbito, con una interpretazione estensiva delle proprie competenze, accanto al diritto strettamente commerciale, ampi settori del diritto civile. Sul ruolo fondamentale dell'*Oberhandelsgericht* per la c.d. *Rechtsarmonisierung* nella prospettiva dell'unificazione tedesca, anche in relazione al ruolo che verrà ad occupare il *Reichsgericht*, si veda Th. Henne, *Richterliche Rechtsharmonisierung*, cit., pp. 341-355.

(38) L'interesse professionale degli avvocati è spesso indicato dai sostenitori della cassazione come la ragione principale della mancata unificazione. Lo ricorda, ad esempio, in occasione della presentazione del suo progetto, il Ministro P.O. Vigliani, *Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia al progetto di legge per la istituzione della Corte suprema di Giustizia del Regno*, in *La Legge*, XV, 1875, parte III, p. 80, ma si vedano anche L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 80 dello stesso *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in *Studi in onore di Carlo Fadda, pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, Pierro, 1906, pp. 205-206, P. Calamandrei, *La cassazione civile*, cit., pp. 674-675. In effetti proprio gli ambienti forensi sono i luoghi di principale sostegno ed elaborazione dei progetti favorevoli alla terza istanza. Del resto gli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partecipato attivamente all'unificazione, cercano di ricavarsi uno spazio nel nuovo panorama nazionale.

È possibile ragionare su tale dato anche in termini più articolati, andando oltre la semplice constatazione che il sistema delle corti regionali favoriva interessi particolaristici. La difesa della categoria professionale o delle specificità territoriali è, in certi casi, tassello di una visione e di un programma di costruzione dello stato, che vede nei corpi intermedi l'elemento strutturante.

6. *La dimensione comparativa.*

Occupiamoci ora del terzo profilo della questione: la dimensione europea dei problemi e dei punti di vista. Laurence Montazel mostra come in riferimento a Paesi, che fanno proprio lo schema francese della cassazione, sia necessario rilevare le specifiche modalità di 'recezione'; da ciò emergono le peculiarità degli ordinamenti che vengono concretamente instaurati.

Oggetto della sua analisi sono le regioni tedesche che, acquisite nell'orbita prussiana, conservano il diritto francese e il sistema della cassazione (39). La storia dell'uso tedesco della cassazione francese è emblematica di un processo di assorbimento che cambia i caratteri sostanziali dell'istituto (40).

---

avvocati erano molto presenti in Parlamento. Cfr. F. Cammarano, M.S. Piretti, *I professionisti in Parlamento, (1861-1958)*, in *Storia d'Italia*, Annali 10*, I professionisti*, a cura di Maria Malatesta, Torino, Einaudi, 1996, p. 526, H. Siegriest, *Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und Schweiz, (18.-20-Jh.)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, p. 430. Il conseguimento stesso di una condizione di autonomia e coesione di ceto incontrava diverse difficoltà, come ha spiegato C. Storti Storchi, *Difensore e diritto di difesa nel processo penale italiano nel primo decennio dell'unificazione legislativa*, in *Officium Advocati*, Hrsg. von Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa, Dieter Simon, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 365-387. Più in generale sul ruolo degli avvocati intesi come corpo nella classe dirigente italiana si vedano P. Beneduce, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, 1996, M. Santoro, *Le trasformazioni nel campo giuridico. Avvocati, procuratori e notai dall'Unità alla Repubblica*, in *Storia d'Italia*, cit., p. 62.

(39) Oltre al contributo di Laurence Montazel (vedi *supra* nota 27) sulla vicenda della corti supreme nelle regioni del c.d. "*rheinisches Recht*' si veda G. Seynsche, *Der Revisionhof in Koblenz (1814-1819)*, in *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Hrsg. von Reiner Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 37-60. La cassazione, sotto l'influenza napoleonica, viene introdotta anche in altre regioni della Germania come l'Hessen. Sulla vicenda e sul successivo assetto di ordinamento giudiziario che si delinea si veda F. Theisen, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821-1848*, Köln, Böhlau, 1997, pp. 59-78, e pp. 303-340.

(40) Cfr. L. Montazel, *Entre fait et droit*, cit., pp. 102-113. L'A. parla di « *dénaturation* » del modello originario, di un « processus de contagion du mécanisme français par le système allemand, générateur d'une troisième vie » [p. 111]. Dopo la caduta di Napoleone si determina una dislocazione dell'« instance de cassation vers une

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da un lato c'è una penetrazione di nuovi modelli organizzativi della produzione del diritto, ma dall'altro c'è una loro conformazione a schemi preesistenti, che sono destinati a trovare vita nuova e significato proprio, nella prospettiva aperta dall'età della codificazione (41).

Il contesto europeo sembra perciò utile per capire la vicenda italiana. Esso offre alla nostra attenzione tutta una serie di elementi importanti, per ricostruire la percezione che in Italia si aveva di tale recezione. Uno dei profili ricorrenti nel dibattito italiano è, non a caso, quello comparativo; soprattutto in relazione a Francia, Germania e Austria.

La Francia, forte esempio di nazione e di stato di diritto, luogo di primaria sperimentazione della codificazione, è assunta come principale sistema di riferimento per i vari aspetti della costruzione dell'unità dello Stato. La Germania invece presenta profili di continuità culturale legati soprattutto alla lunga tradizione di diritto comune. Essa inoltre affronta, quasi contemporaneamente all'Italia, problemi di unificazione territoriale partendo da situazioni omologhe, quali la presenza di forti identità locali e tradizioni regionali. C'è poi anche l'Austria. La sua impostazione di ordinamento giudiziario lascia delle tracce molto evidenti soprattutto nei progetti elaborati dagli intellettuali milanesi.

Non si tratta solo di influenze che possono essere considerate *ex post*. Esse fanno parte dello strumentario argomentativo del dibattito italiano nel XIX secolo. Per meglio considerare l'uso della dimensione comparativa fatto dai nostri giuristi, sembrerebbe utile osservare i macro caratteri di questi sistemi e le principali linee di pensiero nel dibattito scientifico.

I riferimenti alle grandi nazioni europee nel discorso dei nostri giuristi hanno certamente un valore argomentativo; riferirsi alla soluzione francese o tedesca significava dire "guardiamo a come hanno risolto il problema le potenze europee a noi vicine". Ma probabilmente tale confronto comparatistico non si esaurisce solo in questo valore retorico.

In realtà esso appare analizzabile come epifenomeno di una circolazione di idee tra le culture giuridiche europee. Un residuo della antica universalità della scienza, che ha permeato l'esperienza giuridica del nostro continente per una fase storica di lunghissimo periodo. I riferi-

---

Cour d'appel ou une troisième instance allemande [...] La formation d'une Cour de cassation autonome selon le modèle français paraît impossible » [p. 109]. Inoltre, se da un lato queste corti dovevano usare la procedura di cassazione, dall'altro alcune modifiche le resero capaci di applicare direttamente la decisione di diritto al fatto [pp. 111-113].

(41) Cfr. *Ibidem*, p. 113. Diversi autori rilevano delle analogie tra i sistemi della *cassation* e del *Reichsgericht*. Cfr. E. Glasson, E. Lederlin, F.R. Dareste, *Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne,* cit., pp. LI-LII, L. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., p. 871, M. D'Amelio, *Corte di cassazione*, cit., p. 538.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti comparativi sono, dunque, anche espressione di percezioni comuni del problema, che coinvolgono questioni che stanno al di là della singola vicenda italiana e si svolgono in una dimensione europea del processo di codificazione.

Dentro ci sono i grandi interrogativi di fondo della teoria del diritto ottocentesca: quale stato? Quale codificazione? Quale unificazione del diritto? Quale norma giuidica? Quale interpretazione e quale ruolo per l'interprete? Anche queste domande di fondo producono riflessi sulle proposte concrete di corte suprema. A questo livello tali profili devono essere indagati.

7. *Le vie dell'unificazione del diritto.*

C'è infine un ulteriore aspetto, che esorbita dalla semplice questione della giurisdizione superiore, ma che può essere colto in questo percorso di ricerca: è la prospettiva che potremmo chiamare delle 'vie dell'unificazione del diritto'. In effetti gli Stati ottocenteschi europei ricorrono tutti a strumenti di tipo relativamente omogeneo, ma affrontano la questione della corte suprema secondo modalità differenti; e ciò sembra produrre implicazioni non secondarie per la stessa nascita dei diritti nazionali.

Per l'Italia la questione della cassazione è in un certo senso un momento di riscontro dell'unificazione legislativa. Capire in che rapporto sta il pluralismo giurisprudenziale con questo processo di unificazione, è anche un modo per descrivere una delle vie per l'unificazione del diritto percorse nel XIX secolo.

Si tratta di una via in cui, alla accelerazione formale della codificazione risponde un adattamento sostanziale realizzato attraverso il filtro scompositivo della giurisprudenza; quasi a mantenere, in un quadro di necessaria unità legislativa statale, un certo margine di flessibilità applicativa. È forse questo un modo con cui si intende tenere conto delle peculiarità localistiche, che comunque permanevano nel territorio unificato.

I giuristi coinvolti nell'articolato dibattito a cui ci riferiamo, sono sostanzialmente tutti dei convinti sostenitori della prospettiva della codificazione. Essi cercano di ragionare sul dato acquisito della sovranità della legge. Ma, ragionando sullo spazio da assegnare al pluralismo giurisprudenziale, producono varianti interessanti nel meccanismo di enucleazione della norma positiva.

Si è accennato al fatto che nel dibattito emerge, non di rado, il richiamo alla tradizione giurisprudenziale medievale. Forse lo studio della questione della corte suprema in Italia, senza nascondere linee di discontinuità evidentissime, può offrire nuovi elementi per capire se (e/o il modo in cui) il 'fattore *ius commune*', inteso non come sistema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attivo, ma come categoria persistente nel pensiero giuridico, sia sopravvissuto e abbia operato nel secolo delle codificazioni (42).

Si diceva, ci sono altre vie all'unificazione del diritto che attraverso l'angolo di osservazione della corte suprema possono essere descritte. Guardiamo alla Germania: qui il diritto nazionale unitario si realizza a partire dalla giurisprudenza, non dalla legislazione. L'unificazione del diritto è nelle mani del *Reichsgericht*, non una corte di cassazione, ma un tribunale di revisione. Inoltre questo dà inizio alla sua opera, senza disporre di un'unica legislazione in materia civilistica; il codice arriverà trent'anni dopo (43). Probabilmente è una via pragmatica all'unificazione del diritto; via in cui l'unificazione legislativa rappresenta il suggello finale.

La Francia a modo suo, come ha dimostrato Laurence Montazel, ha il suo percorso di unificazione del diritto che, imperniato sulla codificazione, si affida poi alla operosità creativa della sua corte di cassazione.

Il complesso di questioni, che si connettono ad un'indagine sull'identità della corte suprema negli ordinamenti giuridici del XIX secolo, è, come si può constatare, veramente ricco di implicazioni, così come lo sono le prospettive storiografiche che su questo campo sembrano percorribili.

---

(42) Del resto è possibile incontrare, soprattutto tra la seconda metà del XIX secolo e i primi decenni del XX, giuristi che esprimono questa sensibilità antica. È la sensibilità per l'*interpretatio* e la centralità del ruolo del giurista. Cfr. P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 281-319, o dello stesso *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato 1997, III L'abuso del diritto*, 1998, pp. 485-550, G. CAZZETTA, *Civilistica e ' assolutismo giuridico ' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De la ilustraciòn al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1995, pp. 399-418, P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., *Le lezioni catalane*, pp. 42-43. Si tratta di un'attitudine che si manifesta in una varietà di orientamenti; cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, (fra i numerosi spunti si vedano in particolare le pp. 18-25, 74-79, 90-93).

(43) H.P. GLÖCKNER, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts*, cit., pp. 18-27, K. MÜLLER, *Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich, 1879-1918*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, pp. 66-70. Il diritto civile tedesco dopo l'unificazione della Germania nel *Deutsches Reich* resta diviso in diverse aree. Quella basata sul *Landrecht* prussiano, quella fondata ancora sul diritto comune, quella che applicava il *Code Napoléon*, e poi le aree regionali che si erano date una propria codificazione come il *Sachsen* e il *Bayern*. Si veda W. SIMONS, *Das Reichsgericht*, in *Die Höchsten Gerichte der Welt*, Hrsg. von Julius Magnus, Leipzig, Moeser, 1929, pp. 6-7. In questo quadro, osservava l'A., il *Reichsgericht* era chiamato a svolgere la funzione di spingere « an der einheitlichkeit der Rechtsprechung, der Grundlage der Rechtseinheit ». È questa una prospettiva che ruota intorno all'esigenza di un diritto sostanziale unitario, più che di una legislazione unitaria, cfr. ANONIMO (Karl Schulz), *Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1910, pp. 3-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO PISANI

DA NORBERTO BOBBIO, IN TEMA DI DIRITTO PREMIALE

1. Nei giorni 26 e 27 giugno 1981 si era svolto a Como, a cura della Fondazione Avv. Angelo Luzzani e dell'Amministrazione Provinciale di quella città, un simposio di studi in materia di diritto e processo penale — il VII della serie — dedicato alla tematica del diritto premiale, nelle sue interrelazioni col sistema penale.

Il simposio, organizzato dal prof. Mario Pisani, veniva da lui aperto con una introduzione, della quale riportiamo le righe finali:

« Quanto al tema, in questa specie di *memorial day* è parso bello e non casuale offrire all'attenzione degli ascoltatori, oltre che dei lettori di domani, un tema, per così dire, tutto nuovo, e che sembra perfino extra-vagante: quello del " diritto premiale ", come prospettiva dalla quale guardare — e qui a Como si può ben dire: " rivisitare " — il sistema penale, dai codici alle leggi speciali (...).

Siamo tutti molto grati al prof. Nuvolone per avere accettato, con grande generosità, di guidarci in questa sorta di " navigazione interna ", a suggestione lacustre, che ci porterà ad attraversare il mondo dei delitti e delle pene, da un lato, e quell'altro, meno consueto, ma insignito, dopo il trattatello di Dragonetti " Delle virtù e dei premi ", dai nomi di Melchiorre Gioia e di Geremia Bentham, per venire, da ultimo, all'analisi filosofica di Norberto Bobbio.

Sistema penale da un lato, dunque, e diritto premiale, dall'altro: due mondi che sembrano antagonistici, ma che, in realtà, sono soprattutto simmetrici e sotto più profili intercomunicanti e complementari ».

2. Nell'*Indice penale* del 1981 (pp. 197-218) veniva pubblicata, anticipatamente rispetto al volume completo degli atti (*Diritto premiale e sistema penale*, Milano, ed. Giuffrè, 1983) la relazione di base del simposio, intitolata: « Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni » (1).

(1) Il volume degli atti contiene le relazioni di Pisani, Gavazzi, Luraschi, Febbrajo, Bricola, Lanzi, Carboni, Frigo, Dominioni, Corso, Mantovani, e — dopo una serie di comunicazioni su profili diversi — le conclusioni di Pietro Nuvolone.

Ci sembra opportuno riprodurre l'asterisco che corredava la relazione di Gavazzi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il suo autore provvedeva quindi a trasmettere una copia a stampa di tale relazione a Norberto Bobbio.

Ne seguiva, prima della fine d'anno, la risposta a mezzo della lettera che qui si pubblica:

> Università degli Studi di Torino
> Facoltà di Scienze Politiche
>
> Torino, 24.12.81
>
> Caro Pisani,
>
> ho letto col più vivo interesse l'articolo, che hai avuto la cortesia d'inviarmi, sul « diritto premiale », un tema di solito trascurato, e che invece, come risulta chiaramente dalla tua ricerca, offre spunti di notevole interesse per l'allargamento della teoria generale del diritto. Non so se mi accadrà di tornare sul tema, ma in questa eventualità non potrò fare a meno di tener conto del tuo contributo.
>
> Cordialmente
>
> Norberto Bobbio

3. A Bobbio non è poi mancata l'occasione di ritornare sull'argomento.

Invitato a Ferrara, nell'aprile 1983, a trattare il tema « La funzione promozionale del diritto rivisitata », l'insigne studioso torinese aveva l'amabilità di far presente che, nella materia in esame, « l'evento più significativo » di epoca recente era stato proprio il convegno di Como dal quale si sono prese le mosse.

Seguiva, con un rinvio al volume, uscito in quell'anno, degli atti (ed ai contributi ivi raccolti), un più specifico ed ampio riferimento alla relazione introduttiva, ed al richiamo delle testimonianze (Beccaria, Melchiorre Gioia, Jhering, Enrico Ferri, Giuseppe Maggiore) che di tale relazione avevano costituito alcune delle linee portanti (2).

4. Nel ringraziare Bobbio per l'attenzione dedicata all'iniziativa di Como, il mittente accompagnava il suo scritto, a guisa di ornamento, con un brano di Jovine, dove si narra di un certo flebotomo alle prese con « quest'affare dei meriti » (3). Ed ecco la pronta risposta di Bobbio:

(intitolata: « Diritto premiale e diritto promozionale »): « Con il consenso della Fondazione Luzzani, che ringrazio, dedico la presente relazione a Norberto Bobbio. Con umiltà perché è assai poca cosa rispetto a ciò che Bobbio rappresenta; ma anche con un tanto di presunzione perché le riflessioni qui svolte nascono dal pensiero di Bobbio per discostarsene almeno in parte (cosa di cui Egli non è solito lagnarsi), e, infine, perché l'omaggio vuole avere un carattere personale, certo non sufficientemente " remuneratorio ", di ricorrenza e di affetto ».

(2) Si veda Bobbio, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Soc. del dir.*, 1984, n. 3, p. 7 ss. (e in particolare il § 6, p. 18).

(3) « — Io prevedo una vasta rivoluzione europea, fatta in nome dell'equità, della fratellanza e del principio: " maggiori meriti, maggiori beni ".

Il flebotomo, che in un angolo digeriva pazientemente la sua eterna sbornia, insinuò, facendo il suo solito sberleffo infantile:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Accademia Nazionale dei Lincei
Torino, 2.9.85

Caro Pisani,

ahi, ahi! l'errore — Lazzari per Luzzani (4) — è mio, perché, anche ammesso che ci sia stato all'origine un errore del tipografo, avendo corretto le bozze avrei dovuto accorgermene. Ma non sapendo chi fosse l'avv. Luzzani, non me ne sono accorto. Il processo Bellentani! quanti ricordi! La serata a Villa d'Este (mi pare), il ballo, il tradimento, il colpo di pistola! " che bei delitti una volta! " sospira il vecchio, laudator temporis acti. Adesso, più niente: il killer professionista, strapagato, l'agguato, una fossa d'acido solforico (?) per far scomparire il cadavere. E la giustizia? Difficile non dare ragione al flebotomo di Jovine.

Cordiali saluti.

Norberto Bobbio

5. Successivamente, invitato a collaborare agli studi in onore del grande penalista spagnolo Luis Jimenez de Asúa, il destinatario della lettera riteneva opportuno ricordare ed illustrare una piccola opera di Lui non molto nota; dal titolo: « La recompensa como prevencion general. El derecho premial ", edita a Madrid nel 1915.

All'inoltro delle poche pagine dedicate a tale argomento, ancora una volta Bobbio dava prontamente seguito con una cortese risposta:

Senato della Repubblica
Torino, 28.12.86

Caro prof. Pisani,

ho molto apprezzato il Suo commento al libro di Luis Jimenez de Asúa sul diritto premiale, libro che, naturalmente, ignoravo, e che, invece, merita la più grande attenzione da parte di chi s'interroga sull'altra faccia, quella troppo a lungo sconosciuta, del diritto.

Buon anno e cordiali saluti.

Norberto Bobbio

— E quest'affare dei meriti chi lo stabilisce?

Il notaio Scansi rispose senza esitare:

— La giustizia. Mi pare che non siano possibili dubbi di sorta.

— Quale giustizia, quella di Dio o quella degli uomini? — continuò il flebotomo.

— Quella degli uomini, don Beppe caro.

— E allora, — fece il flebotomo alzando le braccia desolato, e ricadde nella sua assorta espressione di ubriaco » (F. JOVINE, *Signora Ava*, Torino, ed. Einaudi, 1958, p. 144).

(4) Si era infatti trattato di un refuso nel testo a stampa della conferenza.

L'arringa dell'avv. Luzzani in difesa della contessa Bellentani, pronunciata davanti alla corte d'assise di Como in data 12 marzo 1952, è pubblicata nella rivista *L'eloquenza*, 1952, XLII, p. 38, e raccolta nel volume *Arringhe celebri* (a cura di C. Masera), Milano, Nuova Accademia Ed., 1956, p. 495.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. A distanza, ormai, di tanti anni, il destinatario della lettera idealmente ricambia grati pensieri augurali.

Nota auto-bibliografica di diritto premiale:

— Soccorsi e premi nella lotta contro il brigantaggio, in *Giust. pen.*, 1976, fasc. 12-*bis*, c. 98;

— I diplomi « al merito della redenzione sociale », in *Il Tommaso Natale (Studi in memoria di Girolamo Bellavista)*, 1977, p. 390;

— Il « contingentamento » delle onorificenze, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, p. 263;

— Immunità e premi in materia di circolazione ferro-tramviaria, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1149;

— Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni, in *Ind. pen.*, 1981, p. 197;

— (a cura di) AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 284;

— L'attacco della Bainsizza e il diritto premiale, in *Ind. pen.*, 1985, p. 654;

— Luis Jimenez de Asúa e il diritto premiale, in *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa*, Madrid, 1986, p. 541;

— Equivoci sulla premialità, in *Ind. pen.*, 1987, p. 731;

— Beccaria e il diritto premiale, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere, Classe di Lettere e Scienze Morali e Storiche*, vol. 131 (1997), fasc. 2, p. 281;

— I « meriti insigni » (art. 106, 3° comma, Cost.) per la nomina dei « laici » in Cassazione, in *Foro ital.*, 1999, V, c. 73;

— I « senatori a vita »: profili di diritto premiale (in corso di stampa nei Rendiconti dell'Istituto Lombardo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL « CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO » NELL'ANNO ACCADEMICO 1998/99

Sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio il prof. José-Maria Garcia Marin (della Universidad Pablo de Olavides-Sevilla) il prof. James Whitman (della Yale Law School), la prof.a Maria Rosa Pugliese (della Universidad de Buenos Aires), la dott.a Leonor Aguilar Ruiz (della Universidad de Sevilla), la dott.a Maria Dolores Alamo (della Universidad de La Laguna), la dott.a Consuelo Carrasco Garcia (della Universidad Carlos III de Madrid), la dott.a Eugenia Torijano (della Universidad de Salamanca).

Durante il 1999 è stato pubblicato quale n. 53 della « Biblioteca » del Centro il volume di Giovanni Cazzetta, *Praesumitur seducta - Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, e, n. 54, il volume di Stefano Mannoni, *Potenza e ragione - La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914).*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

Paolo Grossi, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

Riccardo Faucci, *Dall'« economia programmata » corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti* 9

LA DIMENSIONE GIURIDICA

Pietro Costa, *Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo* 61

Paolo Cappellini, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime* 175

Umberto Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato - Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale* 293

Giovanni Cazzetta, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica* 511

Antonio Iannarelli, *La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952)* 631

Andrea Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo* 713

Fulco Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954* . 749

Carlo Marzuoli, *Su alcuni aspetti della dottrina del diritto amministrativo tra fascismo e repubblica: appunti per dei giudizi da rivedere* 787

Mario Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo - La penalistica italiana negli anni del fascismo* 817

FIGURE DELL'ESPERIENZA

Carlo Cardia, *Diritto e famiglia negli anni '30-'50* 853

Giovanni B. Ferri, *Patologie contrattuali e circolazione della proprietà* 881

Alfredo Corpaci, *Note su la dottrina amministrativistica italiana e la giustizia amministrativa tra fascismo e repubblica* 961

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI, *Itinerarii dell'impresa* 999

BERNARDO SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*. 1039

LETTURE

OLIVIER BEAUD, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*; GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* (S. Mannoni). 1079

EMANUELE CAFAGNA, *La libertà nel mondo. Etica e scienza dello stato nei « Lineamenti di filosofia del diritto » di Hegel* (N. De Federicis) 1081

PAOLO COLOMBO, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)* (S. Mannoni) 1087

GUSTAVO GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale* (P. Costa) 1088

PHILIPPE PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII siècle* (S. Mannoni) 1093

ALBERTO PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, e *La guerra, il nemico, l'amico, il partigiano. Ernst Jünger e Carl Schmitt* (M. Fioravanti) 1095

OLIVIER THOLOZAN, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire* (S. Mannoni) 1102

NADINE VIVIER, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France, 1750-1914* (S. Mannoni) 1103

SEGNALAZIONI 1107

A PROPOSITO DI...

ANDREA BORTOLUZZI, *Ordine giuridico del mercato o ordine del mercato e ordine giuridico?* 1115

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Positive Morality: la incógnita decimonónica del derecho internacional* (A propósito de 'Potenza e Ragione' de Stefano Mannoni) . 1127

PAOLO GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia* 1141

MASSIMO MECCARELLI, *Identità e funzione delle Corti Supreme in Europa al tempo delle codificazioni* (A proposito di L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle)* 1147

MARIO PISANI, *Da Norberto Bobbio, in tema di diritto premiale* 1169

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del « Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno » nell'anno accademico 1998/1999. 1175

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del ventottesimo « Quaderno »

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Riccardo FAUCCI
Prof. Ordinario di Economia politica - Università di Pisa

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Umberto BRECCIA
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Pisa

Giovanni CAZZETTA
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Antonio IANNARELLI
Prof. Ordinario di Diritto agrario - Università di Bari

Carlo MARZUOLI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Andrea PROTO PISANI
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Firenze

Fulco LANCHESTER
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato - Università di Roma 'La Sapienza'

Mario SBRICCOLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Carlo CARDIA
Prof. Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Roma Tre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni B. FERRI
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma 'La Sapienza'

Alfredo CORPACI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Bernardo SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Stefano MANNONI
Prof. Associato di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Nico DE FEDERICIS
Facoltà di Scienze Politiche - Università di Pisa

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Andrea BORTOLUZZI
Notaio in Varese

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Massimo MECCARELLI
Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Mario PISANI
Prof. Ordinario di Procedura penale - Università Statale di Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano