

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

46
T.I

2017

**QUADERNI
FIORENTINI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Tipografia MORI & C. S.r.l.
21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA,
MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO GROSSI,
LUIGI LACCHÈ, LUCA MANNORI,
MASSIMO MECCARELLI, FRANCESCO
PALAZZO, SILVANA SCIARRA, BERNARDO
SORDI

Consiglio Scientifico:

CLARA ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO
CARONI (Bern); BARTOLOMÉ CLAVERO
(Sevilla); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main);
RAFAEL ESTRADA MICHEL (Ciudad de
México); RICARDO MARCELO FONSECA
(Curitiba); JEAN-LOUIS HALPERIN
(Paris); ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
(Lisboa); RICHARD HYLAND (Camden);
LUCIEN JAUME (Paris); MARTA LORENTE
SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI
(Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley); DAG
MICHALSEN (Oslo); JEAN-LOUIS MESTRE
(Aix-en-Provence); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva);
HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM
RÜCKERT (Frankfurt am Main); MICHAEL
STOLLEIS (Frankfurt am Main); VÍCTOR
TAU ANZOÁTEGUI (Buenos Aires); MICHEL
TROPÉ (Paris); JOAQUÍN VARELA
SUANZES-CARPEGNA (Oviedo); JOSEPH
WEILER (New York); JAMES WHITMAN
(New Haven); LIHONG ZHANG (Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
segreteria@centropgm.unifi.it
www.centropgm.unifi.it

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

46

(2017)

Giuristi e Stato sociale

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814221965

ISSN 0392-1867

*Pubblicazione realizzata con il contributo
dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Giuristi e Stato sociale: teorie e progetti, discorsi e pratiche

1. Il termine più utilizzato in connessione con Stato sociale è, oramai da decenni, *crisi*. Il nesso domina i dibattiti sulle trasformazioni e il declino dei modelli di *welfare*, sui rapporti tra diritto europeo e Stato sociale nazionale, è presenza incombente nello scontro frontale che oppone diritto comune del mercato e universalismo dei diritti, riduzionismi del pensiero neoliberale e tensione a oltrepassare la dipendenza dei diritti sociali dallo Stato. E da decenni la parola *crisi* gioca un ruolo rilevante anche nell'approccio alla storia dello Stato sociale e nelle 'richieste' rivolte alla storia. Origini, evoluzione, espansione, declino o fallimento di teorie, di progetti, di istituzioni, sono tematizzati movendo dai dilemmi del presente e giungendo ad essi; guardando alla crisi di uno Stato sociale da riformare, da ripensare, da superare, da rilanciare. La crisi del tempo presente è ben diversa dalle crisi di ieri cui lo Stato sociale era chiamato a fornire risposte: sempre più difficile è pretendere dalla storia un passato certo, sicure linee evolutive, indiscutibili passaggi *da... a*, percorsi ascendenti, fatali parabole. Lo sguardo di lungo periodo sui diversi contenuti e sui diversi fondamenti posti a sostegno dello Stato sociale mostra del resto — lo evidenzia bene Michael Stolleis — stratificazioni, incontri, linee di tendenza spesso contraddittorie, ma non un tranquillizzante *telos* evolutivo, un 'provvidenziale' sviluppo storico. Ed è proprio movendo dalla difficoltà di individuare una sicura linea di demarcazione fra 'un prima' e 'un dopo', fra la preistoria e la storia dello Stato sociale, che Pietro Costa suggerisce che la chiave di lettura della 'governamentalità' e della 'biopolitica' — proposta da Michel Foucault e fin qui non utilizzata

appieno dalla storiografia — possa essere uno strumento utile per sondare i caratteri unitari della figura.

Contraddistinto come sempre da un fitto dialogo tra passato e presente, il « Quaderno » su *Giuristi e Stato sociale* propone un confronto serrato tra storia e odierni dilemmi del *welfare*, ma non intende offrire una storia, *la storia*, dello Stato sociale, fissare modelli di relazione astratta tra diritto/diritti e Stato sociale, né proporre un repertorio di *exempla* da cui trarre episodi utili a dimostrare tesi funzionali alle dispute del presente. Più semplicemente, forse più ambiziosamente, i contributi hanno l'intento di porgere 'occasioni di riflessione' mettendo a fuoco molteplici ricostruzioni della mutevole unione fra Stato e società disegnate dallo 'Stato sociale'; un'unione costantemente attraversata dalla tensione fra 'statale' e 'sociale' e costantemente riscritta nelle pagine dei giuristi sempre protese a distinguere e, nello stesso tempo, a fissare ordine. Con varietà di approcci e di prospettive i saggi proposti nelle abituali sezioni del « Quaderno » (Modelli e dimensioni; La dimensione giuridica; Figure dell'esperienza) s'interrogano su 'origini' 'punti di svolta' 'nodi problematici' e, senza pretese di completezza, provano a offrire un articolato quadro di relazioni, incroci, scambi culturali fra teorie e progetti, strategie politico-giuridiche, norme e istituzioni, saperi disciplinari, discorsi che hanno forgiato nel tempo i contenuti immessi nello Stato sociale.

2. Nell'Europa del secondo dopoguerra s'incontrano e talora si fondono sistemi di *welfare* con origini e fondamenti molto diversi fra loro. Sostenuti dal riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e da specialismi disciplinari affermatasi fra Otto e Novecento, i sistemi di sicurezza sociale paiono accomunati — come emerge dalla ricostruzione di lungo periodo di Michael Stolleis — dall'avanzamento del processo di 'pubblicizzazione' e 'esternalizzazione' dei rischi (da una dimensione privata, individuale, famigliare, associativa, a una dimensione pubblica, politica) volto a comporre un 'modello europeo', ma restano comunque profondamente differenziati fra loro da storie nazionali, da istituzioni e tutele ora nate da spinte democratiche, ora da regimi autoritari, ora vissute come segno di emancipazione ora come strumento di controllo e di negazione del pluralismo, ora come strumento di coercizione ora come mezzo

di integrazione. ‘Stato sociale’ si presenta gravato da eredità e progetti non omogenei che anche il processo di costituzionalizzazione stenta a far convergere appieno.

Nei dibattiti dell’Assemblea costituente italiana il termine è utilizzato pochissime volte. Il nome manca ma comunque forte è la tensione a fissare un’idea della ‘cosa’. Ad accomunare i costituenti è la prospettiva « lavoristica », una prospettiva che si manifesta appieno nel percorso che conduce al testo definitivo dell’art. 38 della Costituzione, alla conservazione di una struttura ‘duale’ tra previdenza e assistenza imperniata sulla centralità del lavoro (Lorenzo Gaeta). La diffidenza ideologica nei confronti di un sistema di protezione sociale rivolto a tutti i cittadini è testimoniata dalla scarsa eco suscitata dai rapporti Beveridge anche nel dibattito giuridico-politico dei successivi anni cinquanta e sessanta (Ilaria Pavan). La Costituzione che guarda al futuro, ai diritti sociali e alla ‘cittadinanza sociale’ è tutta da attuare. Anche il dibattito costituzionalistico sullo ‘Stato sociale’ nei primi decenni di vita dell’Italia repubblicana è, del resto, particolarmente povero e stenta a cogliere « la rottura concettuale » offerta dalla carta costituzionale; non mancano però riflessioni indirizzate a cogliere il nuovo « contenuto sociale *positivo* » fissato dalla Costituzione, a leggere — come fa Massimo Severo Giannini pur critico nei confronti della formula vuota ‘Stato sociale’ — l’assetto del presente come una nuova transizione (dopo quella realizzata in età liberale dalla *beneficienza* alla *previdenza*) dalla *previdenza* a una *protezione sociale* intesa come trasformazione dei meccanismi assicurativi in « diritti veri e propri ad essere garantiti contro eventi produttivi di insicurezza ». Ed è proprio la centralità del lavoro, l’idea della Repubblica fondata sul lavoro, a disegnare la via per l’espansione dei diritti: l’art. 1 — scrive Mortati — è « accoglimento di una concezione generale della vita », espressione della « potenza creativa della persona » e, allo stesso tempo, « mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società ». Momenti questi che nella lettura proposta da Massimiliano Gregorio si legano in un percorso proteso a estendere l’azione del principio democratico all’interno della dinamica sociale, a tessere fili di collegamento con le teorizzazioni successive di uno Stato costituzionale capace di incorporare lo Stato sociale.

Posta *contro* il fascismo, la Costituzione che guarda al futuro non può comunque eludere il confronto-scontro con il passato, non solo con l'impalcatura della previdenza e dell'assistenza (Gaeta), ma anche con il complessivo impianto dello 'Stato sociale fascista', con « l'estensione totalitaria » degli interventi socialmente orientati. È il problema su cui si sofferma Irene Stolzi, cogliendo l'affermarsi della specifica pregnanza della 'politica sociale' nell'ambito di uno 'Stato totale' che si volge a ricomprendere ogni lato del vivere associato, che si propone come rinnovamento, valorizzazione, potenziamento delle energie fisiche, della produttività economica e delle forze morali e spirituali del popolo, come 'bonifica politica' della nazione.

Certo, il riconoscimento dei diritti sociali e del pluralismo nelle costituzioni del secondo dopoguerra segnava un distacco netto dal passato ma proprio con riferimento alla 'sicurezza sociale', alla 'previdenza sociale', era difficile racchiudere entro una parentesi lo spazio — le istituzioni, le politiche, le costruzioni tecniche — segnato negli anni antecedenti dagli Stati totalitari. La distinzione netta tra percorsi democratici di socializzazione del diritto (politiche sociali indirizzate a sviluppare piena cittadinanza, a proteggere la dignità della persona, a emancipare le classi subalterne) e percorsi di intervento autoritario (indirizzati 'soltanto' a creare consenso, a negare e reprimere il conflitto, a incorporare le forze sociali nell'organismo statale) consente, certo, di individuare modelli contrapposti e discontinuità, ma non può sottrarsi dal fare ripetutamente i conti con gli assetti ('gli sviluppi') precedenti delle istituzioni sociali, con la tensione alla 'estensione totalitaria' delle politiche sociali.

3. Le teorie, i progetti, gli scontri presenti nel laboratorio di Weimar (ne offre un ricco quadro il saggio di Eberhard Eichenhofer) individuano bene nodi problematici con cui si è chiamati a confrontarsi nel secondo dopoguerra. La tensione al 'diritto sociale' che, muovendo dall'iniziale carica critica nei confronti delle carenze di un ordinamento giuridico individualista, giunge a proporre una generale richiesta di trasformazione guardando sia alla 'autonomia del sociale' sia all'intervento legislativo come strumenti di un 'mutamento antropologico', come affermazione di un soggetto socializzato, di una giustizia sociale non come privilegio ma come nuovo modo di pensare e vivere il diritto, è costretta presto a misurarsi con

le sue contraddizioni interne. La polemica tra Max Adler e Hans Kelsen sulle funzioni dello Stato e le riforme sociali (su cui si sofferma Riccardo Cavallo) fa emergere con nettezza, avendo sullo sfondo il riferimento alla *rote Wien*, la contrapposizione tra lo Stato come 'mezzo di tecnica sociale' e lo Stato come 'strumento di dominio'. Lo « Stato sociale minimo » (indirizzato a garantire un livello basilare di amministrazione della giustizia, di educazione scolastica, di assistenza, di cure igienico-sanitarie) non è uno strumento 'neutro' — replica Adler a Kelsen — ma ha il reale scopo di mantenere in vita il sistema capitalistico, coltivando l'illusione di una politica sociale capace di sterilizzare la lotta di classe e i conflitti. Agli occhi di Adler la politica sociale assumeva un volto diverso solo se vista come 'conquista', come espressione della *pressione* operaia, come politica *imposta* alla classe dominante dalla forza del potere sindacale e operaio.

La tensione tra intervento legislativo e 'autonomia del sociale' — tra politica sociale indirizzata a una migliore organizzazione del capitalismo, a un'integrazione funzionale al mercato oppure, al contrario, all'emancipazione, all'affermazione di una piena cittadinanza sociale — misura il confine tra volti diversi (vicini e lontani) dello Stato (sociale) ed è inevitabilmente utilizzata per misurarne forme e contraddizioni, per tracciare continuità e discontinuità rispetto a 'un'origine'.

Continuità e discontinuità nel farsi dello Stato sociale emergono particolarmente vivi nel percorso spagnolo, segnato dalla Costituzione repubblicana del 1931, dal franchismo e dall'approdo alla Costituzione del 1978. Le leggi sociali di fine Ottocento, il cantiere di progetti e riforme proposte dall'*Instituto de Reformas Sociales* dall'inizio del Novecento, le variegate proposte di socializzazione dello Stato delle correnti del krausismo, incrociano prima la dittatura di Primo de Rivera, giungendo poi alla Costituzione repubblicana del 1931, ove « por vez primera en la historia de las Constituciones españolas, se configuró un Estado social » (Varela Suanzes-Carpegna), l'impegno della Repubblica a prestare « asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia », ad assicurare « a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna ». Il contributo di Clara Álvarez ricostruisce eredità, influenze, opere presenti sul tavolo di lavoro dei

costituenti (dagli scritti di Laski a quelli di Kelsen, dai riferimenti continui alla Costituzione di Weimar alla precisa influenza di Hermann Heller) e il dibattito sul ruolo dello Stato, sulla costituzionalizzazione della direzione statale dell'economia, sulla ridefinizione dell'idea di cittadinanza. La « República de trabajadores » intende guidare con interventi legislativi democratici, con un apparato di 'Consigli tecnici' l'organizzazione pubblica dell'economia, assicurare protezione sociale, fissare limiti al diritto di proprietà, garantire diritti sociali e libertà alla persona.

Seguendo il complessivo processo di « socialización del derecho », Sebastián Martín si confronta con l'istituzionalizzazione dello Stato nazional-sindacalista e con la costituzionalizzazione, nel 1978, dello Stato sociale e democratico di diritto, interrogandosi su nessi e cesure dello 'Stato sociale' nei diversi momenti. Lo Stato « nacional-sindacalista » nasce *contro* — in discontinuità — con la « República de trabajadores »: ha l'obiettivo dichiarato di negare il conflitto, di assumere la cooperazione interclassista, la centralità dell'interesse della produzione nazionale e del 'cittadino-produttore' come cardini del nuovo progetto; è forma spagnola, « más sinceras » del nazionalsocialismo, protesa con « naturaleza totalitaria » a penetrare la società, a dominare i conflitti senza negare, però, in assonanza con il progetto dell'ordoliberalismo, le libertà economiche. L'interventismo sociale del costituzionalismo repubblicano è capovolto: diviene strumento d'integrazione nazionale del proletariato, negazione del disegno di emancipazione. Ed è poi con tale 'estensione totalitaria' che saranno chiamati a confrontarsi i costituenti del 1978 alla ricerca di nessi tra Stato sociale e Stato democratico. Sullo sfondo delle discontinuità 'qualitative' dell'intervento statale, si susseguono, quasi a unificarne le diverse forme, tracce della presenza della dottrina ordoliberales tedesca, del disegno di conciliazione tra diritto ed economia indirizzato a un'ottimizzazione del capitalismo; un filo rosso di continuità tra « doctrina inspiradora del Estado nacionalsindacalista, del Estado católico-social y del Estado social y democrático de 1978 ».

Continuità e discontinuità si confrontano in modo ancora diverso nel secondo dopoguerra francese, nel processo costituente della Quarta repubblica analizzato da Sandro Guerrieri. La *Sécurité sociale* è posta come elemento centrale del nuovo modello repub-

blicano, come simbolo della democrazia sociale da ricostituire dopo la tragedia bellica, ma i diritti proclamati nel preambolo della Costituzione dell'ottobre 1946 mostrano una svolta ambigua, un fragile equilibrio fra il contributo 'tecnico' di Pierre Laroque e la posizione — sostenuta da Mirkin-Guetzévitch — indirizzata a legare il sistema ai diritti sociali. Il diritto di ogni essere umano (nell'impossibilità di lavorare) a ottenere dalla collettività « des moyens convenables d'existence » — fissato nel preambolo — ora è inteso come 'svolta', nuovo legame tra il singolo e la collettività, ora come semplice conferma di una tendenza in atto da anni nella legislazione ordinaria e nel diritto amministrativo, 'obbligo morale' privo di effettiva rilevanza giuridica.

Certo, la dichiarazione di diritti sociali, l'affermazione dell'indisgiungibilità tra diritti civili e politici e 'nuovi diritti', non è un urlo lanciato nel vuoto privo d'incidenza sull'assetto delle protezioni. La difesa di una conciliazione possibile tra libertà classiche e diritti sociali, di « une synthèse entre la liberté et la sécurité de l'être humain » (così René Cassin con riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) si proietta sul piano internazionale, lascia intravedere la possibilità di svincolare i diritti dal riferimento allo Stato, di andar 'oltre la legge' e i modelli di costruzione nazionale dello Stato sociale. I variegati sistemi di sicurezza sociale nel secondo dopoguerra sono sottoposti alla comune 'pressione' dei diritti, sempre più accomunati da un fitto scambio di teorie e progetti, da una crescente ricerca di sintesi tra garanzie di libertà e protezione sociale.

Lo Stato sociale costruito e da costruire negli anni del secondo dopoguerra, appare oggi sempre più accomunato dalla necessità di far fronte a minacce provenienti 'dall'esterno' e 'dall'interno', chiamato a confrontarsi con i problemi posti dalla globalizzazione e dal ritorno dei nazionalismi (Stolleis). La difficoltà di affermare ed estendere il *welfare* incontra (e si scontra) sempre più con il problema di conservare le garanzie costituzionali presenti nei singoli Stati; una questione questa più che mai rilevante di fronte al « nuovo diritto europeo della crisi ». Stefano Giubboni la analizza considerando come i mutamenti e i capovolgimenti dell'originario processo d'integrazione europea stiano negando le garanzie dei modelli nazionali di Stato sociale, sottoponendole alla « logica uniformante —

e deformante — del managerialismo autoritario della nuova *governance* economica e del diritto del mercato ».

4. L'organizzazione del sapere giuridico — le rappresentazioni dell'unitarietà del diritto, le configurazioni del sistema, le distinzioni tra giuridico e sociale, tra diritto e politica, tra pubblico e privato — gioca un ruolo che non è puramente esterno al farsi delle politiche sociali, perché a sua volta costruisce e definisce origini e caratteri, rilevanza 'costituzionale' dello 'Stato sociale'.

Sandro Chignola contestualizza il progetto di scienza dello Stato, di scienza politica e del diritto di Lorenz von Stein. La *soziale Frage* è il punto prospettico attraverso cui Stein « costruisce la continuità tra passato, presente e futuro », attraverso cui legge il futuro anticipato dalla transizione tra cetualità e *staatsbürgerliche Gesellschaft*. La riorganizzazione del sapere politico-giuridico muove dalla storia della società, dalla società che fa il diritto ed esige una nuova rappresentazione dello Stato, sue nuove forme di *azione*, di *lavoro*. La fuoriuscita dagli assetti cetuali (la caduta delle forme di solidarietà e di protezione dell'assetto di antico regime) e l'affermarsi del processo d'industrializzazione impongono nuovi compiti alla scienza e un composito *lavoro dello Stato*: non 'soltanto' soccorso ai poveri e misure che richiamano l'intervento dello Stato di Polizia ma intervento diretto sulla società anche per sostenere *Veretine*, politici ed economici, capaci di valorizzare l'autodeterminazione del soggetto consentendogli di collaborare all'azione degli apparati dello Stato.

La scienza dell'amministrazione e del governo progettata da Stein avendo di fronte la questione sociale, il nuovo rapporto tra società e Stato, tra diritto e società, attuato nel percorso francese dalla Rivoluzione al 1848, si confronta presto, sia in Germania che in Italia, con la visione costituzionale dello Stato, con consolidate ripartizioni del sapere giuridico e con il processo di costruzione del diritto nazionale.

In Italia l'affermazione del diritto nazionale e la 'scoperta della società' sono pressoché contemporanei: il problema dell'intervento sociale dello Stato si sovrappone e interagisce con la costruzione del diritto comune alla nazione. Il dilemma principale nelle pagine dei giuristi non è dato soltanto dalla questione intervento/non inter-

vento ma soprattutto dall'incidenza giuridica dell'azione dello Stato sul diritto finalmente comune a tutti gli italiani, dalla difficoltà di attribuire effettiva rilevanza giuridica ai mutevoli interventi 'sociali' dello Stato.

Il progetto di 'scienza dell'amministrazione sociale', sostenuto con forza in Italia da Carlo Francesco Ferraris, incontra le resistenze di una 'giuspubblicistica nazionale' dominata da Vittorio Emanuele Orlando: l'ingerenza statale — lo mostra bene il saggio di Bernardo Sordi — è classificata tutt'al più come « valvola respiratoria delle rigidità sistematiche » ma è incapace di trasformarsi in sistema, di fare del pubblico servizio, come afferma Santi Romano, « una figura giuridica vera e propria », abbandonando la sistemazione dogmatica dell'attività autoritativa. Agli inizi del secolo la rilevanza dell'amministrazione sociale è, certo, più che mai viva in Italia nel « laboratorio dei nuovi bisogni collettivi » rappresentato dalla dimensione comunale, ma le elaborazioni francesi del *service* come fondamento e limite del potere di governo, come nuova nozione fondamentale posta a sorreggere il diritto pubblico e ad abbracciare tutte le manifestazioni tradizionali della statualità, rimangono ancora un sentiero sepolto.

Nozione nevralgica nella costruzione del diritto amministrativo francese, il *service public* emerge nelle pagine di Léon Duguit come obbligo giuridico dello Stato, « obligation générale, que la conscience moderne impose aux gouvernantes » posta in opposizione alla tradizionale nozione di sovranità, come rovesciamento 'sociale' delle priorità: « au premier plan, ce n'est plus le pouvoir de commander; c'est l'obligation d'agir pratiquement ». Il saggio di Federico Caporale misura la capacità espansiva e i limiti di tale modello considerando la sua fortuna nella letteratura giuridica inglese, nell'affermarsi della 'specialità' nello sviluppo storico delle prassi inglesi di *regulation* delle *public utilities* e nel passaggio da un corpo puntuale di deroghe al diritto comune a una dimensione sistematica, a un *British national style of regulation*.

'Origini' dello Stato sociale si compongono di un insieme di trasformazioni di saperi e di prassi, di rideterminazione dei confini tra diritto pubblico e privato: garanzia, previdenza, prevenzione continuano ad apparire a fine Ottocento alla stragrande maggioranza dei giuristi come estranee alla sfera del 'vero diritto'. L'inter-

vento sociale dello Stato — si continua sempre più contraddittoriamente a ripetere — *non rende giuridici i rapporti sociali, non tocca l'essenza degli istituti giuridici*, resta « legge di favore » incompatibile con il diritto di tutti, arbitraria affermazione di un diritto privilegiato per una classe di persone. Tra Otto e Novecento il dibattito sulla natura giuridica delle leggi sociali — un dibattito che coinvolge in particolare l'affermazione del sistema 'bismarckiano' dell'assicurazione obbligatoria — oscilla tra polarità avvertite ancora come opposte, le norme sociali ora sono interpretate come 'eccezioni', ora come primo segno di un nuovo diritto, *legislazione operaia* destinata a porsi come nuovo diritto comune. A prevalere per lo più è l'idea della separazione: non si può — si afferma — « conciliare l'inconciliabile », il principio del rischio, l'assicurazione obbligatoria, non sta, non può stare nel diritto comune; il nuovo sistema è parallelo, separato, non incide sull'assetto della costituzione liberale, sull'assetto del diritto di tutti.

L'intreccio e la sovrapposizione tra i piani genera inevitabili contrasti, non solo teorici, incidendo sull'assetto dell'ordinamento. L'assorbimento dei conflitti costituzionali nella dimensione dell'amministrazione, il conflitto tra potere pubblico, affermarsi della *legislation of public rights*, e *private rights* sono al centro della lettura di Blake Emerson che analizza nel percorso statunitense, da fine Ottocento a metà del Novecento, come gli interventi legislativi ridisegnano progressivamente la divisione tra sfera pubblica e privata, espandono il concetto di *public utility*, incidendo nel campo dell'organizzazione sociale ed economica negli anni del *New deal*. L'immagine di un diritto posto sempre di più ad affermarsi « as a product of legislative will » ('semplice' prodotto di « deliberative legislative decision ») è, per altro verso, considerata alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali indirizzate a contrastare le riforme o a contenerle entro un ambito privo d'incidenze sull'assetto del « common law of property, contract, and tort ». Il mutamento dell'assetto costituzionale risulta evidente: il controllo giudiziario è progressivamente incorporato nel tessuto del diritto amministrativo, nelle procedure quasi giudiziarie delle 'agenzie', in procedure amministrative che trasformano e assorbono la distinzione 'macro-costituzionale' tra potere legislativo e giudiziario in meccanismi 'micro-costituzionali' atti a regolare di volta in volta, regola per regola, il

confine tra potere pubblico e diritto privato, a spostare il conflitto dall'altezza costituzionale al livello dell'amministrazione, a 'interiorizzarlo' nella procedura amministrativa.

Il caso — considerato da Raffaele Volante — dell'ambigua configurazione del diritto alla pensione, non 'vero diritto' di proprietà ma 'ricchezza elargita' dal *Social Security Act*, mostra la contraddittoria incidenza del sistema di sicurezza sociale sull'assetto costituzionale dei diritti.

5. La messa a fuoco di un doppio volto dello Stato sociale è proposta in termini diversi nel contributo di Alessandro Somma dedicato ancora al percorso statunitense. La ferma difesa, nell'*Era Lochner*, da parte della Corte suprema del *laissez-faire* e dell'assolutezza di libertà e proprietà contro gli interventi di legislazione sociale, progressivamente si attenua per far proprie le necessità dell'ordine economico e accettare l'intervento sulla società come strumento di controllo del conflitto di classe. L'affermarsi dello 'Stato di benessere', l'ampliamento dei pubblici poteri, ha il volto del *welfare of the state*; è venato da una tensione organicista ed eugenetica (particolarmente evidente negli argomenti posti a sostegno delle misure di protezione del lavoro delle donne); è più fondato sulla necessità di pacificare, ordinare il mercato, che su finalità di emancipazione individuale e sociale. Anche le risposte al bisogno delle politiche pubbliche del *New deal* appaiono sorrette da questi aspetti che conducono a 'incontri' con il pensiero dell'ordoliberalismo e a confluenze con il pensiero neoliberale (solo apparentemente lontano). Più percorsi storici sono interpretati unitariamente ma l'immagine dello 'Stato sociale' espressione della lotta per i diritti e della cultura dei diritti, capace di realizzare vera emancipazione, resta come separata e travolta da tale decostruzione, come se non incidesse nel concreto farsi dello Stato sociale.

Il percorso di lungo periodo tracciato da Thomas Casadei con riferimento al reddito di cittadinanza fa emergere ancora queste tensioni e nuovi interrogativi. Considerato sempre più come uno strumento capace di rispettare mercato, libertà e eguaglianza degli individui, il reddito di cittadinanza è proposto nell'odierno dibattito rileggendo, riprendendo e rilanciando frammenti di progetti legati all'idea di socializzazione del diritto, alla prospettiva di 'umanizzare'

il mercato, di istituzionalizzare obblighi dello Stato nei confronti dei bisogni degli individui, di fissare diritti sociali. Nell'odierno (e variegato) ritorno di proposte di reddito di cittadinanza, Casadei mette in luce la (nuova) tensione con i diritti sociali: l'attribuzione di un'erogazione monetaria uguale, incondizionata, indipendente (dal lavoro e) dalla verifica della situazione di bisogno — da attribuire dunque anche al surfista sulle spiagge di Malibù, provocatoriamente evocato da Rawls — si presenta come uno stravolgimento della logica del bisogno e dell'emancipazione sottesa alla 'lotta per i diritti' e all'affermazione dei diritti sociali, come una sorta di alternativa al sistema dei diritti che ne accompagna lo smantellamento, rinunciando a incidere sulle strutture economiche e sociali sempre più dominate dalla logica mercantile, dall'ideologia liberista e neoliberale. Non, dunque, una rinnovata visione ma un ritorno a *prima* dello Stato sociale; uno Stato sociale che resta da difendere e costruire con riferimenti al primato costituzionale e ai diritti, con strumenti non solo assistenziali ma anche partecipativi e emancipativi.

Il paradosso del surfista di Malibù va comunque preso sul serio, non solo perché scombina gli spazi e le coordinate dei 'bisogni', portando diciamo così alle estreme conseguenze la vocazione espansiva dello Stato sociale, offrendo *real freedom for all* oltre le 'eccezioni', oltre la centralità e la dipendenza dal lavoro, ma anche perché mette esplicitamente in conflitto le rappresentazioni poste a comporre 'lo Stato sociale'; rappresentazioni che propongono storie separate, incapaci di incontrarsi appieno.

Crisi e rinascita, continuità e discontinuità, dello Stato sociale tornano ancora a incrociarsi e, nello stesso tempo, ruolo e funzioni, fondamenti e contenuti, traiettorie e vicende storiche della figura, paiono vicine e lontane, quasi prive di uno spazio unitario. Che cosa divide e cosa tiene assieme tutele, garanzie, sicurezza contro i rischi, risposte al bisogno, come momento di reale emancipazione o, al contrario, come interventi funzionali al mercato, immessi in una visione organistica? Qual è 'il prima' e quale 'l'oltre' dello spazio dello Stato sociale? Quali i tratti comuni di un fenomeno che ha forme diverse e difficili da collocare in un orizzonte temporale unitario?

Sono queste alcune domande fondamentali, e ancora aperte, sulle quali, nello spirito dell'abituale colloquio tra storici e giuristi, il « Quaderno » ha inteso richiamare l'attenzione, provando a offrire nei diversi saggi molteplici occasioni d'incontro e di riflessione.

Modelli e dimensioni

MICHAEL STOLLEIS

THE EUROPEAN WELFARE STATE
A MODEL UNDER THREAT

1. Historical trends. — 2. Convergence of the European model. — 3. The Europeanisation of social security systems. — 4. Threats.

1. *Historical trends.*

1. Is it possible to learn from history? Is history still Cicero's *magistra vitae* ⁽¹⁾? Paradoxically, there are two valid answers, which appear to contradict one another. (1) It is not possible to learn anything at all because history never repeats itself and because no normative principles can be derived from descriptive statements. (2) Everything that one ever learns — even if it is wrong — is learned from 'history', namely from individual and collective experiences; because we only know what is behind us, not what lies ahead of us. In this historical sense, as far as the modern welfare state is concerned, typical circumstances and experiences can doubtless be collated to form a thesis. However, any conclusions drawn from these circumstances and experiences inherently possess all the uncertainties of forecasts. In addition, experiences must be evaluated and this does not happen without bias. Ultimately, societies decide which forms and benefits of a social security system they want, and which they reject, according to their dominant interests and objectives, themselves influenced by norms.

Studying the historical development of welfare provision in the

⁽¹⁾ R. KOSELLECK, *Historia Magistra Vitae. Über die Auflösung des Topos im Horizont neuzeitlich bewegter Geschichte*, in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt, 1989, pp. 38-66.

face of typical societal risks provides evidence that all measures depend on the particular types of society. Every form of society is capable of generating new ideas when it comes to making good — or less good — provision for children and the elderly, the sick and disabled, the poor or victims of accidents, or sometimes even excluding these groups. An effective balance always develops between the lifestyle, resources and specific needs of a society; a balance that must be struck to allow for a certain degree of stability and resilience.

As a result, the possibilities range from close family and other relatives, to specific associations for different occupations or dangerous jobs (soldiers, sailors, miners), to the formation of specific 'social' professions and protective institutions. The simplicity or complexity of these forms of insurance corresponds to the simplicity or complexity of the society. Nomadic peoples protect themselves in a different way to sedentary farmers, rural societies in a different way to urban societies or mechanised, industrialised societies based on the division of labour. Poor societies and affluent societies also differ in terms of their social problems and their strategies for solving them. The decisive factors include climate and other geographical conditions, the level of gross national product, whether socio-political structures are open or closed, the level of education, gender relations, the degree to which the exchange of goods is monetised and many other considerations.

2. When history is viewed in the long term, the social security systems in the industrial nations of Europe in the 20th century are not the norm, rather the exception. They are unusual, not only in comparison with other countries in the modern world, but especially over the course of history. Such a vast machinery for redistribution was unparalleled. The concentration of the professional workforce in the social sector is unprecedented. Nowhere are so many welfare benefits offered and accessed as in the world's wealthy northern countries, whereas about one-third of humanity currently has less than one dollar available for daily subsistence. By comparison, in 2015, the total welfare benefits (public and private) paid out to Germany's population of 80 million amounted to the enormous sum of € 888.2 billion.

If, on studying the historical development of human societies, one identifies a principle of evolution whereby simpler structures are replaced by more complex ones, because greater complexity offers greater benefits ⁽²⁾, then this must also have consequences for the associated social security systems. One would have to presume that, by systematically accelerating the division of labour and accumulating the value added, greater scope for the distribution of surpluses could result. Higher levels of redistribution would then lead to social harmony and internal stability.

It is certainly not possible to attribute any *telos* to the course of history, but there are certain stages of development in those periods that we are able to comprehend: from self-reliance within small units to solutions based on solidarity amongst workers in the same industry or members of a friendly society, all the way to universal solidarity on a national or even European basis; from small to ever-larger institutions, because the financial risks diminish with the potential involvement of ‘everyone’; from all roles being carried out by a single individual to the gradual development of specialist knowledge, all the way to ever-increasing professionalisation. Nevertheless — as the history of science teaches — one should remain sceptical about defining such ‘stages’. The belief has long since crumbled that the evolution of human society shall always continue to advance. The pride in Eurocentric farsightedness has likewise been severely shaken by two world wars. The enumeration of a ‘First, Second and Third World’, revealing a certain level of condescension, has also lost its significance because of the implied stages of civilisation. These worlds are now so closely connected that they can only be understood as subsystems of one integrated world reacting to one another. The old industrial nations can still maintain their wealth and their social security provisions for the time being; however, they are faced with the threat of an ageing population and economic competition from regions that are more active and have a younger demographic profile. At the same time, the wealth of the northern hemisphere is accompanied by stagnating poverty and illiteracy as well as population growth in the southern hemisphere.

⁽²⁾ On the subject of the implicit prerequisites of this supposed upward trend, see R. KÖßLER, *Entwicklung* [Development], Münster, 1998.

There is currently no prospect of a reliable approach that could lead to the distribution of wealth, energy reserves, the utilisation of public goods and social security provisions without provoking disputes.

Ultimately, there are fundamental questions relating to intrinsic structural problems in welfare systems: egalitarian integrated systems may be less steady in a crisis than diversified systems where the risk is spread. The process of shifting life's risks to external institutions, as it has been practised for generations, has, in many cases, led to a decline in the capacity for solidarity in the smallest units. When the large units assume the protective role, individual responsibility and private provision tend to decrease. The growth in redistribution whilst the wealth gap continues to increase is also a cause for concern.

This serves to indicate the apparent source of the main problem with social security as is currently experienced, namely in the interdependencies between economic productivity and redistribution, in the interactions between democratic decisions and the welfare provision for the majority of the population. Democratically governed nations are typically slower in the reaction to economic crises due to public debates and longer procedures. Changes cannot be made ad hoc to institutional arrangements and the jobs connected with these, nor the capital tied up in funds. But above all, the recipients of benefits oppose any reduction in services. When the political power between government and opposition is relatively finely balanced, this can easily result in deadlock. On the one hand, this 'path dependence' is certainly an advantage, since the fact that the welfare system does not precisely follow every fluctuation in the economic cycle, either in terms of the extent or the timing of adjustments, means that it is able to fulfil a bridging function and support the majority of the population until the next upturn. On the other hand, the sluggish nature of the system has the disadvantage that, having been conceived in good times, it consumes the last reserves when bad times are prolonged and is an obstacle to recovery because it has to handle a high level of demand. The latter is not a phenomenon that is necessarily connected with social security provision, rather it is a feature of affluent democratic societies that they can evidently only accept even a slightly lower

standard of living when faced with major difficulties in voluntary self-regulation.

3. Despite all of the scepticism surrounding the process of dissecting historical material to extract long-term trends, developments in Europe can be generalised. That is to say, the forms of welfare provision that are typical today are a result of an accumulation of different historical developments. Very old and very modern forms still exist side by side in all European countries.

The oldest forms include support within families and neighbourhoods, as well as poor relief provided by local communities, which already entails a need for the structures offered by a relatively small organised society and a certain degree of division of labour. Poor relief has been regulated since the Middle Ages, with distinctions made between the poor from within a certain parish and those from outside, and between those capable and those incapable of work. These fundamental differences have survived to this day. The same cannot be said for special services that are needed in a small community. A midwife or a surgeon needs to make a living. Each member of the community, against which he or she may seek relief, makes a payment towards it in solidarity — and it is not a big leap from there to the notion of a ‘fund’ with fixed contributions. Such funds were typically first formed in those places where solidarity arose within specific occupations, such as amongst sailors, miners or soldiers, who had to be prepared for sudden death and wanted to know their widows and orphans would be provided for. At the very least, the fund should allow for a decent burial and the offer of a requiem mass. Likewise, the plethora of cooperative associations (guilds of merchants or craftsmen, fraternities) understood contribution payments into a solidarity fund (collecting box) as being for cases of need, such as accidents, illness and for communal rituals ⁽³⁾. In other words, there have always been manageable groups of people, united by common risks, who have offered protection to the

⁽³⁾ See, for example, A. CORDES, *Stuben und Stubengesellschaften. Zur dörflichen und kleinstädtischen Verfassungsgeschichte am Oberrhein und in der Nordschweiz* [Taverns and tavern societies. On the rural and provincial constitutional history of the Upper Rhine and Northern Switzerland], Stuttgart, etc., 1993.

afflicted with the help of supportive donations — which do not always have to be financial — owing to the fundamental concept that everyone is dependent upon each other and anyone can be affected. All of these community-based or professional funds existed into the 19th century and were then more or less incorporated into the social security institutions or the occupational benefit schemes to which they had given rise.

Alongside these secular bodies, specific institutional branches of the Church have existed since the Middle Ages, such as fraternities providing burials and funeral meals, or religious nursing orders together with their hospitals, as well as a wealth of other charitable institutions. These, too, exist to this day, albeit with decreasing importance. The process, that is later described as ‘externalisation’, can already be seen here, namely in the outsourcing of special social duties to groups or institutions like the medieval hospitals (*xenodochia*, *hôtels-Dieu*) (4). These require special funding, for example through alms or religious foundations.

Since the ‘state’ as an independent legal entity with legal accountability came into existence in the early modern era, the question also arose as to whether it could be held responsible for cases of state injustices or failings. However, as the state was embodied in the person of the monarch, who had sovereign immunity, a way had to be found to sue the state, without calling the monarch into question. This was done by making government distinct from the monarch, which government could then be sued without infringing upon the ‘majesty’. Consequently, compensation could be demanded from the government for the material consequences of state action, such as losses resulting from the billeting of military personnel, the requisition of materials and expropriation for the construction of fortifications, canals or castles. These legal concepts and institutions have also remained in existence since the early modern era, either as compensation for expropriation or as a

(4) H.J. BECKER, *Spital* [Hospital], in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, first edition (1776-1779), vol. IV, 1990; essential reading: S. REICKE, *Das deutsche Spital und sein Recht im Mittelalter* [The German hospital and its laws in the Middle Ages] (1932), 2 volumes, 1970; D. JETTER, *Das europäische Hospital. Von der Spätantike bis 1800* [The European hospital. From late antiquity to 1800], 1986.

state settlement for a ‘special sacrifice’ (*Sonderopfer* in German) as a result of state action, made in the form of provision for war veterans and victims of war, and also for injury to health caused by vaccinations required by law, and even for victims of crime, on the grounds that, in such cases, the state has failed in its responsibility for the safety of its citizens.

Ultimately, the ‘social question’ of the industrial age gradually led to the creation of social insurance schemes, some of which arose independently whilst others took over older institutions ⁽⁵⁾. These schemes are based on the idea that as many workers as possible, who may potentially be affected by the same risks in the same circumstances, are required by the state to insure themselves. A pragmatic approach is taken to deciding how high the contributions must be and who should bear them. For example, they may be split between employers and employees, with or without the involvement of the state. It then only remains to ensure that the mutually supportive community, thus established under legal obligation, is of sufficient size such that the system may be self-supporting according to probability calculations, and that it may also generate surpluses that can go towards preventative measures.

During the course of the 20th century, all of these social security systems were woven together to create a dense social network known as the welfare state, as much as a consequence of inherent growth — in parallel with the increase in GNP and the increase in the population — as through external pressures in the wake of wars and inflation. Since then there have been countless internal interactions between these subsystems that have developed over time and have, overall, barely been harmonised with each other. Because today’s total welfare expenditure is calculated and the idea has become firmly established that there is a single ‘system’, we have lost the sense that the fundamental ideas behind the individual elements have their origins in very different periods of history and were based on different principles. The longer this process of

⁽⁵⁾ From the perspective of modernisation, see the study by J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa* [From the workhouse to the welfare state. Analysis of the development of social security in Western Europe], Frankfurt, 1987².

interrelation persists and deepens, the more difficult it will be to justify having separate institutions with their own traditions, funding models and clientele. The all-encompassing welfare state, which is also subject to democratic centralised management, tends to do away with special features, so much so that those who benefit from the special features, are inclined to oppose this. As civil servants' pensions, provision for victims of war, benefits funded by contribution, benefits in kind and the provision of services are all financed from the gross national product through contributions and taxes, the desire to eliminate variations in organisation on the revenue side surfaces again and again, at least in so far as sufficient differentiation can still be made on the expenditure side according to principles of fairness. Also, the policy of shifting funding in a 'system adverse' manner from prosperous to impoverished subsystems, contributes in its own way towards a levelling out of the input side of the social security system.

A second long-term observation concerns the increasing externalisation of coverage, here understood as outsourcing from the private sector into the semi-public or completely into the state sector ⁽⁶⁾. What was originally handled within the physical closeness of the social unit of the 'household', has gradually shifted to the outside. The more the way of life in urban centres is consolidated and the more the individual takes on different social roles, the more easily life's risks can be dealt with in special institutions and by enlisting the support of specialists. Cases of severe illness are relocated to the 'hospital' or into establishments outside the city walls. All of the professions related to healing and aid develop. At the same time, the responsibility for economic security is transferred from the individual or his family to larger units. The weak individual knows he is supported through solidarity. The more it is learned that

⁽⁶⁾ H.F. Zacher's distinction between « *internalisierenden und externalisierenden Problemlösungen* » [internalising and externalising problem resolutions] emphasised the legally intrinsic distinction between solutions « inside » the employment relationship, and in civil law more generally, as opposed to systems providing social security, compensation and support that are shifted to the « outside ». See H.F. ZACHER, *Das soziale Staatsziel* [The state's social objective], in *Abhandlungen zum Sozialrecht II* [Essays on social law II], U. Becker and F. Ruland, ed., Heidelberg, 2008, pp. 3-127 (55).

larger units are also more financially robust, because they can stabilise themselves, the more the mutually supportive communities in turn continue to grow.

The result of this long development is the modern phenomenon that, in reality, true risks to life are now rarely ever endured and suffered within the sphere of one's own experience. In the majority of cases, birth and death are banished from the domestic setting and are hidden away in special clinics, rather than experienced. All other difficult problems are 'externalised', too. A small family living on a couple's double income can no longer cope with them. Neither the layout of the average home nor the modern pace of work allow for attention to be given to 'problem cases' in the long term. The disabled are cared for by special educational facilities and homes whilst people in need of care and the elderly are looked after in nursing and old people's homes. The same applies to drug addicts, people with behavioural problems and other individuals and groups who do not conform to the standard of being hardworking and following social norms. In this way, society unburdens itself by raising the funds and assigning the social problems to the respective specialists. It relieves itself from the organisational burden because, this way, 'normal' routines remain unaffected. It is, however, also unburdening itself psychologically. For a long time, it has been observed that human suffering, agonising death and mortality itself are no longer considered to be natural, rather they are regarded as interruptions to the happy life to which one is entitled. Given the hopes fostered by modern medicine that in principle, all diseases are curable, death seems to be seen more as a failure of medical care that is not yet perfect. Advertising, which is in the habit of using images that are skewed towards the positive and fun, also contributes to the impression that it is the norm for people to be beautiful, healthy and wealthy. Therefore — just as in the early modern era — beggars, homeless people and alcoholics are also ousted from smart city shopping centres wherever possible.

2. *Convergence of the European model.*

Although Western societies arrived at the specialisation and stratification outlined above via historically different paths, the

results were very similar. The points at which these countries converged, economically, socially and politically, are self-evident. Until the middle of the 18th century, agriculture was dominant almost everywhere, encircled by a wide belt of cities — the *urban belt* — reaching from Italy, through Western and Central Europe, into the Netherlands and across to Britain, and also interspersed with local centres of manufacturing. Then, in the middle of the 18th century, an unprecedented process of ‘industrialisation’ began in Britain, featuring mass production as a result of the division of labour and mechanisation, the expansion of the coal mining industry and the invention of new means of transport. This was accompanied by a frenzy of scientific discoveries and the political and social ideas of the ‘Enlightenment’, culminating in the French Revolution, which had transformative consequences for the whole European continent. Where the Industrial Revolution was established with steel and textile industries and railways, as it was in Britain, Belgium, Silesia and the Ruhr, this ‘takeoff’ was achieved on the basis of low wages and, therefore, population growth and poverty. The old protection and welfare systems in agriculture and the trades, however flawed they may have been, disintegrated. The end of the guilds and the abolition of personal dependence on the land through the ‘peasant liberation’ of the countryside released cheap labour on a massive scale, which flocked to the new industrial areas. The result was the ‘proletariat’, which, between 1830 and 1848, also began to develop as a political force. The ‘labour movement’ then became actively involved in politics in the second half of the century.

The consequences of these well-known conditions in terms of proposals for social welfare reforms in the individual countries, and the measures that were actually implemented, appear to be confusingly diverse, but were in fact the result of economic and political constraints.

When the local, ecclesiastical and private institutions in individual communities, which offered assistance in typical life crises, were no longer sufficient, towns and local rulers intervened with regulations introducing different degrees of ‘poverty’ and establish-

ing boundaries to prevent the movement of the itinerant poor (7). At the same time, specialisation of certain services began in the towns and cities in all countries, including the process of moving people to 'sick houses' (*Siechenhäuser* in German) or hospitals for specific diseases, the specialisation of organisations providing nursing care and care for the elderly, as well as the remuneration of specialist trades (doctors, midwives, knackers and executioners) and supervisors (responsible for drinking water and fire protection, etc.).

With the transition to the Industrial Revolution, responsibilities now also shifted, albeit with a time delay. Instead of various authorities, the legislative and administrative state took over the central role in the 'social question'. Where there was a strong liberal tradition, as in Britain, the state concentrated on improving the welfare of the poor, through 'friendly societies', for example, on introducing measures to protect workers and on individual issues identified from a pragmatic perspective (8). Where a tradition of absolutist monarchy continued to have an influence, as in Germany, this was transformed by conservative elements relatively early on — at least in Germany — into a comprehensive system of mandatory insurance with support from the state (9). The same is true of Austria, albeit with modifications.

(7) Chr. SACHSSE, F. TENNSTEDT, *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland. Vom Spätmittelalter bis zum 1. Weltkrieg*, Stuttgart 1980; Id., *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland*, vol. 2, *Fürsorge und Wohlfahrtspflege 1871 bis 1929*, Stuttgart, 1988.

(8) E.M. LEONARD, *The Early History of English Poor Relief*, Cambridge, 1900; G. HIMMELFARB, *The Idea of Poverty. England in the Early Industrial Age*, London, 1984; E. EICHENHOFER, *Geschichte des Sozialstaats in Europa. Von der "sozialen Frage" bis zur Globalisierung* [History of the welfare state in Europe. From the « social question » through to globalisation], München, 2007, p. 37 ff.

(9) M. STOLLEIS, *Die Sozialversicherung Bismarcks. Politisch-institutionelle Bedingungen ihrer Entstehung* [Bismarck's social insurance. The political and institutional circumstances of its creation], in *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung*, H.F. Zacher, ed., Berlin, 1979, pp. 387-411; D. ZÖLLNER, *Landesbericht Deutschland* [Country report Germany], in *Ein Jahrhundert Sozialversicherung* [A century of social insurance], P.A. Köhler, H.F. Zacher, eds., Berlin, 1981, pp. 45-178; J. RÜCKERT, *Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung* [Statutory pension schemes, their creation and precursors] in *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung* [Guide to statutory pension schemes], F. Ruland, ed., Neuwied and Frankfurt, 1990, pp. 1-50.

Societies, such as Sweden, that had remained predominantly agricultural into the 20th century developed variants of the egalitarian and redistributive ‘Nordic welfare model’⁽¹⁰⁾. Centralised countries with democratic elections, like Britain, France, Denmark and independent Finland, joined the general trend of introducing social insurance⁽¹¹⁾. Sooner or later, social insurance systems expanded their spheres of influence and their services, typically in wartime and periods of crisis in particular. After all, unemployment insurance — the risks of which are difficult to calculate — was introduced (Britain in 1911, Germany in 1927). Taken together, these social insurance schemes also had a certain effect on desirable consumer behaviour in the whole economy. The more these social insurance schemes included broad sections of the population, the more the risks were spread, leading to greater revenues and stimulating the growth of social infrastructure (increasing in the number of doctors, construction of hospitals and old people’s homes, the foundation of youth welfare and family education, availability of rehabilitation services, professionalisation of accident prevention, development of semi-autonomous social services). This process developed more or less organically or indeed took place all at once, as it did in Britain after 1945, when — following a report from Lord Beveridge (1942) — the country transitioned to an egalitarian, state-run welfare system with standardised contributions and benefits⁽¹²⁾.

This should have had the consequence of an actual overall decline in the original poverty levels and a corresponding reduction in the old poor relief (social welfare allowance). To begin with, this was indeed the case. In its heyday, industrialisation led to a continuous increase in the level of wages and to a rise in national wealth. The ‘*Lumpenproletariat*’, or lower orders, that were spoken of in the 19th century disappeared. Statutory prohibitions and compulsory education eliminated the worse abuses of child labour. Rules to

⁽¹⁰⁾ EICHENHOFER (note 8), chapter II. Reference is made to the entirety of this excellent, concise account.

⁽¹¹⁾ T. TOMANDL, *Grundriß des österreichischen Sozialrechts* [A summary of Austrian social law] (1974), Vienna, 1989⁴, p. 16 ff.; EICHENHOFER (note 8), p. 61 f.

⁽¹²⁾ *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge. Presented to Parliament by Command of His Majesty, November 1942*, London, 1942.

protect pregnant women and nursing mothers and laws prohibiting night work for women were introduced. There was a clear decline in industrial accidents. Growth in the availability of and improvements to medicine and rehabilitation led to a steady increase in life expectancy, as did the general reduction in working hours and the lessening of heavy physical work through the use of machines.

However, all of the above only benefitted workers and employees. As for those who, for whatever reasons, lacked qualifications, were unable to find work in periods of crisis or who were structurally disadvantaged, like single mothers or women with poorly paid (and/or often intermittent) work, and who struggled to accumulate enough periods of insurance to qualify for old-age pensions, they more or less dropped out of the insurance system altogether. As a result, a new and growing impoverished sector developed that stood in sharp contrast to the upper third of society whose wealth continued to grow. Europe's nations attempted, with varying — often low — degrees of success, to close these socio-politically dangerous gaps with an intensification of social work, school programmes, services and incentives to support integration, increased social welfare allowances or special benefits for particularly vulnerable people. However, there are many reasons why people remained in poverty. It may be partly due to 'inherited' obstacles, problems accessing education, a lack of support within the family or social milieu, or the collapse of previous mutual assistance in the family, trade or district. In some cases, it can even be a consequence of the state benefits themselves, since they guarantee survival when they are supplemented with employment in the 'black economy'. This cannot truly be helped by redistributing wealth on a vast scale, because this ignores the root causes and can only succeed for limited periods and in closed systems using dictatorial methods. In regimes with liberal ideals and in the age of globalisation, this would lead to massive capital flight.

Here, Britain may be offered a salutary example. Following the transition to a state-controlled system set up to provide basic protection from poverty after 1945, drawbacks have been evident since the 1970s. Limits on the duration and level of benefits had to be universally introduced, the basic pension was insufficient and people needed company pensions and their own savings. The much-

celebrated National Health Service, which exists to this day, had so many shortcomings that it was frequently avoided and was eventually modified during Prime Minister Margaret Thatcher's period in office (1979-1990), in particular through the implementation of elements of market economics. During this time, the government attempted to break up the social system (including trade unions) and to blend it with free-market incentives. The result was an increase in unemployment and poverty. Since then, it has remained the dilemma of the British social model that it must mediate between an old, privileged upper class and an impoverished underclass that includes many immigrants from the British Empire. Hidden behind today's official figure of 1.67 million unemployed, in 2016 there were almost 9 million 'economically inactive' people. There is no constitutional guarantee of a decent minimum income, unlike in Germany where it is fixed by the Federal Constitutional Court (13).

The Scandinavian model, which, in its golden age after 1945, was applied to the labour market and established according to egalitarian-statist, that is to say redistributive, principles, has worked very well for a long time, admittedly under favourable economic conditions. However, it has also consumed a large proportion of the public finances. As the world's 'limits to growth' became apparent in the mid-1970s, benefits were cut here as well and the emphasis fell more strongly on the principle of personal responsibility. Nevertheless, the particular combination of responsibility shared between the state and the individual, high levels of public investment and a fundamentally egalitarian approach has been preserved (14).

The development of Italy's modern welfare state also followed the basic European model in that it experienced a slow transition from community and ecclesiastical assistance to the responsibility of local authorities, then — during industrialisation — to its first

(13) *BVerfGE* 82, 60, p. 85 ff. Postscript by Horst DREIER, *Grundgesetz Kommentar* [Commentary on the Basic Law], Tübingen, 2004², vol. I, art. 1 margin no. 158.

(14) Austria, Switzerland, Spain, the Netherlands, Belgium Scandinavia and others are compared and the issue of the introduction of basic pensions is discussed in the volumes by *Alterssicherung im Rechtsvergleich* [A comparison of laws relating to old-age provision], H.F. Zacher, ed., Baden-Baden, 1991, and *Mindestsicherung im Alter. Erfahrungen, Herausforderungen, Strategien* [Minimum provision in old age. Experiences, challenges, strategies], W. Schmähl, ed., Frankfurt/New York, 1993.

accident insurance (1898) and to mandatory insurance for age, disablement and illness (1919). However, insurance against unemployment did not materialise. What is more, the typical instability of Italy's governments since 1945 fostered the uncontrolled growth of institutions, although certain sectors do continue to function very well. So far, there have been too many individual interests to allow for radical reform.

Leaving the details to one side, the following general observations may be made: (1) Social security systems are dependent on the particular economic system which supports them. (2) All of the affected institutions, paths to development and procedures multiplied, diversified and specialised in the course of the 19th and 20th centuries. (3) Little by little, typical life risks have been externalised to large insurance systems. (4) The more important social security becomes for the internal balance of industrial societies, the more the state intervenes as legislator and bearer of the financial burden. (5) For various reasons, all subsystems of social law merged in the second half of the 20th century to form an interactive 'welfare system'. Evidence of this is provided by the creation of a national 'welfare budget' and the new academic subjects 'social law' and 'social policy'. To this extent, it is actually possible to speak of a « convergence of Europe's welfare state models » (15).

3. *The Europeanization of social security systems.*

The harmonisation of national structures that has advanced, little by little, since the founding of the European Economic Community was initially focused on free trade and freedom of movement, as is well known. However, it was acknowledged early on that the movement of labour across Europe would also need to involve national social security systems in the process of European integration. Yet the responsibility initially remained with the nation states. In the 1970s, the governments of Europe agreed several packages of socio-political measures (health and safety in the workplace, equality, youth protection) with the result that people began to talk about

(15) EICHENHOFER (note 8), p. 119 f.

a ‘social union’. However, this process faltered after the economic crisis of 1973. Then, in the 1980s, Greece, Spain and Portugal were admitted, countries with a lower GNP and higher levels of unemployment. This meant that the focus continued to be on ‘jobs’, which was entirely appropriate with regards to the functioning of the single market ⁽¹⁶⁾. Politicians wanted the market and competition, but they also wanted to avoid social problems. Scope for action was provided by national and international labour law, driven in particular by the administration of justice by the European Court of Justice, which enabled the fundamental social rights of workers. This was because employment relationships remained the point of reference, not health and pension systems, the harmonisation of which proved to be much more difficult.

By and large, the economic and political impetus to create a set of European social laws clashed with the intransigence of the national welfare systems. Most notably, Britain opted out of majority voting on social policy from ‘Brussels’ in 1991. Whilst it is true that,

(16) To illustrate the intensity and optimism of the debate in German-speaking countries in 1991/1992, see, for example: B. SCHULTE, *Sozialrechtliche Aspekte des europäischen Binnenmarktes* [The European single market from a social perspective], in « Die Sozialgerichtsbarkeit » [Social justice], 1991, pp. 45-52; ID., *Armut und Armutsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft — Mindesteinkommenssicherung und Sozialhilfe* [Poverty and the fight against poverty in the European Community — minimum income protection and social welfare allowance], in « Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch », 1992, pp. 393-402, 462-472; M. ZULEEG, *Die Europäische Gemeinschaft auf dem Weg zur Sozialgemeinschaft* [The European Community on the way to becoming a social community], in « Nachrichtendienst des Deutschen Vereins », 1991, pp. 20-29; ID., *Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft* [Protecting social rights in the European Community’s legal system], in « EuGRZ », 1992, pp. 329-334; R. PITSCAS, *Die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft* [The European Community’s social dimension], in « DÖV », 1992, pp. 277-284; ID., *Soziale Integration Europas durch Institutionenentwicklung: Die EG auf dem Weg zum Europäischen Sozialstaat* [European social integration through the development of institutions: the EC on route to becoming a European welfare state], in *Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen* [The European welfare state and its institutions], D. Merten, R. Pitschas, eds., Berlin, 1993, pp. 91-118; K. SIEVEKING, *Bestimmungsfaktoren und Bezugspunkte der Europäischen Sozialpolitik* [Determining factors and points of reference in European social policy], in *Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union* [Nation-building in Europe? Options for a European Union], R. Wildenmann, ed., Baden-Baden, 1991.

through a succession of European treaties — the Treaty of Rome (1957), the European Social Charter (1961), the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers (1989), the Treaties of Maastricht (1993), Amsterdam (1999) and Lisbon (2007/2009) — the main features of European social policy (Title XI of the Amsterdam Treaty) have shifted in favour of the European institutions, they have not fundamentally changed. Improvements and adjustments to living and working conditions and to the ‘working environment’ were agreed, there was a focus on cooperation with social partners and the Commission was granted powers to facilitate social policy objectives. Altogether, the record is impressive. The EU now has its own areas of responsibility in terms of social policy, it coordinates national welfare programmes and promotes their harmonisation.

Yet the current situation is deemed unsatisfactory both by the advocates of a uniform European social policy as well as by the supporters of the previous national models. For some, there is a lack of the political will to genuinely overcome the disparities, for the others, ‘Brussels’ intervenes in too many areas of social policy. An example of this state of limbo, which is ultimately damaging to the EU, is the European Social Fund (article 146 of the TEU). Although it has indeed been established and has operated in seven-year funding cycles with huge resources for a long time, it does not meet with expectations. It is a fudge, pursues a kind of broad-based approach to funding (regional funding, group funding, project funding, qualification, social work) and is, therefore, unable to gain any momentum to actively combat issues like youth unemployment in Europe’s flashpoints in particular. This is the only way it could gain symbolic capital. Because the EU’s funds actually originate in national budgets and are replenished by these national budgets; they cannot, moreover, be perceived as being ‘European’.

The same applies to all EU initiatives in the fields of occupational safety and health, with regard to equal rights for women, the protection of minors or the improvement of professional qualifications. Invariably, local trade unions and national governments take the credit. The EU has, without doubt, gained some jurisdiction over social policy since the Treaty of Amsterdam and social policy

has attained constitutional status at EU level ⁽¹⁷⁾. Likewise, progress is being made by openly comparing the performance of systems and of the resulting ‘open coordination’. But these developments are again primarily attributed to willing nation states. In other words, what was said about the European Social Fund applies to the entire social policy of the EU. Although seen as supportive, it is still largely regarded as merely a side effect of the European single market. In truth, what it achieves, and what it is able to achieve in the face of national powers, is a great deal, but the nation states are too reliant on appearing to benefit their voters to be willing to give up control of this means of gaining ‘mass loyalty’. The EU may regulate and encourage cooperation, but the lobby of national ministries for social affairs wants to win elections on the back of any positive results. If there are shortcomings, however, they are — wherever possible — ‘externalised’, i.e. blamed on the EU.

4. *Threats.*

Thus, we have already made reference to the most important reason for the ‘European welfare state’ appearing to be under threat. Although the European welfare state is one of the greatest hopes for internal stability through prosperity and decent living standards in the EU member states, it is also a peculiar mixture of project management, support and central regulation, which is without political reward. In addition to the ever-increasing convergence of the three basic European social security models, there is a growth in the EU’s own regulation and an increase in support from the European ‘constitution’. Yet there are threats. The European welfare state is today faced with dangers — some from within, but the majority from outside the EU.

1. If it is the case that the models are converging, regardless of whether a country can be said to fit into a ‘type’ — a system of basic protection (Britain), redistribution (Scandinavia) or one maintaining status after retirement (continental Europe) — all countries are similarly dependent on the level of gross national product. On the

⁽¹⁷⁾ EICHENHOFER (note 8), p. 89 ff., 93 ff.

revenue side (taxes and contributions to social security funds, private pension provision), they are subject to fluctuations in the economy. All decisions relating to the level of taxes, contributions and benefits are made in parliamentary democracies. This means that the social security systems must 'earn the approval' of the ruling majorities. Functioning governments can only be guaranteed by continually courting the approval of the voters. In ageing societies, the groups of voters are headed by 'pensioners', followed by those who are unable to achieve prosperity for various reasons (single parents, the poorly qualified, those receiving a minimum income) and those who can and want to work, but who cannot be certain that the welfare system will guarantee them a certain standard of living in old age. All of these groups, whose concerns are highly conflicting, are eligible to vote and take an interest in the formation of the welfare state through the unions or party politics. Naturally, this does not mean that their interests will be realised proportionally, because other and often stronger stakeholders (industry, the middle classes, the financial community) also have an influence on the parallelogram of forces.

Nevertheless, the premise of democratic participation in social policy, coupled with the assumption that only money that is currently being earned may be spent on social policy (the Mackenroth thesis), tends to result in a homogenisation of the various ideal-typical models. Deviations and exceptions are known in all models because of the impact of the respective financial or party-political 'realities'. This also includes the concept that welfare benefits can be temporarily financed through government debt, i.e. 'on credit' and at the expense of future generations. And this happens throughout Europe, always with the hope of at least being able to reduce the growth of government debt to zero without really addressing the issue of debt reduction.

It is, therefore, possible today to assume the existence of « a European approach to social security, common in its basic structures », as rightly stated by Eberhard Eichenhofer⁽¹⁸⁾. He sees the similarities in the following points: « minimum social standards for

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 67.

the entire population, provisions to combat poverty and social exclusion, social dialogue, worker participation, an extensive civil society and universal services ». To this we can add, on the one hand, the dominance of semi-autonomous systems of insurance with state support and, on the other, company pensions and private provision, a combination of social (particularly Church) and state measures, a continuous process of juridification and the offer of services in the form of legally enforceable entitlements.

2. The dangers that threaten this generalised European model are firstly economic. When a society's total income is the same as the upper limit for welfare benefits, not including funding through debt, major insurance systems and national budgets come under threat from economic collapse. The gross national product of the European Union (2013: 17,371,618 million US dollars) is almost exactly the same as that of the USA (\$16,799,700 million) but results from a single market that is still not yet homogenous, has a monetary system that is only partially standardised and monetary union that has also not yet developed a common fiscal policy — despite a European Central Bank that operates at the limits of what is legal. Whatever the reason for this and how it may be judged under the law, it means that the economic input side is loaded with considerable risks.

Added to this is the inequality within Europe. Although apparent on a global scale, Europe's wealth is unevenly distributed between West and East, north and south. Despite this wealth, unemployment figures in countries in the south and east are alarming, especially amongst young people. In Germany, too, in spite of its prosperous economy, the threat of poverty in old age is one of the biggest and most puzzling issues in domestic politics ⁽¹⁹⁾. The number of older people in the population pyramid will continue to grow and is expected to peak around 2030. The number of people who, despite the pension entitlements they have earned through social insurance contributions, are reliant on a minimum income — and will be in the future — is, therefore, also on the increase. Ageing

⁽¹⁹⁾ B. KALTENBORN, *Studie der Deutschen Rentenversicherung Bund* [Study of the German pension insurance association], Potsdam, 2016.

societies with high pension expectations rely on the two generations of working people that come after them, or, put simply: they are a burden on the younger generations.

However, there are two ways in which the burden on the younger generations may be relieved. Firstly, by increasing the productivity of the individual, as has been proven in the past (longer working hours, technical innovations, opening new markets) and, secondly, through the immigration of a new workforce. There are significant risks to both approaches. The capacity of an individual to work cannot be increased significantly; this could result in refusal to work, frustration and avoidance tactics. Well-educated young people are now already opting to follow the path to a simple, undemanding life in order to escape the pressure to perform. Although immigration can theoretically help to solve the demographic problems, it is unrealistic to expect immigrants to immediately start paying insurance contributions, particularly if they have come from less developed countries. Experience shows that it takes two to three generations for a new stratum to emergence that is productive in this sense. Therefore, immigration can alleviate the current trend but cannot reverse it, according to the general opinion amongst demographers.

3. The higher the social standards of a multinational region like Europe, the more attractive it becomes for business to relocate jobs to countries with lower wage levels and lower benefit levels. In the latter part of the 20th and into the 21st century, the enormous improvements in transport routes and communications have led to complex models of production that have two key objectives: to reduce the burden of tax and social security contributions and to cut the wage bill. These models make extensive use of 'outsourcing', 'just-in-time' delivery of individual components and the location of manufacturing and trading companies in countries which demand little by way of tax and provide relative political security.

4. A further source of threat lies in the debt burden of European public finances. Because government budgets make a significant contribution towards financing social models, sovereign default, deferred and concealed by additional debts (or through writing off debt), will also continue to represent a threat to Euro-

pean social security systems in the future. EU citizens are witness to European 'shields' for banks in jeopardy at the same time as unfeasible reform agreements with struggling countries and the absence of firm measures to combat unemployment and low skills. This does not bolster the EU citizen's confidence in the organisation, rather it makes him susceptible to empty slogans claiming everything will be better if we leave the EU. These slogans are symptoms of a collective delusion, cynically exploited by populists. The fact that social policy, which is still the essentially responsibility of national governments, cannot actually be improved by dissociation from Europe is just as obvious as the disadvantages that a separation from the European market for goods and services would entail. Great Britain, which has blundered into Brexit against all economic reason, will now experience this for itself in the years to come.

5. The growth of populism in the European political landscape therefore endangers not only the astonishingly high degree of convergence that has already been achieved between Europe's various social security systems, but also the very systems themselves. If we were to seriously go about disbanding the European Union of nation states, then the result would be a loss of significance on the global political stage and a serious decline in the effectiveness of the welfare systems. Although it has been made a thing of the past by Europe and is contrary to European laws, the concept that welfare benefits should only be for a nation's own citizens⁽²⁰⁾ is now often circulated. This would not only mean lower standards for foreigners, but would also have the consequence for the nation's citizens that they could only stand to benefit from what their own country's national product allowed, that is to say there would be no benefits from solidarity within Europe. In light of the inter-European supportive effects that would be possible via the European Social Fund, and could be substantially strengthened, as well as the unstoppable globalisation of service and communication markets, common sense strongly recommends that Europe stays together, namely through a socio-political model of convergence of the social security systems,

(20) EICHENHOFER (note 8), p. 98.

through targeted aid programmes for the poorest in society and the less qualified, run by Europe. This would be the ‘common sense’ advice, but this approach is struggling in the face of current uncertainty and the retreat into nationalism, spurred by fears that have gripped much of the world at the beginning of this century.

PIETRO COSTA

LO STATO SOCIALE COME PROBLEMA STORIOGRAFICO

1. Cenni introduttivi. — 2. Lo Stato sociale: il contributo della storia semantica. — 3. Lo Stato sociale: definizioni e tipologie. — 4. Quale storia per lo Stato sociale? Un confronto fra tradizioni disciplinari. — 5. Quale teoria per lo Stato sociale? Un'analisi 'multilivello'. — 6. Lo Stato sociale come problema storiografico: alcuni punti critici. — 7. Foucault: governamentalità e biopolitica. — 8. Una storia dello Stato sociale 'senza' Stato? — 9. Cenni conclusivi.

1. *Cenni introduttivi.*

In che senso lo Stato sociale può apparire oggi un 'problema' storiografico? La risposta più ovvia sembra suggerita dall'attuale dibattito pubblico. Lo Stato sociale è (ormai da molti anni) nell'occhio di un ciclone che mette in questione la sua stessa legittimazione e arriva quindi a scuotere uno dei supporti di quelle democrazie costituzionali che, a partire dal secondo dopoguerra, hanno trovato nei diritti sociali una loro componente essenziale. A partire dagli ottanta del Novecento ha goduto infatti di una diffusione crescente una visione neo-liberale dell'economia che, lungi dal chiudersi nei confini di uno specifico settore, ha investito la rappresentazione del soggetto, della società, dello Stato offrendosi come un'alternativa al solidarismo assistenzialistico e all'elefantiasi burocratica imputati alle democrazie costituzionali vecchie e nuove. È comprensibile che il dibattito sullo Stato sociale (sui suoi presunti disastri, sul suo stato di salute, sulle possibili alternative) acuisca l'attenzione nei confronti di un fenomeno che ha ormai alle spalle un passato complesso e non breve.

Al contempo però questo dibattito, se induce a confermare l'attualità e l'urgenza del problema dello Stato sociale, sembra concentrarsi sulla scelta fra 'più Stato' o 'meno Stato', in una partita senza sbocco fra i sostenitori della provvidenziale centralità del

mercato e la schiera (più timida e incerta) dei difensori di una politica e di un'etica sociale orientate a contenere le sue pretese egemoniche. Certo, ricostruire la genesi di un discorso pubblico polarizzato sull'alternativa Stato/mercato (magari allargando il discorso ad alcune coppie opposizionali ad essa collegate, quali 'politica/economia', 'pubblico/privato', 'eguaglianza/libertà') potrebbe servire a storicizzare (e a relativizzare) le ideologie dominanti, dando una diversa profondità di campo all'attuale dibattito pubblico. Resta fermo comunque che gli obiettivi perseguiti dalla storiografia nel suo interrogarsi sullo Stato sociale sono stati e sono più ambiziosi: la posta in gioco è stata ed è la ricostruzione non soltanto di una 'dottrina', ma anche e soprattutto di una complessa morfologia politico-sociale tanto diffusa quanto radicata.

È in questa prospettiva che la storiografia si chiede che cosa sia (che cosa sia stato) lo Stato sociale. Essa si pone questa domanda, per così dire, due volte. Se la pone sulla soglia dell'indagine, essendo indispensabile una qualche (implicita o esplicita) definizione previa dell'oggetto, che possa servire come criterio di individuazione dei dati pertinenti. Una qualche idea di Stato sociale appartiene dunque, di necessità, al momento della pre-comprensione ermeneutica dello storico: che però solo al termine della ricerca può offrirci una descrizione ravvicinata ed esauriente dell'ambito di esperienza individuato e dirci quindi (non più ipoteticamente, ma assertivamente) che cosa sia, per lui, lo Stato sociale (in un contesto e in un tempo dati).

Dai tanti contributi oggi disponibili possiamo dunque trarre risposte alla domanda su 'che cosa è e che cosa fa lo Stato sociale'; e dato che ormai la mole di studi dedicati allo Stato sociale è notevole, potremmo tranquillamente affermare che di questo fenomeno sappiamo, se non tutto, molto. Sembrerebbe quindi che dovessimo concludere che lo Stato sociale è non tanto un 'problema' storiografico, quanto un oggetto di indagine tanto centrale quanto attuale.

Tutto ciò è vero. Non può tuttavia essere sottovalutata una duplice difficoltà: la difficoltà di individuare i tratti comuni di un fenomeno che non si presenta sempre eguale a se stesso, ma sembra assumere forme e modalità di esistenza volta a volta diverse; e la difficoltà (decisiva, per qualsiasi approccio di carattere storiografico)

di collocare quel fenomeno in un orizzonte temporale unitario, pur se segnato da interne scansioni.

Da questo punto di vista, lo Stato sociale può apparire non solo un oggetto storiografico, ma anche un problema. Naturalmente, un oggetto di analisi storiografica è sempre anche un problema, dal momento che il ricercatore non riproduce passivamente, non dipinge sulla sua tela, qualcosa che esiste *in rerum natura*, ma opera selettivamente su una massa di dati eterogenei per conferire ad essi una (inevitabilmente congetturale) unità di senso. La problematicità dello Stato sociale è però particolarmente accentuata. Se abbiamo l'impressione di sapere molto di esso, quando lo riferiamo a una specifica area geo-politica e a una determinata sezione temporale, appaiono più nebulosi i criteri che presiedano a una sua complessiva definizione storico-teorica.

È sul carattere 'problematico' (nel senso ora precisato) dello Stato sociale che vorrei soffermarmi. Non potrò dedicarmi a una ricognizione ravvicinata della letteratura disponibile. Ne ripercorrerò selettivamente alcuni itinerari non per commentare ricostruzioni sostantive dello Stato sociale in contesti e periodi specifici, ma per riflettere su alcune strategie euristiche impiegate per presentare lo Stato sociale come un tornante decisivo della modernità.

2. *Lo Stato sociale: il contributo della storia semantica.*

Possiamo far coincidere la ricostruzione dello Stato sociale come oggetto complessivo con l'accertamento dei significati attribuiti a questa espressione negli ultimi due secoli? La mia impressione è che per sapere 'che cosa sia' lo Stato sociale l'apporto di una storia semantica sia prezioso, ma non risolutivo.

Che una ricerca lessicologica possa dare informazioni di grande rilievo, è indubbio. Il suo compito, nel nostro caso, sarebbe particolarmente impegnativo. Essa non potrebbe infatti esaurirsi nell'analisi un'unica espressione linguistica, ma dovrebbe tener conto di una costellazione lessicale molto varia nel tempo e nello spazio e andare in cerca di un suo (ipotetico) centro di gravitazione. Espressioni come 'welfare state', 'Sozialstaat', 'Stato sociale', 'État-providence', e così via enumerando, non hanno significati perfettamente sovrapponibili, appartengono a tradizioni culturali diverse ed

entrano in uso in tempi storici differenti. Io stesso sono costretto a impiegare il termine ‘Stato sociale’ in un senso largamente indeterminato: come una sorta di ‘incognita’ lessicale convenzionalmente adottata in mancanza di alternative più soddisfacenti. Sarebbe quindi difficile, ma quanto mai utile disporre di una storia semantica del lessico (chiamiamolo per intenderci) ‘social-statuale’. Tanto più sorprendente appare quindi la scarsità di contributi che si siano cimentati in questa impresa. Non mancano cenni, più o meno diffusi, alla genesi e al significato dell’espressione ‘Stato sociale’ (o di espressione, in ipotesi, ‘apparentate’) in trattazioni di carattere generale ⁽¹⁾ e in voci di Dizionari specializzati ⁽²⁾, ma sono rari i contributi di carattere genuinamente lessicologico, disposti a scavare a fondo nelle risultanze documentarie disperse in un arco di tempo ormai piuttosto lungo.

Di recente un saggio di Klaus Petersen e di Jørn Henrik Petersen ⁽³⁾ ha cominciato a muoversi in questa direzione analizzando il significato e il termine di *Wohlfahrtstaat* e di *welfare state* nelle aree tedesca e britannica, per cogliere le prime insorgenze e i diversi significati di queste espressioni ⁽⁴⁾. I risultati sono indubbiamente interessanti. Se nella *vulgata* storiografica non si andava molto oltre i nomi di Adolph Wagner, per la Germania, e dell’arcivescovo di Canterbury, William Temple, per la Gran Bretagna, i due studiosi danesi tracciano un quadro più articolato della diffusione del termine nelle rispettive culture.

In Germania, prima di Wagner ‘Wohlfahrtsstaat’ viene impiegato in connessione (e in contrapposizione) con ‘Rechtsstaat’, per sottolineare, con la prima espressione, il ruolo attivo dello Stato nella promozione culturale e socio-economica dei soggetti, di contro

⁽¹⁾ Ad es. Y. KAZEPOV, D. CARBONE, *Che cos’è il welfare state*, Roma, Carocci, 2007, p. 11.

⁽²⁾ Ad es. A. BRIGGS, *Welfare State*, in *The Dictionary of the History of Ideas*, P.P. Wiener (ed.), New York, Scribner, 1973-1974, vol. 4, pp. 1-18.

⁽³⁾ K. PETERSEN, J.H. PETERSEN, *Confusion and divergence: Origins and meanings of the term ‘welfare state’ in Germany and Britain, 1840-1940*, in « Journal of European Social Policy », 23 (2013), 1, pp. 37-51.

⁽⁴⁾ Cfr. anche G.M. ȘTEFAN, *European Welfare State in a Historical Perspective. A Critical Review*, in « European Journal of Interdisciplinary Studies », 7 (2015), 1, pp. 25-38.

all'idea di uno Stato caratterizzato dall'agire nei binari giuridicamente predeterminati a tutela della libertà degli individui. Non è però tanto il termine 'Wohlfahrtstaat' (privilegiato nella ricerca di Klaus Petersen e di Jørn Henrik Petersen verosimilmente per la sua formale vicinanza con l'inglese 'welfare state') a svolgere un ruolo centrale, quanto il termine 'Sozialstaat', grazie al ruolo determinante di Lorenz von Stein; ed è infine l'espressione 'Sozialstaat' ad avere la meglio nella letteratura tedesca del secondo dopoguerra (5). Per l'Inghilterra, l'espressione 'welfare state', pur oggi dominante in ogni parte del globo, sembra avere una traiettoria più semplice. Non è William Temple il solo a lanciarne l'uso. Ne condividono con Temple l'impiego anche Alfred Zimmern e George Schuster, che peraltro appartengono alla stessa generazione di Temple, essendo tutti nati fra il 1874 e il 1881 (6).

Siamo di fronte a informazioni importanti, di cui però preme vagliare in questa sede lo statuto metodologico. Indubbiamente, già la storia di una delle espressioni lessicali storicamente impiegate per riferirsi al fenomeno dello 'Stato sociale' è un contributo di sicura utilità. Occorre però anche tener presente che una storia semantica capace di offrire un prezioso spaccato della cultura di un'epoca difficilmente può essere la storia di una singola espressione e deve piuttosto strutturarsi come l'analisi di una costellazione lessicale, di un *campo semantico* che avrà al centro uno o più termini-chiave, i cui significati (con le relative variazioni diacroniche) emergeranno dalle interrelazioni strutturali caratteristiche del campo stesso (7). Ne offre un piccolo indizio lo stesso saggio sopra ricordato, che, pure dedicato alla semantica di 'Wohlfahrtstaat', trova in realtà il suo asse principale (per la cultura tedesca) nel rapporto con 'Sozialstaat' (non meno che nella relazione oppositiva con 'Rechtsstaat').

Soltanto lavorando su un campo semantico il più possibile articolato e complesso sarà possibile ricostruire i processi che, all'interno di una cultura, si cristallizzano in un termine nuovo o

(5) PETERSEN, PETERSEN, *Confusion and divergence*, cit., pp. 39-43.

(6) Ivi, p. 44.

(7) Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *La cittadinanza: un 'geschichtlicher Grundbegriff'?*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola e G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 2005, p. 253 e ss.

attribuiscono significati nuovi a un termine già circolante. Solo in questo modo è possibile evitare di erigere steccati fra un termine e l'ambiente culturale di cui esso si è nutrito, con il vantaggio di non enfatizzare oltre il debito l'emergenza di un termine, ma di intenderla come l'affiorare della punta di un iceberg formatosi da tempo. Per stare al nostro caso, correttamente Klaus Petersen e di Jørn Henrik Petersen, nel momento in cui registrano l'occorrenza di 'welfare state' negli scritti di Temple, Zimmern e Schuster, accennano al loro collegamento con l'idealismo di Bradley, di Green e dei suoi allievi. Il rilievo è esatto e offre una conferma della necessità di dedicarsi non tanto all'analisi semantica di un lessema isolato ('welfare state', 'Stato sociale' ecc.), quanto alla ricostruzione di un universo di espressioni 'apparentate', dal quale quel lessema trae senso e origine ⁽⁸⁾.

Emerge inoltre un problema, cui un'analisi storico-semantica dello 'Stato sociale' non può sottrarsi. Niente impedisce che essa inizi e si concluda entro i confini di una specifica cultura nazionale. Una ricerca siffatta però, pur pienamente legittima, ha inevitabilmente una valenza più 'locale' che 'generalista' e non permette di capire se e come, in un qualche tornante della storia moderna, si sia formata un'immagine complessiva e largamente condivisa dello 'Stato sociale'. Per rispondere a questa domanda occorrerebbe alzare il tiro e dedicarsi a una ricerca, per così dire interculturale e comparatistica, che mettesse a confronto espressioni radicate in diverse culture nazionali ('Wohlfahrtsstaat', 'Sozialstaat', 'welfare state', 'État-providence', 'Stato sociale' ecc.) interrogandosi sulle loro sovrapposizioni, convergenze e discrasie. Solo in questo modo verremmo a conoscenza non soltanto dei significati 'regionali' del termine 'Stato sociale' (posto al centro di un complesso campo lessicale), ma, in ipotesi, anche di una più vasta area di *overlapping consensus*, di un'area semantica condivisa da molteplici culture nazionali. Se riuscissimo a individuare una siffatta area, verremo a sapere che cosa ha significato il termine 'Stato sociale' entro la cultura dell'Occidente.

⁽⁸⁾ In questa prospettiva (tanto per fare un esempio per amore di concretezza), sarebbe ragionevole attendersi risultati interessanti dal mettere in rapporto 'welfare state' con 'common good', che è uno dei termini-chiave del lessico di Green.

Di nuovo, non importa spendere troppe parole per sottolineare l'importanza che la ricostruzione del lessico intellettuale riveste per la comprensione di un qualsivoglia processo storico. Il punto è però se un'approfondita analisi storico-lessicale del lemma 'Stato sociale' basti a centrare il duplice obiettivo prima indicato: cogliere un profilo unitario, soggiacente alla pluralità dei contesti, dello Stato sociale e decifrarlo come un momento del lungo processo di formazione della modernità.

La mia impressione è che l'analisi storico-semantiche del termine 'Stato sociale' sia, per il raggiungimento di questo ambizioso obiettivo, una condizione necessaria ma non sufficiente. Lo Stato sociale di cui essa si occupa è infatti una costellazione di espressioni lessicali, di cui intende ricostruire la genesi e il significato. Essa non può né vuole rapportarsi direttamente alla totalità dell'interazione sociale, ma sceglie di concentrarsi su un suo specifico livello, ancorché rilevante e strategico: sul discorso pubblico e sui saperi, entro i quali si è venuto formando il lessico che ha al suo centro lo 'Stato sociale'. Lavorando su queste formazioni discorsive veniamo a conoscenza delle idee, aspettative e timori veicolati dal termine 'Stato sociale' nel corso del tempo, ma non per questo siamo autorizzati a scambiare la parte con il tutto: la rappresentazione di un'esperienza con l'esperienza in tutte le sue manifestazioni.

Una storia lessicale dello 'Stato sociale', dunque, proprio perché intende mettere a fuoco un profilo specifico (tanto importante quanto trascurato), non può riuscire, da sola, a risolvere il 'problema' dello Stato sociale: a fare intendere lo Stato sociale come oggetto 'complessivo' entro la storia della modernità.

3. *Lo Stato sociale: definizioni e tipologie.*

Affrontare lo Stato sociale come fenomeno complessivo è un'impresa difficile e piena di insidie ed è comprensibile che gli approcci analitici e settoriali siano più numerosi delle ricostruzioni globali ⁽⁹⁾. Ciò non significa però che facciano difetto importanti e coraggiosi tentativi di definizione dello Stato sociale. Sul terreno

⁽⁹⁾ Jørgen Goul Andersen osserva che il concetto di welfare state non è spesso definito (J.G. ANDERSEN, *Welfare States and Welfare State Theory*, Aalborg, Centre for

della storiografia, una fortunata definizione è stata formulata da Asa Briggs in un celebre contributo del 1961 ⁽¹⁰⁾.

Lo Stato sociale per Briggs persegue una triplice finalità: offrire a ogni cittadino privo di mezzi di sostentamento un « minimum income »; sostenerlo nell'affrontare specifiche difficoltà ed eventi imprevisti; garantire a tutti un'eguale fruizione dei servizi sociali ⁽¹¹⁾. La società alla quale riferire lo Stato sociale è inequivocabilmente moderna, caratterizzata da un'economia incentrata sul mercato e sulla produzione industriale: è per risolvere i problemi da essa generati che lo Stato sociale viene ad esistenza. Un suo obiettivo è contenere l'egemonia del mercato in modo da garantire un reddito minimo ai soggetti, quale che sia il loro « market value ». Lo Stato è chiamato a contrastare la povertà estrema, che mette a repentaglio la sussistenza stessa dei soggetti. A ciò si aggiunge un compito contiguo, ma più specifico: contenere l'insicurezza sostenendo i cittadini di fronte a eventi (la disoccupazione, la malattia), che minacciano di travolgerli. Viene infine menzionato un obiettivo diverso e più ambizioso: l'accesso, eguale per tutti, ai migliori servizi sociali possibili.

Briggs tiene presente la tripartizione proposta da Richard Titmuss ⁽¹²⁾, ma è anche consapevole delle difficoltà che nascono nel

Comparative Welfare Studies, Institut for Økonomi, Politik og Forvaltning, Aalborg Universitet, CCWS Working Paper, p. 4).

⁽¹⁰⁾ A. BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective*, in « Archives Européennes de sociologie », II (1961), pp. 221-58.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 228: « A 'welfare state' is a state in which organized power is deliberately used (through politics and administration) in an effort to modify the play of market forces in at least three directions — first, by guaranteeing individuals and families a minimum income irrespective of the market value of their work or their property; second, by narrowing the extent of insecurity by enabling individuals and families to meet certain 'social contingencies' (for example, sickness, old age and unemployment) which lead otherwise to individual and family crises; and third, by ensuring that all citizens without distinction of status or class are offered the best standards available in relation to a certain agreed range of social services ».

⁽¹²⁾ Richard Titmuss delineava una delle prime tipologie dei *welfare states* distinguendo fra un « Residual Welfare Model » (quando lo Stato interviene solo come *ultima ratio*), un « Industrial Achievement-Performance Model » (quando l'aiuto dello Stato è commisurato alle prestazioni lavorative) e un « Institutional Redistributive Model », caratterizzato da un'erogazione universalistica di servizi (R. TITMUSS, *Social Policy. An Introduction*, London, Allen & Unwin, 1974, pp. 30-32).

momento in cui si decide di calare un'idea generale o modello di Stato sociale in un processo storico dove continuità e discontinuità formano un viluppo difficilmente districabile. Proprio per questo egli suggerisce di circoscrivere il fenomeno dello Stato sociale entro due paletti importanti: da un lato, l'« industrialism », cui il *welfare state* è a suo avviso funzionalmente connesso, e, dall'altro lato, la formazione di apparati pubblici disposti a farsi carico del problema della povertà. Briggs richiama l'attenzione sul fatto che questo obiettivo è stato perseguito dai più vari organismi sociali (a partire dalle Chiese) già in un periodo largamente antecedente alla formazione degli Stati moderni e che di *welfare state* si può parlare solo là dove interviene una (almeno tendenziale) 'monopolizzazione' delle politiche assistenziali da parte di istituzioni pubbliche (13).

In realtà, il tentativo di segnare con precisione i punti di origine dello Stato sociale è apprezzabile, ma il suo successo non è a portata di mano. Se la rivoluzione industriale è uno spartiacque che separa con sufficiente nettezza la società medievale dalla società (compiutamente) moderna, gli interventi a favore dei poveri si svolgono lungo una linea dove le discontinuità, pur rilevanti, appaiono assai meno evidenti: da un lato, si fanno carico dei poveri, per un lungo lasso di tempo, non solo associazioni private, ma anche organismi politici (si pensi alle città medievali) e, dall'altro lato, anche quando aumenta esponenzialmente l'incidenza degli apparati statali (come avviene nel corso dell'Ottocento), non per questo divengono irrilevanti o spariscono le attività 'welfariste' svolte da associazioni private (dal movimento cooperativo alle associazioni filantropiche).

Conviene segnalare anche un'ulteriore difficoltà. I tre obiettivi attribuiti allo Stato sociale (assistenza ai poveri, assicurazione contro i rischi, erogazione di servizi sociali egualitari e 'universalistici') evocano politiche sociali molto diverse fra loro e non è chiaro in che modo esse siano compatibili con l'impiego di un concetto unitario di *welfare state*. Al contempo, resta in ombra un fenomeno che, nella corrente pre-comprensione ermeneutica dello Stato sociale, viene assunto come una sua determinazione importante: il fenomeno delle leggi (che venivano dette) 'sociali', gli interventi di regolamentazione

(13) Una prospettiva simile è presente nelle limpide pagine di R.E. GOODIN, *Reasons for Welfare. The Political Theory of the Welfare State*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 4-12.

autoritativa dei rapporti di lavoro, che non a caso appaiono all'opinione pubblica dell'epoca l'espressione di un netto mutamento del ruolo dello Stato.

Nelle nitide pagine di Asa Briggs sono ravvisabili *in nuce* le principali classi dei problemi con le quali la storiografia era (e soprattutto sarebbe stata) chiamata a misurarsi: se, da un lato, si vuole far leva su un concetto unitario e complessivo di Stato sociale, dall'altro lato ci si rende conto della necessità di dover lavorare lungo tre, impegnative, direttrici di ricerca: cogliere il punto di origine e le fasi di sviluppo dello Stato sociale, dar conto della varietà delle sue forme e delle sue modalità di realizzazione in diverse aree politico-geografiche (in modo da fare dello Stato sociale un fenomeno temporalmente e spazialmente determinato) e, infine, interrogarsi sul processo (sulle condizioni, o addirittura sulle 'cause') che hanno fatto dello Stato sociale un episodio obbligato della storia moderna-contemporanea.

La sfida principale cui un'illustrazione dello Stato sociale come fenomeno complessivo doveva far fronte è la notevole varietà delle forme e delle finalità che lo hanno contrassegnato in diverse aree geografico-politiche. Era alto il rischio di assumere una specifica esperienza come emblematica trasformando una vicenda 'locale' in un modello di portata generale. La strada maestra per non cadere in questa trappola era una ricerca di carattere comparatistico. Ancora Asa Briggs lamenta, agli inizi degli anni sessanta, la scarsa diffusione di un'analisi comparata delle varie esperienze di *welfare*, ma nei decenni successivi questa lacuna viene rapidamente colmata: basti ricordare gli studi, fra i molti, di Rimlinger⁽¹⁴⁾, Heclo⁽¹⁵⁾, Alber⁽¹⁶⁾, Flora e Heidenheimer⁽¹⁷⁾, Baldwin⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ G. RIMLINGER, *Welfare policy and Industrialization in Europe, North America and Russia*, New York, Wiley, 1971.

⁽¹⁵⁾ H. HECLLO, *Modern Social Politics in Britain and Sweden: From Relief to Income Maintenance*, New Haven-London, Yale University Press, 1974.

⁽¹⁶⁾ P. FLORA, A. J. HEIDENHEIMER, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, il Mulino, 1983 (*The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, Transaction Books, 1981).

⁽¹⁷⁾ J. ALBER, *Dalla carità allo stato sociale*, Bologna, il Mulino, 1987 (*Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, Frankfurt, Campus Verlag, 1982).

⁽¹⁸⁾ P. BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

La comparazione, per chi persegue l'obiettivo di una rappresentazione complessiva dello Stato sociale, è essenziale, in quanto permette di evitare indebite generalizzazioni di fenomeni 'locali', ma non è di per sé risolutiva del problema: pur indispensabile per una sua corretta impostazione, lascia intatta la rilevante difficoltà di individuare un tessuto connettivo fra le diverse esperienze. Non è forse un caso che il risultato più appariscente degli studi comparatistici sia, prima ancora della determinazione di un concetto unitario, la presentazione di un quadro tipologico, la messa a punto di tipi diversi di Stato sociale, rappresentativi della varietà delle sue forme.

Nell'elaborazione di una tipologia che intende presentarsi come l'articolazione di una visione unitaria dello Stato sociale ha dato un contributo rilevante un'opera di Gøsta Esping-Andersen, del 1990 ⁽¹⁹⁾, di recente presentata come un « classico » in quanto capace di incorporare i contributi precedenti offrendo al contempo una sintesi nuova, di respiro interdisciplinare e di persistente vitalità ⁽²⁰⁾.

Esping-Andersen riconosce l'importanza di disporre di una visione complessiva del *welfare state* e si dispone a offrircene una elaborando una tipologia di « welfare-state regimes » costruita intorno a un indicatore principale: l'effetto di « de-commodification » prodotto dallo Stato. Resta ferma una delle caratteristiche già indicate da Asa Briggs: il nesso fra Stato sociale e mercato capitalistico. Lo Stato sociale presuppone l'esistenza del mercato e opera per contenere, correggere, integrare i suoi esiti socialmente dannosi. Anziché lasciare che l'intera esistenza socio-economica dei soggetti sia determinata dal mercato, lo Stato interviene « de-mercificando » alcuni suoi momenti. L'effetto della *de-commodification* è quindi, per così dire, misurabile: è una linea lungo la quale si muove l'intervento statale, che può procedere da un minimo a un massimo. Ed è appunto in rapporto all'ampiezza e all'incisività della *de-commodification* che Esping-Andersen delinea tre tipi di Stato so-

⁽¹⁹⁾ G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

⁽²⁰⁾ P. EMMENEGGER, J. KVIST, P. MARX, K. PETERSEN, *Three Worlds of Welfare Capitalism: The making of a classic*, in « Journal of European Social Policy », 25 (2015), 1, pp. 3-4.

ciale: il « liberal welfare state », che riduce al minimo la demercificazione, mantiene una forte sperequazione fra le classi sociali e assiste gli indigenti spesso associando all'assistenza uno stigma sociale; un *welfare state* coincidente con assicurazioni sociali obbligatorie, efficace nella copertura di specifiche categorie di rischio, ma privo di effetti redistributivi (come è avvenuto emblematicamente nella Germania di fine Ottocento); un *welfare state* di tipo 'universalista' (il *welfare* del piano Beveridge e il *welfare* scandinavo), impegnato nell'erogazione ('universalistica' ed egualitaria) di servizi a tutti i cittadini (21). Il punto terminale della linea della *de-commodification* è raggiunto quando la fuoriuscita dal mercato del lavoro e la conseguente perdita del salario vengono compensate dal godimento di benefici alternativi (22).

Convivono, nel modello di Esping-Andersen, il tentativo di delineare una tipologia che riesca a dar conto di una pluralità di forme di *welfare state* disseminate nel tempo e nello spazio e l'individuazione di un profilo (la *de-commodification*) capace di esprimere la loro unitaria direzione di senso. Non meno importante è il riferimento a un tema spesso trascurato dalla letteratura (tanto storiografica quanto politologica) e invece richiamato come un profilo essenziale dello Stato sociale: il tema dei diritti. Sui diritti sociali come fase ultima della progressiva estensione della cittadinanza si era soffermato Thomas Humphrey Marshall in un saggio (destinato a una tardiva celebrità) del 1949 (23). Ai diritti sociali torna a fare riferimento Esping-Andersen facendo notare come una loro 'assolutizzazione' (la loro assunzione nel cielo dei diritti fondamentali, come avviene in molte democrazie costituzionali del secondo Novecento) è un momento essenziale della *de-commodification* perseguita dallo Stato sociale (24).

Non sono mancati rilievi critici al pur fortunato modello disegnato da Esping-Andersen (dall'accusa di aver trascurato la

(21) ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds*, cit., pp. 26-27.

(22) Ivi, pp. 22-23.

(23) T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

(24) ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds*, cit., p. 21.

dimensione di genere e il ruolo essenziale della famiglia ⁽²⁵⁾ all'impossibilità di ricondurre a tre tipi 'puri' di Stato sociale tutte le concrete esperienze welfariste ⁽²⁶⁾. Nella nostra prospettiva, la critica più interessante concerne il profilo che consente ad Esping-Andersen di proporre una definizione unitaria di *welfare state*: la « de-commodification ».

A questo proposito sembra pertinente il rilievo di Maurizio Ferrera, cui si deve il maggiore contributo italiano alla 'modellistica' dello Stato sociale. Il rischio implicito nel modello di Esping-Andersen deriva dalle valenze potenzialmente valutative e prescrittive del concetto di *de-commodification*, con la conseguenza di inquinare o indebolire i risultati analitici che esso dovrebbe garantire ⁽²⁷⁾. La proposta è quindi di assumere come criterio di determinazione dell'oggetto (lo Stato sociale) non tanto il « processo di de-mercificazione » quanto la « protezione istituzionalizzata » offerta dalle comunità politiche ai loro membri ⁽²⁸⁾.

Variano nel tempo e nello spazio le modalità, l'intensità e i destinatari della protezione. Per delineare una tipologia Ferrera distingue innanzitutto fra assistenza sociale, assicurazione o previdenza sociale e sicurezza sociale, intendendo con la prima la predisposizione di aiuti a delimitate classi di indigenti; con la seconda un intervento pubblico che per specifiche categorie di lavoratori provvede a una copertura dei rischi (invalidità, disoccupazione, malattia, vecchiaia) proporzionale ai contributi obbligatoriamente versati dai lavoratori stessi; e con la terza infine un'erogazione 'universalistica' di prestazioni, destinate a tutti i cittadini, svincolate da prelievi contribuzionali, ed eguali per tutti ⁽²⁹⁾. Combinando variamente questi tre livelli di 'protezione' offerta dallo Stato è possibile perve-

⁽²⁵⁾ Cfr. J. LEWIS, *Gender and the Development of Welfare Regimes*, in « Journal of European Social Policy », 2 (1992), 3, pp. 159-73; Id., *Gender and Welfare Regimes: Further Thoughts*, in « Social Politics », 4 (1997), 2, pp. 160-177.

⁽²⁶⁾ Cfr. W. ARTS, J. GELISSEN, *Three Worlds of Welfare Capitalism or More? A State-of-the-Art Report*, in *The Welfare State Reader*, Ch. Pierson, F. G. Castles (eds.), Cambridge, Polity Press, 2006², pp. 175-197.

⁽²⁷⁾ M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1993, pp. 71-72.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 80.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 51 e ss.

nire a una tipologia fondata su una distinzione generale: da un lato, *welfare states* occupazionali — che offrono protezione, legata alla contribuzione, a specifiche categorie di lavoratori — e, dall'altro lato, *welfare states* universalistici, ispirati al principio della sicurezza sociale. A questa semplice dicotomia di tipi 'puri' occorre tuttavia aggiungere sotto-distinzioni indotte dalla frequente miscelazione fra strategie welfariste diverse: possiamo quindi avere un *welfare state* prevalentemente occupazionale sul quale vengono innestati profili universalistici (parleremo in questo caso di un *welfare state* occupazionale misto) o viceversa un *welfare state* di ispirazione universalistica 'corretto' con aspetti del tipo opposto (e avremo allora un *welfare state* universalistico misto) ⁽³⁰⁾.

Determinante è dunque la strategia di protezione adottata dallo Stato nei confronti dei soggetti; ed è intorno a questo elemento che ruota la definizione proposta da Ferrera (in continuità con quanto già suggerito da Alber ⁽³¹⁾): « il *welfare state* è un insieme di interventi pubblici connessi al processo di modernizzazione, i quali forniscono protezione sotto forma di assistenza, assicurazione e sicurezza sociale, introducendo fra l'altro specifici diritti sociali nel caso di eventi prestabiliti nonché specifici doveri di contribuzione finanziaria » ⁽³²⁾.

Come è facile intendere anche solo da questa cursoria rassegna, cambiano le definizioni e le tipologie proposte, ma non mancano elementi ricorrenti. Il tema di fondo sembra essere il rapporto dialettico fra lo Stato e il mercato capitalistico: è quest'ultimo la condizione di esistenza del primo e lo Stato a sua volta può dirsi 'sociale' in quanto tende a limitare l'egemonia del mercato sull'interazione sociale complessiva e a introdurre criteri di governo (di 'protezione' dei soggetti) estranei a una mera logica mercantile. In questo schema il profilo dei diritti può trovar posto (anche se non sembra svolgere un ruolo centrale) e semmai restano più in ombra, da un lato, il rapporto fra gli interventi 'assistenziali' dello Stato e le attività di *welfare* affidate a soggetti e organismi non statali e,

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 89 e ss.

⁽³¹⁾ J. ALBER, *Continuities and Change in the Idea of Welfare State*, in « *Politics & Society* », 16 (1988), 4, p. 456.

⁽³²⁾ FERRERA, *Modelli di solidarietà*, cit., p. 49.

dall'altro lato, il versante giuslavoristico dello Stato sociale, richiamato da Franz-Xaver Kaufmann ⁽³³⁾. Resta ferma in ogni caso l'immagine di uno Stato chiamato a contenere le istanze 'totalizzanti' dell'economia di mercato ⁽³⁴⁾.

Quali sono le acquisizioni rese possibili da un approccio tipologico? L'utilità orientativa e 'diagnostica' della modellistica appare evidente: essa favorisce una considerazione unitaria dell'oggetto (lo Stato sociale), attribuisce ad esso un contenuto relativamente preciso e al contempo ne mostra le diverse 'declinazioni' in molteplici contesti spazio-temporali. Approccio modellistico e comparazione si sorreggono a vicenda, in una sorta di circolo virtuoso: comparando fra loro più esperienze siamo messi in grado di costruire (attraverso un procedimento di selezione e di astrazione) un quadro tipologico, che a sua volta aiuta a tracciare una mappa della disseminazione spaziale dello Stato sociale. In questo modo (tanto per fare qualche esempio) la Germania bismarckiana entrerà nel quadro come l'emblema di una versione 'conservatrice-corporativa' dello Stato sociale, mentre la Svezia novecentesca sarà la sua variante 'socialdemocratica' (tanto per usare la tipologia proposta da Esping-Andersen). Si moltiplichino i casi, si metta alla prova la tipologia adottata e, se la modellistica regge alla prova dell'esperienza, il gioco è riuscito.

Per questa via possiamo dunque venire a conoscenza delle varianti dello Stato sociale nello spazio. Restano però impregiudicate le sue varianti nel tempo. Certo, l'analisi delle varianti spaziali include per lo più anche una considerazione della dimensione diacronica, della distanza temporale fra i diversi 'tipi' di Stato sociale. Ciò però che la tipologia mette immediatamente, graficamente in evidenza è la struttura, più che il processo: per passare da una 'geografia' delle esperienze welfariste a una loro 'storia' occorre l'apertura di un diverso fronte di indagini.

⁽³³⁾ F.-X. KAUFMANN, *European Foundations of the Welfare State*, New York-Oxford, Berghahn Books, 2012, p. 260.

⁽³⁴⁾ Ivi, pp. 262-64.

4. *Quale storia per lo Stato sociale? Un confronto fra tradizioni disciplinari.*

Un quadro tipologico delle molteplici forme assunte dallo Stato sociale non dice ancora niente sulla loro genesi, ma non impedisce che, proprio a partire da esso, venga intrapresa un'analisi di tipo diacronico. Sono infatti numerosissime le ricerche che procedono combinando variamente tre strategie: la comparazione fra contesti storico-sociali, l'elaborazione di un quadro tipologico e la ricostruzione dei processi che hanno condotto alla formazione dell'uno o dell'altro tipo di Stato sociale. Il quadro tipologico aiuta a definire e ad articolare l'oggetto della ricerca, permette di offrire una visione strutturale e complessiva di una o più forme di politica welfarista e non appare incompatibile con la ricostruzione della genesi e dello sviluppo di quel fenomeno (o complesso di fenomeni) — lo Stato sociale — assunto come oggetto della ricerca.

La dimensione storico-diacronica può dunque venire tranquillamente a far parte di un approccio tipologico-comparatistico che vanta ormai numerosi contributi. Conviene però richiamare l'attenzione sul fatto che un siffatto intreccio fra modellistica, comparatistica e storia è largamente praticato all'interno di una specifica tradizione disciplinare (sociologico-politologica), ma è meno familiare alla storiografia (tanto alla storiografia cosiddetta generale quanto alle storiografie 'speciali'). Non mancano certo scambi fra queste diverse tradizioni disciplinari. La mia impressione è però che il dialogo interdisciplinare sia complicato dal fatto che i 'programmi euristici' adottati dalla storiografia e dalle scienze socio-politologiche non sono coincidenti, nonostante la loro convergenza sul medesimo oggetto (lo Stato sociale).

Conviene ricordare quanto osservava Peter Baldwin ⁽³⁵⁾ nei primi anni novanta del Novecento. Per molti decenni — scriveva lo storico americano — lo Stato sociale è stato un oggetto di ricerca affidato « to the hard-core social scientists », che sono andati in cerca di spiegazioni mono-causali e hanno sacrificato le differenze e

⁽³⁵⁾ P. BALDWIN, *The Welfare State for Historians. A Review Article*, in « Comparative Studies in Society and History », 34 (92), 4, pp. 695-707.

le specificità « in search of regularity »⁽³⁶⁾. Questo scenario però sta cambiando in due direzioni: cominciano a diffondersi « comparative histories of welfare states » e i fenomeni vengono ormai collocati « in the context of a much more extensive historical *durée* ». Le novità sono consistenti, dunque, e tuttavia « this historically informed approach has not, by and large, been the work of historians »⁽³⁷⁾.

Un rilievo di Baldwin è stato confermato: gli approcci comparatistici si sono effettivamente moltiplicati (Baldwin stesso è l'autore di un importante contributo in questa direzione⁽³⁸⁾) e le spiegazioni unilineari (la pretesa di individuare le 'cause' dello Stato sociale come tale) hanno ceduto il posto ad analisi più ravvicinate e contestualizzate. Ed è forse ancora valida l'affermazione che lo Stato sociale ha ottenuto maggiore attenzione dai sociologi e dai politologi che non dagli storici⁽³⁹⁾. Restano in ogni caso (almeno in parte) diverse le strategie euristiche adottate dagli uni e dagli altri.

In primo luogo, l'analisi socio-politologica dello Stato sociale è primariamente interessata a intenderne la struttura. Questo obiettivo, lungi dall'escludere la considerazione della dimensione diacronica, può addirittura esigerla: per capire le proprietà di un qualche meccanismo serve apprendere come è stato costruito, per conoscere la struttura conviene analizzarne la genesi. La dimensione temporale è importante per l'analisi sociologica dello Stato sociale, ma non ne costituisce il tratto essenziale. Il suo scopo infatti non è la rappresentazione di un processo e delle sue continuità e fratture lungo l'asse della diacronia, ma è l'illustrazione di un sistema politico-sociale e dei suoi molteplici livelli.

Cambia di conseguenza anche la percezione della temporalità: specifiche e delimitate *tranches* temporali tendono a essere privilegiate rispetto a una temporalità lunga, pur se variamente segmentata. Il tempo è più la variabile interna di un contesto nettamente delimitato che non l'orizzonte complessivo entro il quale collocare l'oggetto della ricerca. Lo stesso concetto di 'lunga durata' acquisi-

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 696.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 707.

⁽³⁸⁾ BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity*, cit.

⁽³⁹⁾ È di questo avviso, ad esempio, per l'Italia, I. PAVAN, *Un welfare senza storia*, in « Storica », 20 (2014), 60, pp. 155-56.

sce un'estensione e una valenza diverse a seconda che a farne uso sia uno storico o un politologo: valga l'esempio di Paul Pierson che, per analizzare lo Stato sociale dei nostri giorni, sente il bisogno di prendere in esame l'ultimo quarantennio e parla a questo proposito di un'analisi « over the very long run »⁽⁴⁰⁾. A un politologo, ma certo non a uno storico, qualche decennio può apparire un tempo di 'lunghissima durata'.

In secondo luogo, l'analisi socio-politologica dello Stato sociale ambisce a 'spiegare' il proprio oggetto e non soltanto a 'rappresentarlo'. Ovviamente, il positivismo ottocentesco è ormai lontano ed è tramontata la pretesa di ricondurre un complesso fenomeno socio-politico a una rigida catena di causa e di effetti. Pur entro un quadro epistemologico più sofisticato, tuttavia, la domanda del 'perché' riceve un'evidenza e una valorizzazione maggiori della domanda sul 'come'. Al fondo dell'approccio socio-politologico allo Stato sociale permane insomma l'ambizione a non limitarsi a 'narrare' una sequenza di azioni ed eventi che si susseguono nel tempo e formano un processo, ma a 'spiegare' lo Stato sociale entro le molteplici articolazioni della totalità sociale. Certo, anche la storiografia si interroga sulla strutturazione dello Stato sociale, sui suoi 'perché' e sulle funzioni cui esso ha inteso assolvere, così come la sociologia non può ignorare la diacronia, i mutamenti, le azioni, i personaggi, gli eventi; 'rappresentazione', da un lato, ed 'esplicazione', dall'altro lato, non sono monopolio esclusivo dell'una o dell'altra tradizione disciplinare. Interviene però, per così dire, un diverso dosaggio degli ingredienti: è la prevalenza dell'uno o dell'altro a determinare lo 'stile concettuale' di un approccio, rispettivamente, storiografico o socio-politologico allo Stato sociale.

In terzo luogo, è diverso il rapporto che i due saperi intrattengono con il presente. Anche lo storico muove dal presente né può pensare di metterlo in parentesi per darsi a una pura e asettica contemplazione del passato. Il presente è però per lo storico soltanto l'ineliminabile punto di partenza di una ricerca che persegue l'obiettivo (asintotico) di ritrovare (ricreare narrativamente) il 'mondo che abbiamo perduto'. Per l'analisi socio-politologica il presente è non

(40) P. PIERSON, *The welfare state over the very long run*, ZeSArbeitspapier, No. 02/2011, pp. 1-30.

solo il punto di partenza, ma anche il punto di arrivo. Per essa, il passato dello Stato sociale non è un oggetto autonomo e autosufficiente, ma è un tramite, uno strumento per intendere il presente: l'analisi dello Stato sociale nell'uno o nell'altro contesto, nell'una o nell'altra *tranche* temporale è funzionalmente connessa all'esigenza di decifrarne le forme odierne, diagnosticarne lo stato di salute ed eventualmente azzardare una prognosi.

In quarto luogo, è diverso nelle due tradizioni disciplinari il rapporto con la teoria (con la teoria sociale e politica, nel nostro caso). È diffuso nella storiografia il timore che la teoria possa essere un letto di Procuste che coarta e deforma la rappresentazione dei fenomeni. Questo timore non è infondato: se la teoria non fosse usata come un mero ausilio metalinguistico, ma occupasse il centro della scena, la ricognizione del passato servirebbe solo come conferma e cassa di risonanza della teoria e l'intera operazione storiografica perderebbe il suo senso e la sua peculiarità. Si pone quindi effettivamente per lo storico l'esigenza di tenere sotto controllo il proprio metalinguaggio, di non perdere mai di vista il carattere puramente strumentale e operativo della teoria. A rigore, ciò vale anche per gli studi socio-politologici, nel momento in cui si dedicano all'analisi ravvicinata di un determinato contesto. È però anche vero che in questa tradizione disciplinare il nesso fra la teoria e la 'ricerca sul campo' è assai più consolidato di quanto non avvenga nella storiografia. E gli effetti di queste diverse sensibilità epistemologiche sono percepibili anche negli studi dedicati allo Stato sociale.

Non sono dunque identici, nelle due tradizioni disciplinari, la percezione della temporalità, il rapporto con la teoria, lo stile discorsivo. Certo, siamo di fronte a differenze di accenti che non devono essere enfatizzate e non hanno impedito scambi e 'contaminazioni' fruttuose. Resta fermo, per entrambe le tradizioni, l'obiettivo di ricostruire la complessa fenomenologia socio-economica, l'intreccio di azioni ed eventi entro il quale lo Stato sociale prende forma. Al contempo, però, la diversa percezione della temporalità può stimolare la storiografia a studiare lo Stato sociale nell'orizzonte di una temporalità 'lunga', mentre la valorizzazione della teoria induce la ricerca socio-politologica a una più forte e articolata tematizzazione dell'oggetto; e proprio per questo nell'ambito delle discipline socio-politologiche è stato particolarmente intenso il di-

battuto sulla genesi e sulla funzione dello Stato sociale e sull'efficacia esplicativa dell'uno o dell'altro parametro politico-sociale.

5. *Quale teoria per lo Stato sociale? Un'analisi 'multilivello'*

Quali sono state le strategie conoscitive adottate nel tentativo di 'spiegare' lo Stato sociale? Una strategia largamente seguita è riconducibile a un paradigma funzionalista (o struttural-funzionalista): se vogliamo capire che cosa è e che cosa fa (che cosa è stato e che cosa ha fatto) lo Stato sociale, occorre guardare all'interazione sociale di cui esso è un momento e una funzione. Se individuiamo le esigenze, le 'domande' che emergono dal vivo dei rapporti sociali ed economici in un contesto dato, ci accorgeremo che lo Stato sociale è un insieme di politiche, ideologie, norme, istituzioni che trova il suo senso e la sua unità nel proporsi come la più efficace e plausibile risposta a quelle 'domande'.

Funzione della dinamica sociale complessiva, lo Stato sociale appare in questa prospettiva come un momento di un processo di 'modernizzazione' che, imperniato sulla centralità del mercato capitalistico e sullo sviluppo della produzione industriale, modifica o travolge delicati equilibri e consolidati interessi. Vengono al pettine antichi problemi e difficoltà nuove. Una sfida permanente, con la quale in sostanza ogni comunità politica si è dovuta confrontare, è costituita dalla povertà, che però, nel quadro dell'impetuosa 'modernizzazione' industriale, assume nuovi profili. Da un lato, perdono efficacia organismi (dalle Chiese alle corporazioni, alle famiglie) che avevano contribuito a mitigare gli effetti più drammatici dell'indigenza e, dall'altro lato, si formano nuove classi sociali e il conflitto assume forme inedite e una più accentuata pericolosità nei confronti della tenuta dell'ordine sociale.

È il conflitto — il conflitto generato dalla 'modernizzazione' dell'economia e della società — il fenomeno che una cospicua letteratura indica come decisivo per la genesi dello Stato sociale. Data la portata del conflitto, le collaudate (e mai dismesse) strategie repressive non bastano più: alla repressione lo Stato deve affiancare interventi di carattere 'positivo', 'protettivo', volti a sostenere le classi subalterne (e in particolare la nuova classe operaia) di fronte

alle difficoltà provocate dalla disoccupazione, dalla malattia, dalla vecchiaia.

In questa prospettiva, è dunque il conflitto sociale il fenomeno-chiave cui connettere funzionalmente lo Stato sociale. Divergono però le interpretazioni di questa connessione. È possibile vedere nello Stato sociale lo strumento di una politica che teme gli effetti destabilizzanti di un'eccessiva conflittualità sociale, diffida dell'efficacia della mera repressione e punta all'integrazione delle classi subalterne pur nel mantenimento delle esistenti gerarchie sociali ⁽⁴¹⁾. È però anche possibile vedere in esso non tanto lo strumento di un'integrazione dei ceti subalterni pilotata dalle classi dirigenti a tutela dell'ordine consolidato, quanto l'effetto della crescente influenza della classe operaia e delle organizzazioni politiche ad essa più vicine. Lo Stato sociale sarebbe allora l'espressione di un nuovo equilibrio politico-sociale e uno strumento funzionale a una graduale riduzione delle diseguaglianze ⁽⁴²⁾.

Curiosamente, l'elemento che appare, nella prospettiva struttural-funzionalista, meno approfondito è proprio lo Stato: il fulcro della 'spiegazione' risiede infatti fuori di esso, è riposto nella dinamica, variamente conflittuale, delle classi, dei gruppi, dei movimenti, insomma, dei più diversi attori sociali e lo Stato sociale è 'spiegato' in quanto ricondotto a un complesso di politiche, interventi, decisioni, ideologie che di quella dinamica è momento e tramite. A partire dagli anni ottanta tuttavia si è fatta strada la convinzione di dover estendere il ventaglio dei parametri di cui tener conto. Il titolo di un volume (e del saggio che ne compendia l'ispirazione principale) è in questo senso eloquente: « Bringing the State back in » ⁽⁴³⁾. È l'invito a prendere sul serio lo Stato, a

⁽⁴¹⁾ Cfr. ad es. H. WILENSKY, *The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, Berkeley, University of California Press, 1974.

⁽⁴²⁾ Cfr. ad es. W. KORPI, *The Democratic Class Struggle*, London, Routledge & Kegan Paul, 1983. Cfr. anche ID., *Social Policy and Distributional Conflict in the capitalist Democracies: A Preliminary Comparative Framework*, in « Western European Politics », 3 (1980), 3, pp. 296-316. Cfr. le osservazioni di J. MYLES, J. QUADAGNO, *Political Theories of the Welfare State*, in « Social Service Review », 76 (2002), 1, pp. 34-57.

⁽⁴³⁾ T. SKOCPOL, *Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research*, in *Bringing the State Back In*, P. B. Evans, D. Rueschemeyer, T. Skocpol (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1985, pp. 3-37.

considerarlo non più come un elemento inerte o puramente 'reattivo', ma come una componente importante del processo storico-sociale.

Certo, lo Stato non era stato trascurato almeno da chi aveva guardato alla genesi e agli sviluppi del welfarismo in un'ottica marxista o neo-marxista: in questa prospettiva, lo Stato appariva come uno snodo essenziale del processo di accumulazione capitalistica e lo Stato sociale veniva interpretato come lo strumento idoneo a svolgere questa funzione in una fase peculiare dello sviluppo capitalistico, offrendo al contempo al potere della classe dominante una rinnovata e rafforzata legittimazione (44).

Lo Stato svolge un ruolo importante in questo schema interpretativo, ma compare pur sempre come la variabile dipendente di una dinamica che trova nei rapporti sociali (nel conflitto di classe) il suo decisivo motore: siamo di fronte quindi — come osserva Skocpol — a una peculiare declinazione del paradigma funzionalistico, più che a un'impostazione alternativa. La proposta formulata da Skocpol è diversa: assumere lo Stato come elemento 'autonomo', come una forza agente (o co-agente) entro un determinato contesto storico-sociale.

Per dare allo Stato un ruolo più importante di quanto ammesso dalla letteratura di ispirazione funzionalistica, Skocpol si rivolge a un esponente dello storicismo tedesco, Otto Hintze, e ne accoglie l'idea dello Stato come forza storicamente operante: lo Stato è un'organizzazione che controlla un territorio e persegue scopi « that are not simply reflective of the demands or interests of social groups, classes or society » (45).

Questa iniezione di storicismo e di statualismo nella tradizione socio-politologica potrebbe far pensare a un drastico mutamento di paradigma se non intervenisse un doppio *caveat*: non solo la dichiarazione di non aspirare a una « new or refurbished grand theory of 'The State' » (46), ma soprattutto un'interpretazione 'realistica' di quello Stato di cui si sostiene l'autonomia. Lo Stato, almeno in prima istanza, si risolve nell'insieme del personale di cui si compone. Più

(44) Cfr. ad es. J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin's Press, 1973.

(45) SKOCPOL, *Bringing the State Back In*, cit., p. 9.

(46) Ivi, p. 28.

che a Hintze, dovremmo pensare a Duguit (e, in generale, al ‘realismo’ dei fondatori della scienza politica fra Otto e Novecento).

Sono i « civil servants » che devono essere presi in considerazione per la loro capacità di avanzare proposte relativamente autonome e non possono essere ridotti a meri portavoce od esecutori di *inputs* provenienti dal ‘basso’ (e peraltro della fecondità di questo approccio una prova era già stata fornita da Heclò nella sua analisi comparata dei ‘casi’ svedese e inglese ⁽⁴⁷⁾).

Lo Stato però non incide sulla dinamica sociale soltanto in quanto concepibile come « a set of organizations through which collectivities of officials may be able to formulate and implement distinctive strategies or policies » ⁽⁴⁸⁾. Da Tocqueville (in quanto autore di *L’ancien régime et la révolution*) Skocpol ritiene di poter trarre una più impegnativa ipotesi: che cioè lo stesso assetto istituzionale dello Stato, la strutturazione dei suoi apparati e le regole del suo funzionamento contribuiscano in quanto tali al successo o all’insuccesso dell’una o dell’altra politica. Il compito del ricercatore si amplia quindi ulteriormente: prendere sul serio lo Stato significa non soltanto studiare le proposte e le *policies* dei funzionari e dei gruppi professionali nei quali esso si sostanzia, ma anche cogliere i condizionamenti esercitati sulla dinamica sociale dagli apparati di cui esso si compone ⁽⁴⁹⁾.

La nuova parola d’ordine (reintrodurre lo Stato come grandezza — relativamente — autonoma) era destinata a conseguire una notevole risonanza. Se pure l’obiettivo era non sostituire un paradigma a un altro ⁽⁵⁰⁾, ma soltanto arricchire lo spettro tematico dell’analisi, il richiamo all’importanza del momento istituzionale e normativo del potere politico sarebbe divenuto il punto su cui far leva per delineare un nuovo approccio euristico.

⁽⁴⁷⁾ HECLÒ, *Modern Social Politics in Britain and Sweden*, cit.

⁽⁴⁸⁾ SKOCPOL, *Bringing the State Back In*, cit., p. 21.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 28.

⁽⁵⁰⁾ « We did not call for society-centered or economic-determinist explanatory approaches to be turned on their head; still less did we advocate a monomaniacal focus on bureaucratic politics. We advocated a ‘fully relational approach’ » (T. SKOCPOL, *Bringing the State Back In: Retrospect and Prospect*, in « Scandinavian Political Studies », 31 (2008), 2, p. 111).

Nel 1992 la nuova strategia di ricerca viene condensata in un termine efficace: *historical institutionalism*. Il termine aveva fatto la sua comparsa in un seminario del 1989, ma la pubblicazione degli Atti sarebbe avvenuta tre anni più tardi ⁽⁵¹⁾, con l'intenzione di offrire un nuovo quadro tematico e mettere a disposizione un « toolbox » che contenesse gli strumenti teorici utilizzabili per studiare la connessione fra la storia e la politica, fra le istituzioni e la società ⁽⁵²⁾. Naturalmente, l'attenzione al momento istituzionale non era mancata nell'analisi dello Stato sociale, ma era stata sporadica e soprattutto insufficientemente tematizzata. La caratteristica del nuovo approccio era invece, come anticipato da Skocpol, l'intenzione di fare della componente istituzionale un elemento centrale dell'apparato metalinguistico impiegabile nella ricerca empirica.

La tesi caratterizzante del nuovo approccio è appunto che le istituzioni (intese come apparati strutturati e normativamente regolati) svolgono un ruolo autonomo e importante nella prospettazione e nella realizzazione delle *policies* e incidono sul comportamento collettivo. Ai teorici dell'*historical institutionalism* non interessa però tanto sviluppare una complessiva teoria delle istituzioni né quindi proporsi come un'alternativa alle due più note versioni dell'istituzionalismo (il *rational choice institutionalism* e il *sociological institutionalism*). Il punto essenziale non è decidere se gli individui tendano a seguire le regole in conseguenza di una « rational choice » volta alla massimizzazione del loro vantaggio oppure, in quanto esseri sociali, pensino e agiscano nei binari predeterminati dalle istituzioni: ciò che preme allo *historical institutionalism* è assumere come ipotesi-guida nell'analisi empirica l'incidenza delle regole sulla dinamica sociale (quali che siano le motivazioni che inducono gli attori al rispetto delle norme) ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, S. Steinmo, K. Thelen, F. Longstreth (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

⁽⁵²⁾ O. FIORETOS, T. G. FALLETI, A. SHEINGATE, *Historical Institutionalism in Political Science*, in *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, O. Fioretos, T. G. Falletti, A. Sheingate (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 5.

⁽⁵³⁾ S. STEINMO, *What is Historical Institutionalism?*, in *Approaches and Methodologies in the Social Sciences*, D. Della Porta, M. Keating (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 162 e ss. Cfr. anche E. M. IMMERGUT, *The theoretical core of the new institutionalism*, in « Politics and Society », 26 (1998), pp. 5-34; K. THELEN,

In questa prospettiva, dunque, lo Stato sociale non può essere presentato come una risposta semplice e diretta alle ‘domande’ provenienti dagli attori sociali, ma deve essere studiato come un insieme di politiche inseparabili dalle istituzioni entro le quali esse hanno preso forma. Deriva da questo assunto una conseguenza: prendere sul serio le istituzioni significa anche tener conto della loro forza d’inerzia, della loro tendenza alla continuità. L’analisi di un contesto deve mettere in conto il ruolo delle istituzioni non solo nell’influenzare una determinata scelta politica, ma anche nel reiterarla nel tempo, frenando le spinte al cambiamento. La formula impiegata per richiamare l’attenzione sul peso che il passato esercita sul presente è « path dependence »: una volta imboccata una strada, una volta che un assetto ha istituzionale ha adottato una determinata linea di condotta, le scelte successive tendono a procedere lungo il sentiero già tracciato.

La tendenza delle istituzioni alla propria autoconservazione può essere invocata per spiegare la preservazione di una linea di condotta, ma non può essere usata come un *passpartout* buono ad aprire qualsiasi porta. Il *toolbox* messo a disposizione dall’*historical institutionalism*, infatti, se agevola l’analisi di un contesto politico-sociale relativamente stabile, sembra sprovvisto di strumenti capaci di spiegarne il mutamento. Certo, niente impedisce di delineare una rappresentazione, per così dire, fortemente segmentata del processo storico: un processo dove fasi tendenzialmente statiche vengono interrotte da improvvise emergenze. Resta però l’onere di approntare una griglia concettuale efficace nella decifrazione dei momenti di accelerazione, dei « critical junctures » che introducono rilevanti discontinuità⁽⁵⁴⁾.

Historical Institutionalism in Comparative Politics, in « Annual Review of Political Science », 2 (1999), pp. 369-404; T. SKOCPOL, P. PIERSON, *Historical Institutionalism in Contemporary Political Science*, in *Political Science: State of the Discipline*, I. Katznelson, H. V. Milner (eds.), New York, Norton, 2002, pp. 693-721; P. PIERSON, *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*, Princeton, Princeton University Press, 2004; B. GUY PETERS, *Institutional Theory in Political Science. The New Institutionalism*, New York, Continuum, 2012³; R. SUDDABY, W. M. FOSTER, A. J. MILLS, *Historical Institutionalism, in Organizations in Time: History, Theory, Methods*, M. Burcheli, R. D. Wadhvani (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 100-124.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. B. G. PETERS, J. PIERRE, D. S. KING, *The Politics of Path Dependency: Political Conflict in Historical Institutionalism*, in « The Journal of Politics », 67 (2005),

Un tallone di Achille dell'*historical institutionalism* appare appunto la sottovalutazione degli attori sociali e della dinamica conflittuale della società e la sopravvalutazione delle strutture istituzionali e della loro stabilità, con la conseguente difficoltà di spiegare il cambiamento. Ed è stata proprio l'esigenza di mettere a fuoco il mutamento a suggerire un ulteriore allargamento del quadro tematico, richiamando l'attenzione sul ruolo delle 'idee'. Certo, che le 'idee' siano un coefficiente di rilievo della dinamica storico-sociale è o dovrebbe essere scontato. Il punto è però delineare un quadro teorico a sostegno di una ricerca empirica capace di indicare le precise interazioni fra le 'idee' e la 'prassi' e di colmare il divario fra i mondi cui sembrano appartenere, rispettivamente, le istituzioni e le dottrine, le politiche e i saperi ⁽⁵⁵⁾.

Nel tentativo di superare questo ricorrente dualismo si è parlato di un « ideational power », definendolo come « the capacity of actors (whether individual or collective) to influence other actors' normative and cognitive beliefs through the use of ideational elements » ⁽⁵⁶⁾. In questa prospettiva non sono mancati richiami a Gramsci e al suo concetto di 'egemonia' e a Foucault e alla tesi della reciproca inerenza di 'sapere' e 'potere' ⁽⁵⁷⁾.

Si profila l'aggiunta di un ulteriore scomparto alla 'cassetta degli attrezzi' impiegabile nella ricerca empirica; uno scomparto di

4, pp. 1275-1300; J. LYNCH, M. RHODES, *Historical Institutionalism and the Welfare State*, in *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, cit., p. 423 e ss.; G. CAPOCCIA, R. D. KELEMEN, *The Study of Critical Junctures. Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism*, in « World Politics », 59 (2007), pp. 341-69.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. D. BÉLAND, *Ideas and Social Policy: An Institutional Perspective*, in « Social Policy & Administration », 39 (2005), 1, p. 2. Cfr. anche ID., *The Idea of Power and the Role of Ideas*, in « Political Studies Review », 8 (2010), 2, pp. 145-154; *Ideas and Politics in Social Science Research*, D. Béland, R.H. COX (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010; M. BLYTH, O. HELGADOTTIR, W. KRING, *Ideas and Historical Institutionalism*, in *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, cit., pp. 142-62.

⁽⁵⁶⁾ M. B. CARSTENSEN, V. A. SCHMIDT, *Power through, over and in ideas: conceptualizing ideational power in discursive institutionalism*, in « Journal of European Public Policy », 23 (2015), 3, p. 329. Cfr. anche W. WIDMAIER, *The power of economic ideas — through, over and in — political time: the construction, conversion and crisis of the neoliberal order in the US and UK*, in « Journal of European Public Policy », 23 (2016), 3, pp. 338-356.

⁽⁵⁷⁾ CARSTENSEN, SCHMIDT, *Power through, over and in ideas*, cit., p. 331.

decisiva importanza, riconducibile al concetto di ‘discorso’. Anche nella tradizione socio-politologica il discorso compare come una componente essenziale della dinamica storico-sociale, al punto che Vivien Schmidt lo assume come il contrassegno di un nuovo tipo di ‘istituzionalismo’: un « discursive institutionalism », che ponga al centro le formazioni discorsive, le contestualizzi, ne consideri le valenze retoriche e comunicative e ne valuti l’efficacia nel promuovere o nell’ostacolare il mutamento storico-sociale ⁽⁵⁸⁾.

Dai conflitti sociali e politici alle istituzioni, ai discorsi, ai saperi: si è progressivamente dilatato lo spettro degli elementi la cui considerazione appare indispensabile per una tematizzazione adeguata dello Stato sociale. Sono gli studi socio-politologici, innanzitutto, grazie alla loro consolidata inclinazione a far interagire schemi teorici e analisi empiriche, a poter mettere a frutto una visione articolata della realtà sociale, una sua sofisticata scomposizione in una molteplicità di livelli o componenti. Niente però impedisce che anche la storiografia faccia tesoro di un siffatto strumentario concettuale per mettere più adeguatamente a fuoco l’oggetto di cui intende ricostruire la genesi e le trasformazioni.

6. *Lo Stato sociale come problema storiografico: alcuni punti critici.*

Grazie ai risultati conseguiti da una vasta letteratura storiografica e da una ancora più abbondante produzione socio-politologica possiamo a buon diritto ritenere di disporre ormai di una grande messe di informazioni sullo Stato sociale e sulla sua parabola storica. Certo, la complessità dell’oggetto (una complessità che deriva dalla molteplicità dei fenomeni riconducibili allo Stato sociale e dalla varietà e dalla disseminazione delle sue forme nello spazio e nel tempo) ha indotto a privilegiare l’analisi di contesti specifici e di temporalità (relativamente) brevi. Ciononostante, non è stato accantonato il tentativo di passare dal plurale al singolare, dagli Stati sociali allo Stato sociale, individuando qualche profilo unitario

⁽⁵⁸⁾ Cfr. V. A. SCHMIDT, *Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse*, in « Annual Review of Political Science » 11 (2008), pp. 303-26. Cfr. anche V. A. SCHMIDT, C. M. RADAELLI, *Policy Change and Discourse in Europe: Conceptual and Methodological Issues*, in « West European Politics », 27 (2004), 2, pp. 183-210.

soggiacente alla pluralità delle esperienze; e i risultati sono stati indubbiamente cospicui ⁽⁵⁹⁾. Ciò non impedisce tuttavia che su

(59) Fra le numerose ricostruzioni complessive (di diverso impianto e ampiezza) cfr. ALBER, *Dalla carità allo stato sociale*, cit.; FLORA, HEIDENHEIMER, *Lo sviluppo del welfare state*, cit.; G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996; J. KAZEPOV, D. CARBONE, *Che cos'è il welfare state*, Roma, Carocci, 2007; F. GIROTTI, *Welfare state. Storia, modelli e critica*, Roma, Carocci, 1998; KAUFMANN, *European Foundations*, cit.; ID., *Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany between Capitalism and Socialism*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013; D. GARLAND, *The Welfare State: A Fundamental Dimension of Modern Government*, in «European Journal of Sociology», 55 (2014), 3, pp. 327-364; ID., *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2016.

Peralto, anche quando l'attenzione è concentrata su temi specifici o su paesi determinati, non mancano collegamenti importanti con una visione complessiva dello Stato sociale. Si vedano esemplificativamente, per la Francia, P. ROSANVALLON, *Lo stato provvidenza. Tra liberalismo e socialismo*, Roma, Armando, 1984; J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984; F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986; A. BARBIERI, *Lo stato sociale in Francia*, Roma, Donzelli, 1999; per la Germania, *A Long Goodbye to Bismarck? The Politics of Welfare Reforms in Continental Europe*, B. Palier (ed.), Amsterdam, Amsterdam University Press, 2010; F.-X. KAUFMANN, *Thinking about Social Policy: The German Tradition*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013; M. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013; per la Gran Bretagna, J. R. HAY, *The development of the British Welfare State: 1880-1975*, London, Arnold, 1978; D. FRASER, *The Evolution of the British Welfare State: A History of Social Policy since the Industrial Revolution*, London, Macmillan, 1984; B. HARRIS, *The Origins of the British Welfare State. Social Welfare in England and Wales, 1800-1945*, London, Palgrave Macmillan, 2004; per gli Stati Uniti d'America, CH. NOBLE, *Welfare As We Knew It: A Political History of the American Welfare State*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997; W. I. TRATTNER, *From Poor Law to Welfare State: A History of Social Welfare in America*, New York, The Free Press, 2007⁶; per l'Italia, G. SILEI, *Lo Stato Sociale in Italia. Storia e Documenti*, voll. I-II, Manduria-Bari-Roma, Lacaíta, 2003-2004; F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello stato sociale*, Roma, Carocci, 2005; M. FERRERA, V. FARGION, M. JESSOULA, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e sviluppo di un modello sociale squilibrato*, Venezia, Marsilio, 2012; G. PROCACCI, *Warfare-welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*, Roma, Carocci, 2013; I. PAVAN, «Nelle trincee e sui campi». *Guerra, dopoguerra e stato sociale in Italia (1917-1921)*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, a cura di L. Cerasi, Palermo, Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016, pp. 156-190. Cfr. anche G. GOZZINI, *Lo Stato sociale in Italia: caratteri originali e motivi di una crisi* (interventi di G. Esping-Andersen, M. Ferrera, G. Gozzini, M. Salvati), in «Passato e Presente», 12 (1994), pp. 13-32. Dal punto di vista della storia delle dottrine cfr. *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo: 1. L'Ottocento*, a cura di C. De Boni, Firenze, Firenze University Press, 2007; *Lo stato sociale nel pensiero*

questo fronte siano tuttora individuabili punti critici e difficoltà irrisolte.

Un problema bisognoso di approfondimenti sembra essere la collocazione dello Stato sociale nell'orizzonte della modernità. È opinione comune assumere come una sua condizione di insorgenza l'affermarsi del mercato capitalistico e dell'industrialismo: sono le nuove povertà generate dalla rivoluzione industriale a porsi come la condizione di esistenza dello Stato sociale. Viene però altrettanto concordemente riconosciuto che la povertà è stata un problema spinoso anche per le società preindustriali, che hanno dovuto fronteggiarlo in qualche modo. Non mancano infatti, nelle ricognizioni complessive della storia dello Stato sociale, i riferimenti alle politiche di intervento nei confronti dei poveri nelle società premoderne⁽⁶⁰⁾: l'esempio più celebre, e più studiato, è il varo delle *poor laws* in Inghilterra fra XVII e XIX secolo. Non appena però si voglia scavare più a fondo, non è chiaro il rapporto che debba essere instaurato fra il 'prima' e il 'dopo', fra la preistoria e la storia dello Stato sociale, fra i 'precedenti' e il pieno fiorire del fenomeno. Ed è sempre in agguato la trappola di una rappresentazione lineare e tendenzialmente 'provvidenzialistica' dello sviluppo storico: la descrizione di una linea che procede da un minimo di assistenza a un massimo di solidarietà e di egualitarismo. È un rischio da cui non va esente la celebre visione marshalliana della cittadinanza, con il diagramma di una progressiva estensione dei diritti culminante nel welfarismo universalista del secondo dopoguerra⁽⁶¹⁾. A rigore, nemmeno la tipologia degli Stati sociali delineata da Esping-Andersen facendo leva sulla maggiore o minore *de-commodification* da essi garantita sembra del tutto immune da un'implicita visione 'ascendente' della modernità, culminante nella versione scandinava dello Stato sociale.

politico contemporaneo, Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale, a cura di Id., Firenze, Firenze University Press, 2009; *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo: il Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*, a cura di Id., Firenze, Firenze University Press, 2009.

⁽⁶⁰⁾ Ad esempio in *The Welfare State. Past, Present*, H. Jensen (ed.), Pisa, Future, Edizioni Plus, 2002, troviamo due saggi dedicati, rispettivamente, al mondo antico e alla città medievale.

⁽⁶¹⁾ MARSHALL, *Citizenship*, cit.

È difficile situare lo Stato sociale entro una 'storia lunga' indicando con precisione il regime delle continuità e delle discontinuità. Altrettanto delicata è la sua collocazione nell'orizzonte di una modernità segnata da profonde diversificazioni e da flagranti lacerazioni. Un sintomo di questa difficoltà è la tendenza (particolarmente evidente nella letteratura socio-politologica) a esaurire l'analisi dello Stato sociale nello spazio 'virtuoso' dei regimi liberali e democratici, trascurando o saltando a piè pari il problema delle politiche sociali adottate dai regimi 'autoritari' o 'totalitari' degli anni Venti e Trenta. Influisce probabilmente su questa scelta l'attenzione al presente (e al futuro) dello Stato sociale, caratteristica delle discipline socio-politologiche. Resta comunque aperto un problema storiograficamente importante: il problema di capire se e come quel complesso di istituzioni, norme, politiche, valori, aspettative cui diamo il nome di Stato sociale resti se stesso, nel passaggio fra regimi e culture politiche radicalmente diversi, o perda i suoi tratti caratterizzanti.

La collocazione dello Stato sociale nel lungo e tormentato itinerario della modernità non è facile e immediata; e ad aumentare le difficoltà interviene un'ulteriore circostanza: l'insufficiente o addirittura assente problematizzazione dell'espressione 'Stato'. A me sembra che una domanda metodologicamente importante sia la seguente: quale significato attribuiamo all'espressione 'Stato' nel momento in cui ci accingiamo a narrare la storia dello Stato sociale?

Questa domanda può apparire capziosa solo se poniamo limiti stringenti alla storia dello Stato sociale: se la concepiamo come una storia nettamente 'specialistica', se identifichiamo la questione dello Stato sociale con « la storia della previdenza sociale in senso largo » (e con la lotta alla povertà e con il « governo delle relazioni industriali ») e non pensiamo invece che « essa si colloca appieno in quella 'questione dello Stato moderno' che è tutt'ora aperta » (62).

Se la storia dello Stato sociale coincide con la storia della previdenza sociale (per stare all'esempio citato da Pombeni) una più stringente problematizzazione del termine 'Stato' non sembra indispensabile. I risultati di una ricerca pluridecennale conducono però

(62) P. POMBENI, *Prefazione*, in RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., pp. X-XI.

a una visione più complessa dello Stato sociale. Tanto la storiografia quanto la letteratura socio-politologica hanno fatto a gara nel mostrare i numerosi 'livelli di realtà' coinvolti nel fenomeno dello Stato sociale: gli apparati e i sistemi normativi, le élites politiche, i gruppi professionali, i partiti e i movimenti politici, il discorso (i discorsi) in tutte le loro multiformi manifestazioni (dai saperi specialistici alla pubblicistica politica), per non parlare delle Chiese, delle associazioni private, delle famiglie. Lo Stato sociale come oggetto complessivo appare come un punto di intersecazione di queste linee: non si identifica con nessuna di esse, ma trae esistenza dal loro intreccio. La storia dello Stato sociale non è data per intero dalla storia dell'amministrazione pubblica e dalla storia della legislazione sociale, non coincide con la ricostruzione del solidarismo otto-novecentesco in tutte le sue forme né con i progetti dell'uno o dell'altro partito, non si risolve nella storia delle élites e delle loro politiche, ma sembra poter guardare a questi 'livelli di realtà' da un punto di vista più ampio.

Certo, una conoscenza approfondita di ciascuno di essi è non solo legittima, ma anche indispensabile. Se però scegliamo di guardare allo Stato sociale come a un oggetto complesso, a una realtà 'multilivello', se vogliamo descrivere non una faccia del prisma, ma l'intera figura geometrica, e se vogliamo proiettare questa figura nel tempo lungo e nello spazio tormentato della modernità, sembra conveniente interrogarsi sulla portata euristica del concetto di 'Stato' e chiedersi se esso possa presentarsi come il centro di gravitazione di quella multidimensionale esperienza cui ci riferiamo facendo uso dell'espressione 'Stato sociale'. Certo, lo *historical institutionalism* ha richiamato l'attenzione sullo Stato: « bringing the State back » è la sua 'parola d'ordine'. Il punto è però che lo Stato reintrodotta nel dibattito è il buon vecchio Stato della tradizione storicistica (à la Hintze, per intenderci) oppure la sua risoluzione 'realistica' (à la Duguit) nell'insieme dei funzionari pubblici (e del personale politico). Sembra invece ancora trascurata una più stringente problematizzazione del senso dell'espressione 'Stato' nei molteplici saperi otto-novecenteschi e un'indagine sulle modalità del suo impiego nell'analisi storico-teorica.

Proprio questi problemi, che non sembrano aver impegnato a fondo la letteratura storiografica e socio-politologica, costituiscono

invece un passaggio rilevante della riflessione di un filosofo, Michel Foucault, che invita a lasciarsi alle spalle « le modèle juridique de la souveraineté » come inadatto a intendere « la multiplicité des rapports de pouvoir » (63). Si sviluppa a partire da questo assunto un programma di ricerca che, dal 1976 alla morte, nel 1984, trova espressione in una serie di corsi al *Collège de France*, dove la messa a punto di nuovi e originali strumenti concettuali si traduce anche in un tentativo di offrire una ricostruzione ‘di lunga durata’ della storia occidentale (64). Curiosamente, tanto nella storiografia quanto nella letteratura socio-politologica dedicata allo Stato sociale è assai rara la scelta di confrontarsi con Foucault e di interrogarsi sulle sue proposte teoriche e critiche (65). La mia impressione è invece che il quadro analitico e ricostruttivo delineato dal filosofo francese debba essere seriamente considerato e discusso da chi voglia mettere a fuoco lo Stato sociale come un tornante decisivo della modernità.

7. *Foucault: governamentalità e biopolitica.*

Porre al centro dell’analisi non la sovranità giuridica, ma la rete dei rapporti di potere e di assoggettamento: è il programma fou-

(63) M. FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France (1975-1976)* (Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Bertani et A. Fontana), Paris, Gallimard-Seuil, 1997, p. 27.

(64) Sul carattere dei *Corsi* foucaultiani e sui problemi interpretativi da essi sollevati cfr. CH. DEL VENTO, J.-L. FURNEL, *L'édition des cours et le "pistes" de Michel Foucault. Entretiens avec Mauro Bertani, Alessandro Fontana et Michel Senellart*, in « *Laboratoire italien* », 7 (2007), pp. 173-98.

(65) Non mancano però eccezioni. Fra gli storici dello Stato sociale che hanno ‘dialogato’ con Foucault cfr. L. PAGGI, *Il “popolo dei morti”. La repubblica italiana nata dalla guerra (1940-1946)*, Bologna, il Mulino, 2009; GARLAND, *The Welfare State*, cit.; Id., *The Welfare State. A Very Short Introduction*, cit. Un’analisi storico-sociologica del problema della povertà in una prospettiva foucaultiana è svolta ad esempio da A. SERRANO GONZÁLEZ, *Come lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992 e da E. SANTORO, *La povertà nell’era della globalizzazione. Una genealogia dell’arte di ignorare i poveri*, in « *Quaderni fiorentini* », 42 (2013), pp. 59-99. Negli studi socio-politologici i riferimenti a Foucault si fanno più frequenti quando l’attenzione si concentra sul rapporto fra ‘potere’ e ‘discorso’. Cfr. ad es. CARSTENSEN, SCHMIDT, *Power through, over and in ideas*, cit.

cautiano di una « microfisica del potere » (66), in alternativa alle dottrine ‘macro’ del potere — la teoria giuridica della sovranità e la teoria marxista della classe dominante — che presentano il potere come un oggetto, un privilegio, posseduto da un soggetto o da un insieme di soggetti. Per Foucault il potere non si detiene ma si esercita, non è qualcosa che si trova localizzato in un punto preciso della geografia sociale, ma è un fluido circolante nei più diversi e minimi rapporti intersoggettivi.

Il potere non è « le Pouvoir », un insieme di istituzioni e apparati capaci di garantire l’assoggettamento degli individui allo Stato. Il potere con la maiuscola, lo Stato e la sua sovranità, non possono essere assunti come il punto d’avvio dell’indagine, ma devono semmai essere introdotti come un suo possibile esito. Il potere non è un monolite, ma è una pluralità di rapporti di forza. Non esiste « une opposition binaire et globale entre les dominateurs et les dominés » proprio perché « le pouvoir s’exerce à partir de points innombrables, et dans le jeu de relations inégalitaires et mobiles » (67).

È alla microfisica delle relazioni di potere che sono dedicate le famose analisi di *Surveiller et punir* (68): le solenni interdizioni della sovranità e la dualistica contrapposizione fra dominanti e dominati retrocedono perché possano venire alla luce i sottili e pervasivi interventi di disciplinamento e assoggettamento. Potere, assoggettamento, disciplina: i tre concetti si sostengono a vicenda e aprono un fronte e un metodo d’indagine fortemente innovativi, il cui fascino ha indotto non pochi lettori a un’indebita e riduttiva identificazione del pensiero foucaultiano con la teoria del potere fluido e dell’assoggettamento ‘disciplinare’ degli individui.

In realtà, lo strumentario analitico di Foucault si sarebbe ulteriormente arricchito e raffinato, con il prosieguo del suo lavoro

(66) Cfr. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, a cura di A. Fontana e P. Pasquino, Torino, Einaudi, 1977.

(67) M. FOUCAULT, *La volontà di sapere (Histoire de la sexualité I)*, Paris, Gallimard, 1976, p. 121 e ss. Sulla critica foucaultiana del ‘modello hobbesiano’ cfr. E. DE CRISTOFARO, *Sovranità in frammenti. La semantica del potere in Michel Foucault e Niklas Luhmann*, Verona, Ombre Corte, 2007, pp. 39-75.

(68) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 34.

teorico. La *pars destruens* della sua microfisica del potere sarebbe rimasta inalterata, sancendo il distacco, per un verso, dalla tradizione giuridica e, per un altro verso, dalla *vulgata* marxista, in un periodo (i primi anni settanta del Novecento) nel quale venivano allo scoperto tanto l'inadeguatezza del formalismo giuridico quanto le carenze della teoria marxista della politica. Al contempo, tuttavia, Foucault non sembra essere rimasto insensibile alla critica che da parte marxista veniva rivolta alla sua microfisica del potere, cui veniva imputata l'incapacità di realizzare un'analisi complessiva della realtà sociale ⁽⁶⁹⁾. Una direttrice della riflessione di Foucault sarebbe stata contrassegnata infatti dal tentativo non già di cancellare o mettere in questione la sua ormai consolidata immagine del potere e della disciplina, ma di arricchire il suo strumentario rendendo possibile, al contempo, il passaggio da una 'microfisica' a una 'macrofisica' del potere e una reinterpretazione complessiva della storia socio-politica dell'Occidente.

Al centro di questo ampliato quadro analitico si trova un'espressione che Foucault, pur ritenendola un « vilain mot », adotta come un utile neologismo: « gouvernementalité » ⁽⁷⁰⁾. Questa

⁽⁶⁹⁾ Cfr. C. GORDON, *Governmental Rationality: An Introduction*, in *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 1991, p. 4.

⁽⁷⁰⁾ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France (1977-1978)* (Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Senellart), Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 119 (si vedano anche le puntuali considerazioni di M. SENELLART, *Situation des cours*, ivi, pp. 379-411). L'espressione era stata usata, con un significato diverso e più generico, da Roland Barthes, « to denote an ideological mechanism that presents the government as the origin of social relations » (T. LEMKE, *An indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory*, in « Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory », 8 (2007), 2, p. 44). Fra le prime analisi dedicate al tema della governamentalità cfr. *The Foucault Effect*, cit. Offre una completa ricognizione della prospettiva foucaultiana M. DEAN, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, London, Sage, 2010². Fra i contributi più recenti cfr. W. WALTERS, J. H. HAAHR, *Governmentality and Political Studies*, in « European political science », 4 (2005), pp. 288-300; N. ROSE, P. O'MALLEY, M. VALVERDE, *Governmentality*, in « Annual Review of Law and Social Science », 2 (2006), pp. 83-104; M. BEVIR, *Rethinking governmentality: Towards genealogies of governance*, in « European Journal of Social Theory », 13 (2010), 4, pp. 423-441; *Governmentality. Current Issues and Future Challenges*, U. Bröckling, S. Krasmann, T. Lemke (eds.), New York-London, Routledge, 2011; W. WALTERS, *Governmentality. Critical encounters*, London-New York, Routledge

espressione fa la sua comparsa nel corso del 1977-78, intitolato ai temi del governo, della sicurezza, della popolazione. È nel vivo progredire delle lezioni che agli occhi del docente si delinea con chiarezza il vero tema unificante del corso: « si j'avais voulu donner au cours que j'ai entrepris cette année un titre plus exact, ce n'est certainement pas 'sécurité, territoire, population' que j'aurais choisi. Ce que je voudrais faire maintenant, si vraiment je voulais le faire, ce serait quelque chose que j'appellerais une histoire de la 'gouvernementalité' » (71).

Di questo concetto Foucault offre, più che una definizione, un'illustrazione difficilmente separabile dalla sua rilettura della storia occidentale, dal mondo antico fino all'età moderna e contemporanea. Serve tener ferma una distinzione: sovranità e governamentalità non sono aree semanticamente e storicamente coincidenti. Elemento caratterizzante della seconda è un'attività di 'prendersi cura': di se stesso, della famiglia, degli altri. Governare è indirizzare, è seguire e far seguire una strada; è provvedere ai bisogni fisici e spirituali: governare è farsi carico delle azioni e delle esigenze dei governati (72).

Per Foucault, l'idea di 'governare' gli esseri umani trae origine non tanto dalla cultura greca e romana, quanto dalla cultura ebraica e poi cristiana. Appartengono a quest'ultima la metafora del pastore che cura il suo gregge, l'immagine del reggitore che governa gli esseri umani rispondendo alle loro esigenze vitali. Nella *societas christiana* medievale l'attività pastorale è il contrassegno caratteristico di una Chiesa che osserva la vita quotidiana dei fedeli, se ne fa carico, la controlla e la indirizza: è il « *pastorat* » che, secondo Foucault, « constitue le prélude de ce que j'ai appelé la gouvernamenta-

2012; T. LEMKE, *Foucault, Politics, and Failure. A Critical Review of Studies of Governmentality*, in *Foucault, Biopolitics, and Governmentality*, J. Nilsson, S.O. Wallenstein (eds.), Stockholm, Södertörn Philosophical Studies, 2013, pp. 35-52; S.O. WALLENSTEIN, *Introduction: Foucault, Biopolitics, and Governmentality*, in *Foucault, Biopolitics, and Governmentality*, cit., pp. 7-34; T. LEMKE, *Foucault, Governmentality, and critique*, New York-London, Routledge, 2016; *Studies of Discourse and Governmentality. New perspectives and methods*, P. McIlvenny, J. Zhukova Klausen, L. Bang Lindegaard (eds.), Amsterdam-Philadelphia, John Benjamins, 2016.

(71) FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, cit., p. 111.

(72) Ivi, pp. 124-26.

lité » (73). Entro un Occidente medievale improntato al ‘dualismo dei poteri’ non era però il potere secolare a potersi strutturare secondo quel modello. Occorreva attendere il XVI secolo perché una ragione tendenzialmente secolarizzata potesse interrogarsi sui fini e sulle tecniche del governo degli uomini. Stava tramontando l’immagine medievale di un sovrano che con il solo rispetto del diritto divino e naturale garantiva il conseguimento del *bonum commune*. Serviva un nuovo tipo di conoscenza, un’arte pratica che mostrasse come gestire al meglio una *respublica*. Per Foucault, sono i teorici della ragion di Stato che inaugurano una riflessione che si lascia alle spalle le preoccupazioni normative della teologia e della giurisprudenza per studiare i mezzi idonei a incrementare la forza e la prosperità del regno (74).

Il passaggio successivo, fra il XVI e il XVIII secolo, è la nascita di un sapere dedicato alla « police », alla gestione, all’amministrazione di una comunità politica, alla formazione di una conoscenza specialistica (di una *Polizeiwissenschaft*, rigogliosa nei paesi di lingua tedesca, ma presente in varia misura anche altrove) che prende in considerazione i più vari aspetti delle attività umane per ‘governarle’, per indirizzarle all’incremento della felicità pubblica e della potenza dello Stato. Siamo lontani dall’attività pastorale della Chiesa medievale: il « *pastorat* » non diviene un momento del potere secolare « par un processus de simple report, transfert, translation » e tuttavia resta qualcosa di esso nell’attività di una *police* che si fa carico, capillarmente, delle attività e dei bisogni vitali dei soggetti.

Dalle pratiche commerciali alle manifatture, alle attività assistenziali, al controllo del vagabondaggio, alla regolamentazione degli spazi urbani: sono queste le aree di cui il potere pubblico prende a occuparsi, nel quadro di una dottrina mercantilistica convinta dell’interconnessione fra popolazione, produzione e potenza dello Stato. È la popolazione la realtà primaria di cui l’attività governamentale comincia a ‘prendersi cura’. Interviene a questo punto dell’analisi un tema — ‘popolazione’ — cui Foucault ha già dedi-

(73) Ivi, p. 187.

(74) Ivi, pp. 277-78. Cfr. M. SENELLART, *Michel Foucault: governamentalità e ragion di Stato*, in « Archivio della Ragion di Stato », 2 (1994), pp. 37-73; Id., *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.

cato, nel corso precedente ⁽⁷⁵⁾, una riflessione fortemente innovativa, incentrata su una parola-chiave: 'biopolitica'.

'Biopolitica' non è un neologismo. Nasce fra Otto e Novecento, in aree culturali impressionate dal darwinismo e dall'organicismo biologistico, prima nella nascente geopolitica e poi nella pubblicistica nazionalsocialistica, in una prospettiva che, in diretta opposizione alla 'metafisica' della libertà e della soggettività, intende scoprire le radici e i condizionamenti 'biologici' della politica; e ancora nel secondo dopoguerra, pur senza alcuna continuità con le dottrine razziali del Terzo Reich, non mancano sociologi che continuano a lavorare sull'ipotesi di un nesso 'genetico' fra biologia e politica. Negli anni settanta del Novecento torna a presentarsi, in tutt'altra forma, nel quadro delle nuove preoccupazioni ambientalistiche, l'idea che la politica incida direttamente sulla sfera vitale; e prende a profilarsi infine un terzo profilo, relativo alle regole e ai limiti autoritativamente imponibili agli interventi sulla vita resi possibili dalla tecnologia ⁽⁷⁶⁾.

Foucault non ha molto da spartire con questi impieghi del termine 'biopolitica': non presuppone una 'natura' che fonda e determina l'agire politico, ma nemmeno identifica la 'biopolitica' con le regole imposte dai poteri pubblici ai processi vitali dei soggetti. Il suo obiettivo è sorprendere *in statu nascenti* un fenomeno che egli vede emergere nel Sei-Settecento: un diverso modo di intendere e 'trattare' la popolazione e quindi la formazione di una nuova e diversa tecnologia potestativa.

Nascono atteggiamenti e strategie che non possono essere ricondotti alla disciplina come tecnica di assoggettamento dei corpi. I saperi e le pratiche disciplinari 'mettevano al loro posto' i corpi e li plasmavano rendendone possibile un impiego socialmente utile. Tutto ciò resta importante, per Foucault, ma non sufficiente. Emerge, oltre la disciplina, pur senza metterla in questione, una

⁽⁷⁵⁾ FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », cit.

⁽⁷⁶⁾ T. LEMKE, *From State Biology to the Government of Life: Historical Dimensions and Contemporary Perspectives of "Biopolitics"*, in « *Journal of Classical Sociology* », 10 (2010), 4, pp. 421-38. Cfr. anche Id., *The Birth of Bio-Politics: Michel Foucault's Lecture at the Collège de France on Neo-Liberal Governmentality*, in « *Economy and Society* », 30 (2001), 2, pp. 190-207.

tecnica che non può non essere diversa dal momento che è diverso l'ordine di grandezza delle realtà cui si riferisce: essa si indirizza non al corpo, ma alla vita dell'essere umano, « non pas à l'homme-corps, mais à l'homme vivant, à l'homme être vivant », e vede in una molteplicità di soggetti « une masse globale, affectée de processus d'ensemble qui sont propres à la vie, et qui sont des processus comme la naissance, la mort, la production, la maladie, etc. ». Se la disciplina può essere presentata come una sorta di « anatomo-politique du corps humain », l'attenzione alla popolazione-massa e ai suoi processi vitali può essere chiamata « une 'biopolitique' de l'espèce humaine » (77).

A dominare la scena non sono più corpi individuali da disciplinare, ma fenomeni collettivi da regolare: occorre diminuire l'indice di morbilità, aumentare la durata della vita, stimolare la natalità, occorre, in una parola, concentrare l'attenzione su una realtà che è un corpo multiplo, un corpo dalle numerosissime teste, e prende il nome di 'popolazione'. È di essa che si fa carico il potere e in questo senso è possibile affermare che il potere « a pris la vie en charge, c'est dire qu'il est arrivé à couvrir toute la surface qui s'étend de l'organique au biologique, du corps à la population » (78).

Farsi carico della vita, regolare il « corpo multiplo », la popolazione, significa governarla; ed è appunto il concetto della governamentalità che, posta al centro del Corso tenuto nell'anno successivo (1977-78), chiude il cerchio aperto dall'introduzione della dimensione biopolitica. Biopolitica e governamentalità si sostengono a vicenda e insieme costituiscono per Foucault il contrassegno di un potere pubblico non riconducibile alle 'classiche' immagini della sovranità e della giustizia.

Non sfuggirà che Foucault non sta comunicandoci informazioni nuove rispetto a quanto già sapevamo e sappiamo grazie agli apporti di numerose storiografie 'speciali': dalla storia dell'amministrazione alla storia dell'economia, alla storia delle dottrine economiche. Sappiamo, indipendentemente da Foucault, quali siano stati gli obiettivi della politica economica mercantilistica e come la monarchia francese o prussiana si sia progressivamente strutturata

(77) FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », cit., p. 155.

(78) Ivi, p. 162.

come una 'monarchia amministrativa' tentando di realizzare ciò che Foucault chiama il « *rêve disciplinaire qui se trouve à l'arrière-fond de la police* » (79). Foucault sta utilizzando con rara intelligenza i risultati acquisiti dalla storiografia intorno alla dottrina della 'ragion di Stato', all'amministrazione pubblica, al 'cameralismo' tedesco e alla '*police*' francese allo scopo di mettere a punto, al contempo, un originale strumentario concettuale e una reinterpretazione complessiva della modernità.

È un sottile gioco di continuità e di discontinuità che viene a profilarsi attraverso il filtro della governamentalità. Le pagine sull'attività pastorale della Chiesa medievale sono servite a indicare la radice remota di un 'prendersi cura' che si sarebbe poi dispiegato nella cornice di un'incipiente modernità. Entro questa cornice, gli scritti sulla ragion di Stato costituiscono per Foucault il punto di inizio di saperi governamentali, che trovano la loro più matura esplicazione nel momento in cui viene teorizzata e praticata un'attività di 'polizia' che assume come proprio destinatario la 'popolazione'.

È dunque una lunga storia che Foucault riesce a narrare riconducendo fenomeni noti (il mercantilismo, la monarchia amministrativa, la cameralistica) a categorie inedite ('biopolitica', 'governamentalità'), in modo da offrire una nuova lente, un nuovo criterio di intelligibilità, per un processo che dal mondo antico e medievale perviene al tardo Settecento. Certo, fenomeni come la monarchia amministrativa e la cameralistica sono state per Foucault un terreno propizio al collaudo delle nuove categorie. Un compito più impegnativo è metterle alla prova nell'analisi dei drastici mutamenti che intervengono fra Sette e Ottocento, riassumibili nella parola d'ordine del *laissez-faire* e nell'immagine di un *Rechtsstaat* (kantiano, humboldtiano) frontalmente avverso all'interventismo e all'eudemonismo della tradizione wolffiana.

Emergono due decisivi elementi di discontinuità rispetto alla cultura della prima modernità. Il primo — su cui principalmente fa leva Foucault — è il ribaltamento della convinzione, fino a quel momento dominante, che fosse possibile e opportuno indirizzare

(79) FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, cit., p. 348.

dall'alto l'attività dei soggetti: è questo « *rêve disciplinaire* » — come lo chiama Foucault — che ora viene ribaltato. La produzione e lo scambio si presentano come fenomeni che non chiedono, per funzionare al meglio, continui interventi dall'esterno, ma trovano al loro interno le motivazioni e la misura del loro svolgimento. L'attività economica (la soddisfazione dei bisogni vitali della popolazione) viene ora pensata come un processo che ha la stessa spontaneità dei fenomeni naturali: « *avec la pensée des économistes, va réapparaître la naturalité* »; una naturalità opposta all'artificialità della politica; la naturalità di qualcosa che « *n'avait pas encore eu d'existence jusque-là et qui est, sinon nommé, du moins qui commence à être pensé et analysé pour tel, c'est la naturalité de la société* »⁽⁸⁰⁾.

Guardando all'economia come a un'attività spontanea e originaria, indipendente dal decisionismo della politica, comincia a delinearsi ciò che potremmo chiamare una nuova « topica sociale » (che aveva trovato una prima, metaforica anticipazione in alcune declinazioni del giusnaturalismo settecentesco⁽⁸¹⁾): nasce una nuova rappresentazione dei 'luoghi' nei quali si articola il mondo umano; una rappresentazione strutturata intorno a un'essenziale dualità: da un lato, il luogo 'artificiale' della politica, dell'amministrazione, della sovranità e, dal lato opposto, il luogo 'naturale' della attività economico-produttiva della popolazione. La rappresentazione della realtà socio-politica comincia a presupporre (quasi come proprio 'schema trascendentale') la dualità (la distinzione-connessione) fra lo Stato e la società; e la società trova nei fenomeni della produzione, dello scambio, della proprietà il suo elemento strutturante.

È in questo orizzonte che anche Foucault colloca il 'liberalismo'. Di nuovo, l'assunzione dell'economia come struttura 'naturale' di una società che comincia ad essere rappresentata come 'luogo' autonomo e distinto dalla sfera politica non è una tesi inedita. Muovendo da essa, potremmo anzi attenderci da Foucault la sostanziale conferma di un'immagine consolidata del nascente liberalismo ottocentesco: l'immagine di una dottrina che fa leva sulla libertà e sulla proprietà dell'individuo per bloccare le pretese dirigistiche del

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 357.

⁽⁸¹⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.

sovrano. L'analisi di Foucault è però più sottile e complessa. La civiltà liberale non introduce, a suo avviso, una discontinuità assoluta, una frattura che impedisca alle pratiche governamentali di superare i confini dell'*ancien régime*. Al contrario, l'arte di governare, che aveva fatto la sua prima comparsa con i teorici della ragion di Stato, continua a svilupparsi e al contempo a trasformarsi. Certo, Foucault prende sul serio l'istanza liberale a porre limiti all'interventismo dei poteri pubblici. Anzi, questo aspetto assume ai suoi occhi un'importanza tale da indurlo a parlare di 'liberalismo' non appena venga fatta valere l'esigenza di contrastare l'invadenza degli apparati statali (82). Reclamare spazi di autonomia, però, lungi dal decretare la fine della logica governamentale, diviene una componente del suo nuovo modo di procedere. L'arte di governare include ora la regola della propria autolimitazione: « c'est une sorte de redoublement [...], de raffinement interne de la raison d'État, c'est un principe pour son maintien, pour son développement plus complet, pour son perfectionnement » (83).

Il centro da cui si irradia la nuova arte di governare non è un insieme di teorie, ma è il mercato: è il mercato il principio regolatore di pratiche che si svolgono a partire da un principio di verità ad esse immanente; è il mercato che si mostra capace di « véridiction », latore di una verità che permette di distinguere fra le 'buone' e le 'cattive' attività di governo (84).

Creare spazi di libertà reclamati da un mercato assunto come una realtà 'naturale' e incompressibile: questo obiettivo è essenziale per la governamentalità liberale, ma non la esaurisce; anzi, è proprio

(82) « This means that the key targets of liberalism can change according to the circumstances in which it is located: at the end of the eighteenth century, it was notions of 'reason of state' and police; at the end of the nineteenth century, it was earlier forms of liberalism; after the Second World War in Europe, it was forms of national and state socialist totalitarianism » (DEAN, *Governmentality*, cit., p. 63).

(83) M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 30.

(84) « Le marché, dans la mesure où, à travers l'échange, il permet de lier la production, le besoin, l'offre, la demande, la valeur, le prix, etc., constitue en ce sens un lieu de véridiction, je veux dire un lieu de vérification-falsification pour la pratique gouvernementale. [...]. C'est le marché qui va faire que le gouvernement, maintenant, pour pouvoir être un bon gouvernement, devra fonctionner à la vérité » (ivi, pp. 33-34).

il perseguimento di esso che impone una più complessa orchestrazione dell'attività governante. La libertà non è infatti un dato preesistente all'azione del governare né coincide con una mera assenza di intrusioni. La libertà, nella governamentalità liberale, esiste in quanto costruita: « la liberté, c'est quelque chose qui se fabrique à chaque instant » (85). Occorre un preciso impegno organizzativo per realizzarla. La governamentalità liberale non coincide con un sistema di freni e vincoli posto all'invadenza dei poteri pubblici, non obbedisce soltanto a un imperativo 'negativo', all'onere di 'non' regolamentare, ma risponde anche all'esigenza, apparentemente contraria, ma in realtà complementare, di intervenire attivamente, di disciplinare l'interazione sociale in una direzione congruente con i criteri di verità stabiliti dal mercato.

La governamentalità liberale si trova quindi costretta a fare i conti con strategie opposte e tuttavia irrinunciabili: per creare spazi di libertà ha bisogno di supporti istituzionali, ma con ciò va incontro al rischio di una 'illiberale' moltiplicazione di norme vincolanti. « Il faut d'une main produire la liberté, mais ce geste même implique que, de l'autre, on établisse des limitations, des contrôles, des coercitions ». Si crea quindi « un rapport problématique, toujours différent, toujours mobile entre la production de la liberté et cela même qui, en la produisant, risque de la limiter et de la détruire » (86). Allo stesso modo, se, per un verso, con il liberalismo vengono posti argini all'ingerenza dei poteri, per un altro verso, in numerose aree (dalla prigione alla fabbrica, alla scuola) continuano o si intensificano quelle « procédures de contrôle, de contrainte, de coercition », quelle « grandes techniques disciplinaires » « qui vont constituer comme la contrepartie et le contrepoids des libertés » (87).

Il difficile intreccio fra libertà e vincoli non è peraltro l'unico dilemma che la governamentalità liberale deve risolvere. Essa infatti, se, per un verso, si propone di garantire il libero dispiegarsi dei contrastanti interessi individuali, per un altro verso non può trascurare la necessità individuare un punto di equilibrio, non solo fra molteplici interessi individuali, ma anche e soprattutto fra questi e

(85) FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 66.

(86) Ivi, p. 65.

(87) Ivi, p. 68.

l'interesse collettivo. Questo punto di equilibrio sembra riassunto, per Foucault, nell'espressione 'sicurezza'. Non basta la libertà, perché senza una qualche armonizzazione fra i contrastanti interessi diviene impossibile la permanenza stessa del vincolo sociale. Occorre « *veiller à ce que la mécanique des intérêts ne provoque pas de danger soit pour les individus soit pour la collectivité* ». Appaiono essenziali, per la governamentalità liberale, non solo la garanzia della libertà, ma anche l'esatta (in realtà sempre mobile e incerta) determinazione di una qualche convergenza fra gli interessi individuali e l'interesse collettivo; appare essenziale, insomma, la realizzazione di una qualche integrazione fra libertà e sicurezza.

Due obiettivi dunque — libertà e sicurezza — appaiono tanto coessenziali quanto problematici per la governamentalità liberale: che si trova costretta, per un verso, a valorizzare il gioco spontaneo, 'naturale', dei confliggenti interessi individuali, ma, per un altro verso, deve continuamente preoccuparsi che da esso non scaturisca un pericolo « *pour l'intérêt de tous* »: « *liberté et sécurité, c'est cela qui va animer de l'intérieur, en quelque sorte, les problèmes de ce que j'appellerai l'économie de pouvoir propre au libéralisme* »⁽⁸⁸⁾.

Offrire libertà, ma anche sicurezza; garantire la libera competizione, ma assicurare la tenuta complessiva dell'ordine sociale: non è solo la libertà l'elemento ispiratore dell'arte di governare caratteristica del liberalismo; ne fanno parte integrante e irrinunciabile le strategie securitarie, gli interventi capaci di offrire ai soggetti quella sicurezza indispensabile allo stesso dispiegarsi della libertà. Occorre in altri termini non soltanto lasciare liberi i soggetti di giocare la loro partita, non soltanto determinare le regole del suo svolgimento e controllarne l'applicazione, ma anche proteggere i giocatori dai danni direttamente o indirettamente derivanti dalla partita stessa.

Governare significa (anche) proteggere. La protezione del sovrano in cambio dell'obbedienza da parte del suddito era una caratteristica dell'*ancien régime*, ma il tramonto della vecchia Europa non ne avrebbe decretato un'immediata e meccanica cessazione. Al contrario, proprio il rapporto di complementarità fra libertà e sicurezza instaurato dalla governamentalità liberale impone di tenere

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 67.

aperta la strada della ‘protezione’ e al contempo costringe a variarne e a dilatarne il senso.

Emerge in questo contesto il tema del ‘pericolo’, del ‘rischio’: Foucault ne sottolinea la centralità e la diffusione nella cultura ottocentesca. Gli individui sono indotti a « éprouver leur situation, leur vie, leur présent, leur avenir comme étant porteurs de danger ». È una « culture politique du danger » che si va diffondendo nel XIX secolo e trova espressione nelle più diverse manifestazioni (dalla drammatizzazione della minaccia criminale alle campagne per l’igiene pubblica e per la profilassi medica, ai timori della ‘degenerazione’, al controllo della sessualità) ⁽⁸⁹⁾. Se dunque grande è il pericolo e diversissime le situazioni di rischio che ogni individuo è chiamato a fronteggiare, un’arte di governo chiamata a combinare la libertà con la sicurezza in modo da armonizzare gli interessi individuali con l’interesse collettivo non può non moltiplicare e diversificare le proprie modalità di intervento. E torna di conseguenza a presentarsi come caratteristica della governamentalità liberale una tensione insuperabile fra i suoi due elementi costitutivi (la libertà e la sicurezza): « si [...] le libéralisme c’est un art de gouverner qui manipule fondamentalement les intérêts, [...] il ne peut pas manipuler les intérêts sans être en même temps gestionnaire des dangers et des mécanismes de sécurité/liberté, du jeu sécurité/liberté qui doit assurer que les individus ou la collectivité seront le moins possible exposés aux dangers » ⁽⁹⁰⁾.

Il liberalismo, per Foucault, non coincide con la teoria politico-giuridica della libertà e dei diritti. Continua, nelle società liberali, il ‘governo’ della popolazione, pur cambiando, rispetto all’Europa sei-settecentesca, il ‘regime di verità’, la « véridiction » immanente ai saperi e alle pratiche governamentali. Reinterpretata alla luce del nesso fra biopolitica e governamentalità, la società liberale è la compresenza di tensioni essenziali: la prosecuzione e la diffusione di meccanismi disciplinari coesistono (ed entrano in frizione) con la tutela dei diritti individuali; la valorizzazione del ‘naturale’ dispiegarsi della competizione degli interessi non può ignorarne i possibili effetti socialmente disgreganti; la celebrazione

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 68.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 67.

della libertà deve tener conto dell'imperativo della sicurezza e della neutralizzazione del pericolo. È dall'interno della società liberale che emerge l'esigenza di fronteggiare i rischi che potrebbero innescare una crisi distruttiva: « il ne faut pas que les accidents individuels, que tout ce qui peut arriver dans la vie à quelqu'un, que ce soit la maladie ou que ce soit cette chose qui arrive de toute façon et qui est la vieillesse, constitue un danger et pour les individus et pour la société » ⁽⁹¹⁾.

Incidenti, malattia, vecchiaia: non sono proprio questi i rischi che lo Stato sociale si propone di fronteggiare? Emerge, dalle pagine foucaultiane, un'intuizione di cui converrà far tesoro: l'invito a guardare alle tematiche caratteristiche dello Stato sociale non come all'espressione di una crisi che interrompe l'esperienza liberale e ne impone la sostituzione con dottrine e forme politiche diverse, ma come a problemi che la società liberale stessa (quando si guardi all'insieme delle pratiche e dei saperi coinvolti nel governo della popolazione) è chiamata ad affrontare.

Certo, nelle riflessioni foucaultiane affidate al corso del 1978-79 possiamo trovare, per quanto riguarda l'analisi dello Stato sociale, non un quadro a tutto tondo, ma solo spunti e notazioni sparse. Un'integrazione importante viene però offerta dai lavori di alcuni studiosi (da Giovanna Procacci a Jacques Donzelot, a François Ewald, a Pasquale Pasquino), che, collaboratori di Foucault e suoi interlocutori, ne traducono alcune suggestioni in ricerche portate a compimento fra gli anni ottanta e gli anni novanta.

Al centro di esse si trova un viluppo di temi e fenomeni che la pubblicistica ottocentesca riassume con il termine 'questione sociale'. Potremmo dire, semplificando, che torna al pettine l'antico nodo della povertà. La povertà però assume profili profondamente nuovi, in una società trasformata, nella sua struttura e nella dinamica dei suoi conflitti, dalla rivoluzione industriale. I 'poveri' si collocano al centro del conflitto sociale e non più alla sua periferia: al centro della produzione, nelle grandi città, nelle capitali. Occorre dunque ripensare a fondo il problema della 'povertà' ridefinendo il rapporto fra la società e i suoi membri. Occorre, appunto, « governare la

⁽⁹¹⁾ *Ibidem.*

povertà », come recita il foucaultiano titolo del libro di Giovanna Procacci ⁽⁹²⁾. Non servono a questo scopo l'esegesi del *Code Napoléon*, le filosofie della libertà e la teoria economica ricardiana e malthusiana. Servono saperi più modesti e appartati, che si dedicano all'analisi minuziosa della condizione operaia e ai rilevamenti statistici e al contempo non disdegnano le raccomandazioni, le perorazioni, le prediche morali.

Non sono saperi che entrano in rotta di collisione con la cultura liberale. Essi anzi vedono nel nesso libertà-proprietà un'insostituibile conquista della civiltà moderna, ma ritengono anche che la libertà e la proprietà non bastino da sole a garantire la tenuta dell'ordine. La celebrazione della libertà deve essere accompagnata dal 'governo' della povertà. Occorre conoscere la vita delle 'classi pericolose' per intervenire su di essa. Gli strumenti possono essere vari: dalle attività filantropiche ai provvedimenti delle istituzioni; in ogni caso, l'obiettivo è non già annullare le differenze fra le classi, bensì gettare ponti, rinsaldare legami, rafforzare il senso dell'appartenenza di tutti alla medesima società, mitigando il senso di una separazione 'assoluta' fra proprietari e non proprietari. Si rende insomma necessario un insieme di pratiche e di discorsi capaci di investire l'esistenza quotidiana dei soggetti, controllandoli nel loro comportamento, sorreggendoli nella soddisfazione dei loro bisogni. Occorre appunto un'attività governamentale capace, al contempo, di controllare e di mitigare la povertà.

Assistiamo a ciò che Jacques Donzelot ha chiamato l'invenzione del sociale ⁽⁹³⁾: allo sviluppo di saperi (sociologici, giuridici ed economici) organizzati intorno al tema della solidarietà ⁽⁹⁴⁾ e impegnati, fra Otto e Novecento (soprattutto in Francia e in Italia), a fornire una risposta alla 'questione sociale'. Entro una logica governamentale, di fronte alla crescente pressione della « questione sociale » (di fronte a una domanda di 'sicurezza' tanto ineludibile quanto contrastante con gli assiomi della libertà) è indispensabile

⁽⁹²⁾ G. PROCACCI, *Gouverner la misère. La question sociale en France 1789-1848*, Paris, Seuil, 1993 (trad. it. *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, il Mulino, 1998).

⁽⁹³⁾ DONZELOT, *L'invention du social*, cit.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

poter ricorrere a saperi e pratiche orientati alla sua soluzione. Se nelle società liberali viene messo a fuoco e drammatizzato il tema del rischio, deve al contempo diffondersi una strategia capace di affrontarlo ⁽⁹⁵⁾. Ad esempio, per ‘governare’ uno dei problemi più acuti della recente industrializzazione — gli incidenti sul lavoro — la ‘classica’ idea di responsabilità individuale (e l’immagine di un singolo chiamato a rispondere, in perfetta solitudine, della sua complessiva condizione di vita) vedono compromessa la loro efficacia persuasiva, mentre ottengono credito l’idea di una condivisione sociale (solidale) delle responsabilità e dei rischi e le proposte di meccanismi assicurativi capaci di promuovere una sicurezza socialmente diffusa.

In che modo allora, in una prospettiva foucaultiana, entra in gioco lo Stato sociale? Non come un ‘pacchetto’ di provvedimenti e politiche che mettono in questione il ‘liberalismo’ e poi succedono ad esso dando luogo all’emersione di una diversa forma di Stato, ma come una strategia interna alla governamentalità liberale. Questa, come sappiamo, è un’‘arte’ complessa, caratterizzata da una sua interna tensione: risponde alla logica del mercato e al principio dell’intangibile, ‘naturale’ spontaneità dell’economia, ma al contempo non rinuncia a farsi carico delle esigenze vitali della popolazione. È appunto per questo suo preciso investimento ‘biopolitico’ che essa è indotta ad affrontare gli svariatissimi problemi che la pubblicistica ottocentesca riconduceva (direttamente o indirettamente) alla ‘questione sociale’: dal soccorso agli indigenti alla politica criminale, alla cura dell’igiene pubblica, alle crisi occupazionali, agli incidenti sul lavoro, alle deprivazioni derivanti dalla vecchiaia e dalla malattia. I tentativi di rispondere a questi problemi erano affidati a un intreccio complicatissimo e disomogeneo delle più diverse *agencies*, ad apparati pubblici e gruppi sociali, a Chiese e strutture famigliari, a una galassia di attori sociali impegnati in discorsi e pratiche convergenti nel ‘prendersi cura’ delle esigenze vitali della popolazione.

⁽⁹⁵⁾ EWALD, *L’État providence*, cit. Su Ewald e le sue matrici foucaultiane cfr. l’importante saggio di M. C. BEHRENT, *Accidents Happen: François Ewald, the “Antirevolutionary” Foucault, and the Intellectual Politics of the French Welfare State*, in « The Journal of Modern History », 82 (2010), pp. 585-624.

È appunto guardando alla dimensione della governamentalità che Foucault delinea un'immagine più complessa del liberalismo otto-novecentesco: un liberalismo che non coincide con la teoria politica e giuridica del *Rechtsstaat*, ma include anche una propria e originale 'arte di governare'. L'arte liberale del governo accoglie dalla precedente tradizione la dimensione biopolitica, l'attenzione ai processi vitali della popolazione, ma al contempo si differenzia dalla governamentalità proto-moderna in quanto tenuta a fare i conti con la 'naturalità' dell'economia. Ed è appunto negli spazi aperti dalla tensione fra 'libertà' e 'sicurezza', una tensione costitutiva della governamentalità liberale, che Foucault iscrive l'insieme dei saperi e delle pratiche che si diffondono per rispondere alla 'questione sociale' e reggere alla sfida di un'insicurezza crescente.

8. *Una storia dello Stato sociale 'senza' Stato?*

Ci siamo chiesti che cosa significhi assumere lo Stato sociale come oggetto di storiografia. Questa domanda era suggerita dall'impressione che fosse ormai disponibile una grande quantità di informazioni su contesti specifici e su aspetti determinati dello Stato sociale, ma fossero ancora fragili e precari i ponti capaci di collegare i singoli contesti a un processo lungo nel tempo e diffuso nello spazio; che restasse insomma difficile il passaggio dalla pluralità delle esperienze welfariste alla (ipotetica) unitarietà di uno 'Stato sociale' assunto come momento o tornante della modernità. Quali stimoli per l'impostazione (prima ancora che per la soluzione) di questa domanda possiamo trarre dall'innesto del pensiero foucaultiano sul tronco delle discipline storiografiche e socio-politologiche?

A me sembra che l'acquisizione principale riguardi proprio la definizione dell'oggetto (lo 'Stato sociale'). Conviene rileggere, in questa prospettiva, alcuni passaggi dei corsi foucaultiani. Di fronte al problema dello Stato, per Foucault, occorre assumere un atteggiamento diverso da quello corrente, esposto al rischio di una sua sopravvalutazione e soprattutto di un fraintendimento della sua 'natura'. Lo Stato viene giudicato, a seconda dei punti di vista, come il nietzschiano gelido mostro oppure come una forza trainante del progresso storico, ma in ogni caso viene assunto come un 'ente' unitario e operante. Per Foucault, invece, lo Stato deve essere

pensato come un assemblaggio di elementi eterogenei che trova una sua unità e una sua efficacia in quanto volta a volta ‘costruito’ nel mobile gioco delle pratiche e dei saperi. Lo Stato è una « une réalité composite et une abstraction mythifiée » e deve essere studiato facendo un passo indietro rispetto alle correnti convenzioni linguistico-concettuali, assumendolo non già come la sintesi suprema del potere, ma come un effetto della governamentalità. Occorre procedere a una « ‘gouvernementalisation’ de l’État »: « ce sont les tactiques de gouvernement qui, à chaque instant, permettent de définir ce qui doit relever de l’État et ce qui ne doit pas en relever, ce qui est public et ce qui est privé, ce qui est étatique et ce qui est non étatique »⁽⁹⁶⁾.

Procedere al contrario, assumere lo Stato come un ‘ente’ di cui studiare nascita, trasformazioni e declino, è intenderlo come una sorta di « universel politique », come una realtà che cela in se stessa il segreto del proprio potere. Esso invece « n’est rien d’autre que l’effet, le profil, la découpe mobile d’une perpétuelle étatisation, ou de perpétuelles étatisations, de transactions incessantes qui modifient, qui déplacent, qui bouleversent, qui font glisser insidieusement, peu importe, les sources de financement, les modalités d’investissement, les centres de décision, les formes et les types de contrôle, les rapports entre pouvoirs locaux, autorité centrale, etc. ». Occorre dunque guardare allo Stato non presupponendo una sua fissa e già data ‘esistenza’, ma intendendolo come un ‘prodotto’ di saperi e pratiche, come « l’effet mobile d’un régime de gouvernamentalités multiples »⁽⁹⁷⁾.

Nella prospettiva dell’analisi ‘genealogica’ foucaultiana, lo spostamento del piano dell’analisi dalla ‘statualità’ alla ‘governamentalità’ permette di formulare domande altrimenti improponibili: permette di chiedere in che modo uno ‘Stato’ venga concepito come una forza politica coerente e unitaria; in che modo sia realizzata l’unità ‘immaginaria’ dello Stato⁽⁹⁸⁾; in che modo una pluralità di

⁽⁹⁶⁾ FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, cit., p. 112.

⁽⁹⁷⁾ FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 79.

⁽⁹⁸⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986 e ID., *Tra ‘crisi dello Stato’ e ‘Stato immaginario’: un dibattito*, in « Cheiron », IV (1987),

istituzioni e processi divenga ‘lo Stato’ e in che modo esso venga rappresentato come un’entità che ‘sta sopra’ alla società e la governa ‘dall’alto’⁽⁹⁹⁾.

È facile intendere come, in questa prospettiva, le esperienze ‘welfariste’ non possano venire ricostruite come una ‘declinazione’ di un’unitaria e compatta entità statale. Se lo Stato è la risultante di un intreccio di strategie politiche e relazioni di potere e al contempo una pedina nell’interazione socio-politica, se esso è momento e tramite di un’azione governamentale, l’espressione ‘Stato sociale’ non rinvia tanto a un tipo o a una forma di Stato, quanto evoca un insieme di pratiche, saperi, apparati e istituzioni che convergono nel ‘trattare’ i processi vitali della popolazione⁽¹⁰⁰⁾.

Non siamo lontani da quanto era venuto maturando nell’alveo delle discipline socio-politologiche e storiografiche, nella misura in cui esse guardavano alla storia dello Stato sociale non come a una storia ‘speciale’ (fosse essa la storia della previdenza, degli apparati amministrativi o delle leggi sociali), ma come alla storia di un

7-8, pp. 221-28. In questa direzione si muove anche A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milano, Jaca Book, 1993. Altri profili di questo stesso problema in P. COSTA, “Così vicino, così lontano”: *il Comune medievale e la sua ‘autonomia’*, in «Quaderni fiorentini», 43 (2014), pp. 776-81.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. S. CHIGNOLA, *L'impossibile del sovrano. Governamentalità e liberalismo in Michel Foucault*, in *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, a cura di Id., Verona, Ombre Corte, 2006, pp. 37-90 (in particolare p. 78 e ss.); LEMKE, *An indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory*, cit., p. 47; M. SAAR, *Relocating the Modern State: Governmentality and the History of Political Ideas*, in *Governmentality*, cit., pp. 34-55; B. JESSOP, *Constituting Another Foucault Effect: Foucault on States and Statecraft*, in *Governmentality*, cit., pp. 56-73.

⁽¹⁰⁰⁾ È questa la prospettiva in cui si collocano i recentissimi contributi di David Garland dedicati allo Stato sociale, che viene infatti definito nei termini seguenti: «The welfare state, like the state more generally, is not some kind of historically embedded idea or teleological essence that was always in the process of emerging. Nor is it an essentially unified conceptual whole. It is, instead, the name we give to a distinctive set of practices that emerged at a specific historical moment [...]. What makes the ‘welfare state’ distinctive as a modality of government, what sets it apart from prior institutional and administrative arrangements for managing subjects and securing their welfare, is a specific set of rationalities and techniques — developed in the late 19th century and widely established in the 20th century — employed to govern the nation’s economy and its population in the interest of economic growth and social security» (GARLAND, *The Welfare State*, cit., pp. 334-35).

insieme di pratiche e saperi, alla storia di una dinamica socio-politica stratificata e complessa, che trova la sua destinazione di senso nel governo della popolazione, nel tentativo di controllare e secondare i suoi processi vitali. Al contempo, tuttavia, non è priva di conseguenze importanti la ‘de-sostanzializzazione’ dello Stato, la perdita della sua (‘reale’ e/o ‘metodologica’) centralità. Fare dello Stato un effetto e un tramite delle pratiche governamentali, e non il centro della loro irradiazione, non soltanto impone il congedo dal ‘paradigma storicistico’, dalle ottocentesche (ma anche novecentesche) celebrazioni della statualità come forza storicamente operante, ma anche sollecita il superamento del paradigma funzionalistico-strutturalistico. Esso infatti, se per un verso ha permesso di indagare a fondo la dinamica socio-economica e i conflitti politici nei loro molteplici livelli e aspetti, per un altro verso ha continuato a far perno sullo Stato, concependo l’analisi dei saperi e delle pratiche come lo strumento capace di ‘spiegare’ la sua declinazione welfarista.

Nella prospettiva foucaultiana, la storia dello ‘Stato sociale’ non è la ricostruzione di un capitolo della ‘statualità’ moderna né è l’analisi del rapporto funzionale che intercorre, in determinati contesti, fra lo Stato e la dinamica socio-economica, ma è la ricognizione delle pratiche e dei saperi governamentali nel loro farsi carico dei processi vitali della popolazione. È dunque con lo spazio delineato dall’incrocio fra ‘governamentalità’ e ‘biopolitica’ che coincide l’area semantica dello ‘Stato sociale’.

Che si tratti di uno spazio composito e ‘multilivello’ è un’acquisizione raggiunta tanto dalla storiografia quanto dagli studi sociopolitologici. Questi ultimi, in particolare, hanno progressivamente dilatato lo spettro delle componenti coinvolte nella storia dello Stato sociale: dai conflitti sociali ai partiti politici, alle élites dirigenti, agli assetti istituzionali e normativi (si pensi al contributo dello *historical institutionalism*), al linguaggio e al discorso (si pensi al *discursive institutionalism* di Schmidt⁽¹⁰¹⁾). È dunque ormai matura la consapevolezza che l’area semantica dello Stato sociale è stratificata e complessa. Proprio per questo, ripensare questa area in un’ottica foucaultiana presenta vantaggi metodologicamente non trascurabili:

(101) *Supra*, § 5.

offre la possibilità di rappresentarla unitariamente (riconducendo tutte le sue componenti a momenti e veicoli della governamentalità biopolitica), impedisce la ricerca del ‘fattore’ più influente (il ‘fattore’ cui agganciare una ‘spiegazione’ esposta al rischio di un’involontaria regressione al ‘determinismo’ paleo-positivistico) e in particolare invita a superare il vecchio ma tenace ‘dualismo’ fra azioni e parole, fra prassi e discorso, dato il nesso costitutivo fra i saperi e le pratiche di governo.

Viene inoltre ripensato, in questa prospettiva, il regime del rapporto fra ‘pubblico’ e ‘privato’ nella storia dello Stato sociale: se questa storia è la storia di una serie, aperta e mobile, di saperi e pratiche di governo dei processi vitali della popolazione, essa non coincide con la ricostruzione delle misure riferibili, in un determinato contesto, alla sfera pubblica (con la conseguente ‘sparizione’, dal campo visivo dello storico, di tutto ciò che si muove ‘accanto’ o ‘sotto’ di essa), ma al contrario estende lo spettro dell’analisi al complesso delle pratiche governamentali e fa della sempre mobile distinzione fra ‘pubblico’ e ‘privato’ un momento di quelle pratiche.

Sembra dunque ragionevole attendersi che il concetto foucaultiano di governamentalità possa produrre effetti fecondi sul terreno della storia dello Stato sociale. Non si tratterebbe peraltro di un impiego sorprendente. Proprio al concetto di governamentalità hanno fatto riferimento numerose ricerche, tanto da dar vita a un micro-settore correntemente denominato « Studies on governmentality »⁽¹⁰²⁾: molti di questi studi però si sono concentrati sui processi socio-economici più recenti (nel quadro del passaggio dalle politiche welfariste del periodo ‘fordista’ alla diffusione dei programmi neoliberali), anziché cimentarsi in una storia complessiva della governamentalità liberale.

⁽¹⁰²⁾ Il concetto di governamentalità evoca qualche connessione, non solo lessicale ma anche concettuale, con la recente teoria della *governance* (su cui si veda l’importante contributo di M. FERRARESE, *La governance fra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010). Il più evidente punto di contatto è la presa di distanza dalla centralità dello Stato. Occorre tener presente però che la governamentalità foucaultiana trae senso dalla sua peculiare prospettiva ‘genealogica’. Si vedano in proposito le puntuali osservazioni di L. BAZZICALUPO, *Governamentalità: una ri-definizione operativa della razionalità politica*, in « Parolechiave », 56 (2016), pp. 89-101.

Quale che sia la fecondità del concetto di governamentalità nell'analisi dell'attuale morfologia politico-sociale, è proprio nella ricognizione 'genealogica' di una modernità 'lunga' che l'intreccio fra governamentalità e biopolitica emerge con particolare efficacia e permette di impostare su nuove basi il problema della 'periodizzazione'. Nella storia dello Stato sociale sono sempre apparse problematiche tanto l'individuazione del punto di origine dello Stato sociale quanto la determinazione delle diverse fasi che ne scandiscono lo sviluppo (e peraltro le difficoltà della periodizzazione sono direttamente connesse con le incertezze sulla definizione). Ammettiamo, per ipotesi, di ravvisare nelle riforme bismarckiane il punto di inizio dello Stato sociale. Che ne è allora di Lorenz von Stein e della sua teoria del *Sozialstaat*? E l'opera di Stein è solo un tassello (anche se di grande importanza) di un immane mosaico di testi che, fra la rivoluzione francese e il '48, in tutta Europa reclamano un diverso rapporto fra i poteri pubblici e la società. Siamo di fronte a un prologo in cielo dello Stato sociale, a una 'preistoria' che prelude alla sua storia, ma non ne fa ancora parte? Oppure occorre spostare il punto di origine più indietro? Ma fino a quando? E quali sono i criteri che permettano di delineare con chiarezza il regime delle continuità e delle discontinuità?

A una più chiara e corretta impostazione di queste (e consimili) domande la prospettiva foucaultiana può offrire suggerimenti interessanti. Se in tutto l'arco della modernità assistiamo al dispiegarsi di una governamentalità biopolitica, il problema delle 'origini', dell'atto di nascita, dello Stato sociale viene sdrammatizzato perché collocato in un orizzonte più ampio. L'attenzione si concentra, per così dire, non su un singolo albero o cespuglio, ma sul complesso della vegetazione e sul terreno che la nutre. Essenziale non è tanto decidere se lo Stato sociale 'nasca' con la legislazione bismarckiana oppure con il piano Beveridge; conviene piuttosto fare un passo indietro (o di lato) e collocare i singoli 'episodi' nel processo entro il quale un'eterogenea molteplicità di attori sociali si fa carico delle esigenze vitali della popolazione.

Questo processo comincia a prendere forma, come sappiamo, per Foucault, con i teorici della ragion di Stato, ma ha già alle spalle l'esperienza dell'attività pastorale della Chiesa medievale, di cui è in qualche misura una ripresa, una trasposizione e una trasformazione

‘secolarizzata’. È un processo lungo e segnato da interne discontinuità, che però non interrompono una sua soggiacente coerenza, determinata dalla dimensione biopolitica dell’azione governamentale.

Farsi carico dei bisogni vitali della popolazione: è questo il nucleo di una governamentalità biopolitica che trova nel XIX secolo la sua piena manifestazione: « dire que le pouvoir, au XIXe siècle, a pris possession de la vie, dire du moins que le pouvoir, au XIXe siècle, a pris la vie en charge, c’est dire qu’il est arrivé à couvrir toute la surface qui s’étend de l’organique au biologique, du corps à la population, par le double jeu des technologies de discipline d’une part, et des technologies de régulation de l’autre »⁽¹⁰³⁾. Se nell’Europa pre-moderna la soddisfazione dei bisogni vitali della popolazione era una realtà sostanzialmente ‘non governata’, nell’arco della modernità si vanno intensificando e moltiplicando gli interventi che investono le strategie di sopravvivenza dei soggetti. La loro vita, le loro esigenze essenziali e quotidiane, entrano sempre più massicciamente nel perimetro dell’azione politica; e muta di conseguenza l’immagine stessa della sovranità: se essa nelle società pre-moderne era identificata con lo *ius gladii*, nella modernità prende campo un’immagine rovesciata del potere supremo, che viene fatto sostanzialmente coincidere con il potere « de ‘faire’ vivre et de ‘laisser’ mourir »⁽¹⁰⁴⁾.

Queste celebri e fulminanti espressioni foucaultiane sono state all’origine di un’impegnativa riflessione filosofica sul nesso che viene a stringersi fra la vita, la riproduzione e la morte, da un lato, e la sovranità, dall’altro lato, in un’ottica interessata non alla ricognizione di specifici e determinati contesti e testi, ma all’elaborazione di proposte di notevole respiro teoretico⁽¹⁰⁵⁾. La riflessione foucaultiana però, se è stata ampiamente valorizzata dai filosofi, non è stata

⁽¹⁰³⁾ FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », cit., p. 162.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 155.

⁽¹⁰⁵⁾ La ‘biopolitica’ è divenuta un tema centrale dell’attuale dibattito filosofico-politico. Fra le diverse interpretazioni cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995; M. HARDT, A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2000; R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004; L. BAZZICALUPO, *Il governo delle vite: biopolitica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2006; N. ROSE, *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power and Subjectivity in*

altrettanto messa a frutto dagli storici, che hanno probabilmente diffidato dei brividi ‘metafisici’ (e della difficile traducibilità analitica e ‘operazionale’) di un gergo ‘biopolitico’ che una sorta di foucaultismo ‘volgare’ rischia di rendere enfatico e ripetitivo. In realtà, le possibilità di un proficuo impiego della foucaultiana governamentalità biopolitica nella ricognizione storiografica sono, a mio avviso, notevoli; e un banco di prova è offerto proprio dal problema dello Stato sociale.

Vedere nello Stato sociale un tornante della modernità facendo leva sul concetto della governamentalità biopolitica: è questa l’indicazione che potremmo utilmente accogliere dalla riflessione foucaultiana. Al contempo, tuttavia, conviene essere consapevoli che un suo eventuale innesto in una ricognizione storiografica dello Stato sociale non sarebbe un’operazione semplice e immediata.

Innanzitutto, occorre tenere presente che Foucault non ci offre una storia dello Stato sociale già tracciata, sia pure a grandi linee, lasciando ad altri solo l’onere di riempire alcuni spazi vuoti. I suoi *Corsi* non tanto riassumono e ripropongono risultati già acquisiti dal docente, quanto offrono la straordinaria testimonianza di un lavoro in pieno svolgimento e indicano le direttrici di indagini che la morte prematura ha bruscamente interrotto. Grazie ai *Corsi* possiamo guardare allo Stato sociale con un’inconsueta profondità di campo, ma se ci limitassimo a una mera esegesi delle pagine foucaultiane, se soltanto parafrasassimo le formule stilisticamente più vivaci immaginando di poter fare a meno di una ravvicinata analisi dei singoli contesti e di una ricostruzione dall’interno dei saperi e delle pratiche, avremmo una visione mutila e incompleta proprio dell’effettivo esplicarsi di quella governamentalità cui la problematica dello Stato sociale appartiene.

Dato il suo carattere di ‘paradigma’, di lente capace di offrire un’immagine diversa della modernità, la riflessione foucaultiana è un prezioso programma euristico: non un ‘sistema’ chiuso, ma una visione prospettica, che coglie la logica profonda della modernità, ma non offre, di essa, una mappa completa ed esaustiva: indica le

principali coordinate, ma rinvia a ricerche ‘sul campo’ che permettano di colmare vuoti e sciogliere nodi irrisolti.

Mi limito a qualche esempio. Si pensi al fenomeno dei conflitti sociali e politici che percorrono il XIX e il XX secolo. A essi la storiografia e gli studi socio-politologici hanno dato una grande importanza, tanto da vedere nello Stato sociale una sorta di ‘risposta’ alla sfida che una crescente conflittualità rappresentava per la tenuta dell’ordine. Certo, nella ricostruzione delle esperienze welfariste non sono mancati i rischi di un’applicazione troppo rigida degli schemi funzionalistici (nei confronti dei quali il ‘paradigma’ foucaultiano è un ottimo antidoto). È però anche vero che Foucault, se ha scritto pagine imprescindibili sul nesso fra potere e resistenza e sul carattere diffusivo e pervasivo dell’uno e dell’altra, si è anche mostrato incline a mettere in secondo piano, a vantaggio della ‘micro-conflittualità’, la ‘macro-conflittualità’, la dinamica socio-politica riconducibile all’azione di gruppi sociali o politici organizzati (quali i sindacati o i partiti). È possibile che sulla valorizzazione del loro ruolo nel processo storico Foucault vedesse stendersi (e temesse) l’ombra della filosofia marxista della storia e delle sue ormai screditate sintesi ‘dialettiche’. In ogni caso, disponiamo, grazie al lavoro teorico foucaultiano, di uno schema potente per intendere i livelli ‘profondi’ della modernità socio-politica, ma resta l’onere di ricostruire le dinamiche ‘macro-conflittuali’ e la loro incidenza sulle strategie governamentali.

Altrettanto trascurato, nella prospettiva foucaultiana, appare il tema dei diritti: essi infatti appartengono a un mondo (il mondo teorizzato dai giuristi e dai filosofi della politica, il mondo costruito intorno al potere sovrano) da cui Foucault intende prendere le distanze (occorre « tagliare la testa al re: non lo si è ancora fatto nella teoria politica »⁽¹⁰⁶⁾). In realtà, a chi si dedichi a una ricognizione storiografica dello Stato sociale appare difficile mettere in parentesi i diritti, da due diversi punti di vista. Da un lato infatti i diritti possono venire attratti nelle strategie governamentali, divenendo una componente imprescindibile del loro esplicarsi; dall’altro lato, essi possono comparire come posta in gioco di conflitti socio-

(106) FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., p. 15.

politici; per l'appunto di quei conflitti la cui rilevanza nel processo storico converrebbe recuperare.

Il paradigma foucaultiano indica la direzione di senso della modernità e mette a fuoco alcune delle sue principali scansioni interne, ma lascia inevitabilmente in ombra la ricostruzione delle diversità, anche radicali, che differenziano, nel tempo e nello spazio, un contesto dall'altro. Finisce quindi per essere messa ai margini la comparazione fra le diverse politiche adottate in paesi diversi e in tempi diversi; proprio quella comparazione che è stato invece il fiore all'occhiello di tanti studi storiografici e socio-politologici dedicati allo Stato sociale.

Peraltro, a interessare la storiografia non sono solo le differenze 'spaziali': se infatti la storiografia ambisce a rappresentare il movimento, il cambiamento, essa non può non dedicare una forte attenzione alle discontinuità che intervengono pur all'interno di un processo di cui è possibile cogliere una soggiacente unitarietà.

Una discontinuità drammatica — anzi la discontinuità per eccellenza — sembra provocata dall'avvento dei regimi 'totalitari' degli anni venti e trenta del Novecento. Se si accoglie la prospettiva foucaultiana, se si pensa lo Stato sociale nell'ottica di una governamentalità biopolitica che percorre l'intera modernità ed emerge in tutta evidenza nel corso del XIX e del XX secolo, il problema delle peculiarità del fascismo italiano o del nazionalsocialismo tedesco e della loro distanza dalle liberal-democrazie antecedenti o coeve appare in una luce diversa.

È un problema cui Foucault non manca di riferirsi, nei *Corsi*, pur se con rapidi accenni. Da un lato, egli gioca con forza la carta della continuità: il nazionalsocialismo non fa che proseguire le strategie biopolitiche già sperimentate dal liberalismo ottocentesco, portandole anzi a un esito parossistico: « Pouvoir disciplinaire, bio-pouvoir: tout ceci a parcouru, soutenu à bout de bras la société nazie (prise en charge du biologique, de la procréation, de l'hérédité; prise en charge aussi de la maladie, des accidents). Pas de société à la fois plus disciplinaire et plus assurancielle que celle qui avait été mise en place, ou en tout cas projetée, par les nazis »⁽¹⁰⁷⁾. Quale che

(107) FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », cit., p. 165.

sia la forma politico-giuridica del regime, la governamentalità biopolitica sembra presentarsi ovunque con le medesime caratteristiche. Non si sottrae alla regola nemmeno il modello socialista, proprio perché anch'esso attribuisce allo Stato (o alla società) la funzione « de prendre en charge la vie, de la ménager, de la multiplier, d'en compenser les aléas, d'en parcourir et délimiter les chances et les possibilités biologiques » (108).

Che il nazionalsocialismo coltivi una politica sociale sostanzialmente analoga a quella che alcuni regimi liberal-democratici stavano adottando (e soprattutto avrebbero adottato nel secondo dopoguerra) è peraltro una tesi avanzata, negli anni quaranta, da economisti neo-liberali come Wilhelm Röpke (109) e Friedrich von Hayek (110). Nel *Corso* del 1978-79 Foucault ricostruisce lucidamente lo schema soggiacente alla loro argomentazione: l'esistenza di una sorta di costante (saint-simoniana, per i neoliberali) che prende ad affermarsi nel corso dell'Ottocento e culmina, nel Novecento, in episodi (proprio per questo fra loro apparentati) quali il piano Beveridge e la politica sociale nazionalsocialista. L'invariante, insomma, è « tout ce qui se propose de gérer étatiquement l'économie » (111).

La tesi foucaultiana è diversa. A gettare un ponte fra il nazionalsocialismo e i regimi liberal-democratici non è l'interventismo dello Stato nell'economia, ma è l'ubiquitaria diffusione dei dispositivi disciplinari e biopolitici. Occorre però aggiungere che non mancano spunti, nei *Corsi*, che impediscono di dissolvere le specificità del regime nazionalsocialista nella nebbia di una governamentalità biopolitica sempre eguale a se stessa.

Il nazionalsocialismo infatti, se pure accoglie e rafforza la dimensione del bio-potere, al contempo esalta ed estende il potere sovrano di uccidere. Se nell'Europa liberale il 'far vivere' — il farsi carico dei processi vitali — era la principale strategia di governo, al punto da far apparire ormai arcaico il potere di dare la morte, nella

(108) Ivi, p. 166.

(109) W. RÖPKE, *Das Beveridgeplan*, in « Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur », 23 (1943-44), pp. 159-72.

(110) F.A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom* (1944), London, Routledge, 1991, p. 135 e ss.

(111) FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 118.

Germania nazionalsocialista i due meccanismi, l'antico e il nuovo, coesistono, anzi si implicano a vicenda: « l'État nazi a rendu absolument coextensifs le champ d'une vie qu'il aménage, protège, garantit, cultive biologiquement, et, en même temps, le droit souverain de tuer quiconque ». La morte torna al centro del processo di potere: in primo luogo, come strumento di eliminazione del nemico interno; in secondo luogo, come l'esito di una guerra concepita non solo come strumento per un fine 'utilitario', ma come la « phase finale et décisive » della politica; e infine come il rischio sacrificale cui l'intera popolazione deve essere esposta. « Il faut que l'on arrive à un point tel que la population tout entière soit exposée à la mort. Seule cette exposition universelle de toute la population à la mort pourra effectivement la constituer comme race supérieure [...] » (112).

Certo, siamo di fronte a semplici spunti di riflessione dedicati a un tema di grande complessità (e Foucault stesso avverte i suoi ascoltatori del carattere provvisorio e approssimativo delle sue notazioni (113)). Ne possiamo però ricavare alcune indicazioni importanti. In primo luogo, nell'ottica della governamentalità biopolitica le politiche sociali dei regimi 'totalitari' entrano, a pieno titolo, nell'alveo principale della storia dello Stato sociale; che si conferma quindi come un tornante decisivo di una modernità che non può essere ideologicamente identificata con il progressivo trionfo della liberal-democrazia, ma include, come propria ineliminabile componente, i 'totalitarismi' del Novecento. In secondo luogo, e di conseguenza, l'analisi comparata delle declinazioni 'democratiche' o 'totalitarie' dello Stato sociale induce a considerare con più attenzione i margini di ambiguità impliciti nel governo dei processi vitali e a interrogarsi sulla possibile esistenza di una zona grigia, dove il 'far vivere', il 'lasciar morire' e il 'dare la morte' possono incontrarsi, confondersi, sovrapporsi. Un importante banco di prova può essere offerto dai saperi e dalle pratiche dell' 'eugenetica': costretta a muoversi sul sottile crinale della distinzione fra interventi 'positivi' e 'negativi', ma in ogni caso accolta con favore (anche quando incline agli interventi 'negativi') all'interno di regimi politicamente opposti,

(112) FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », cit., p. 167.

(113) « [...] c'est un peu un libre propos [...] » (ivi, p. 168).

nelle democrazie avanzate (quali gli Stati Uniti d'America e la Scandinavia) come nella Germania nazionalsocialista ⁽¹¹⁴⁾.

L'ottica della governamentalità biopolitica, dunque, se, da un lato, può favorire la percezione di fenomeni altrimenti sfuggenti e il superamento di troppo facili antitesi fra traiettorie diverse della modernità, si conferma, dall'altro lato, come una prospettiva generale, come un 'paradigma' genealogico che richiede continui aggiustamenti e attente mediazioni, allo scopo di cogliere, da un lato, la varietà e le specificità dei contesti e, dall'altro lato, le discontinuità che frammentano l'itinerario della modernità. Se immaginiamo la governamentalità biopolitica come una linea che percorre l'intera modernità, non possiamo offrire una ricostruzione storiografica dello Stato sociale senza segnare, in quella linea, le divaricazioni, le segmentazioni, le frammentazioni. Queste fratture, nel Novecento, più ancora che nel secolo precedente, emergono drammaticamente, da un lato, con la formazione dei 'totalitarismi' e, dall'altro lato, con il dramma epocale delle guerre. È proprio dalla simultanea considerazione della linea e delle sue segmentazioni, dall'analisi di regimi contrapposti e dalla comprensione della dirompente (e 'creativa') valenza della guerra, che nasce la possibilità di ricostruire la traiettoria novecentesca dello Stato sociale: « la traiettoria con cui la riflessione storica deve confrontarsi — scrive Leonardo Paggi — è quella per cui la biopolitica dello stato europeo, passando attraverso la catastrofe di due guerre mondiali, si rovescia, alla fine, in consumo di massa » ⁽¹¹⁵⁾.

9. *Cenni conclusivi.*

Ci siamo chiesti in che modo lo Stato sociale sia emerso come oggetto di ricognizione storiografica. A questo scopo abbiamo assunto lo 'Stato sociale' (e la costellazione lessicale in vario modo intrecciata con esso) come un termine largamente indeterminato,

⁽¹¹⁴⁾ Un recente panorama comparativo in *The Oxford Handbook of the History of Eugenics*, A. Bashford, Ph. Levin (eds.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

⁽¹¹⁵⁾ PAGGI, *Il "popolo dei morti"*, cit., p. 277. Cfr. anche ID., *Un secolo spezzato. La politica e le guerre*, in « Parolechiave », 12 (1996), pp. 74-108.

allo scopo di capire in che modo esso sia stato volta a volta 'costruito' all'interno di molteplici strategie euristiche.

Guardando complessivamente ai sondaggi esplorativi effettuati, pur con la prudenza imposta dalla sproporzione fra l'esiguo numero dei 'carotaggi' e la vastità della letteratura disponibile, sembra plausibile l'impressione che l'analisi storiografica dello Stato sociale mostri due significative tendenze: da un lato, è andata aumentando la consapevolezza della complessità dell'oggetto dell'analisi, dall'altro lato, non si è dissolta l'incertezza sul suo statuto 'ontologico'.

Sappiamo insomma che lo Stato sociale non può essere identificato con alcuni specifici profili, siano questi la legislazione sociale, le politiche previdenziali e assistenziali o la disciplina della produzione industriale. Questi aspetti non sono apparsi secondari o trascurabili, ma sempre meno sono sembrati sufficienti a esaurire il 'problema' dello Stato sociale in tutto il suo spessore. È stato quindi dilatato lo spettro dell'analisi, che si è concentrata sui più diversi 'livelli' della realtà socio-politica facendo entrare in gioco la dinamica delle classi e i conflitti e i movimenti politici (i partiti, i sindacati), e poi gli apparati istituzionali, il potere amministrativo e legislativo, poi ancora le élites politiche e il personale burocratico e infine (*last but not least*) l'opinione pubblica, i saperi specialistici (vecchi e nuovi: dalla dottrina dello Stato alla sociologia), in genere, il tessuto 'discorsivo' entro il quale e attraverso il quale l'interazione sociale prende forma. Peraltro, accanto a questi temi ampiamente trattati potremmo aggiungere un elenco di temi relativamente più trascurati e tuttavia non meno importanti per la strutturazione dello Stato sociale come oggetto 'complesso': si pensi al tema dei diritti — dei 'diritti sociali', in particolare — nella loro lunga traiettoria otto-novecentesca, culminante nelle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra; e si pensi al ruolo della guerra (delle guerre mondiali, in molti modi influenti sul discorso dei diritti) e sul loro decisivo impatto sulla retorica e sulla pratica del 'welfarismo'.

Lo Stato sociale è stato dunque finalmente costruito come un oggetto complesso e multiforme e proprio per questo esso è stato (implicitamente o esplicitamente) assunto come un tornante decisivo della modernità. Al contempo, è proprio su questo fronte che sembra possibile registrare perduranti incertezze. La mia impres-

sione è che una delle radici di queste difficoltà coincida con un'insufficiente problematizzazione del concetto di 'Stato', che continua ad essere presente in svariate strategie euristiche, ma corre il rischio di fare la parte del convitato di pietra: un ospite che, a causa della sua enigmatica identità, crea non pochi imbarazzi e tuttavia torna puntualmente a farsi vivo quale che sia la tavola imbandita ('storicistica' o 'funzionalistica').

È di fronte a questo *impasse* che Foucault potrebbe essere evocato come una sorta di *deus ex machina*. Ripensare il 'problema' storico dello Stato sociale alla luce della governamentalità biopolitica potrebbe servire a individuare il tessuto connettivo che, lungo l'intera parabola della modernità, sorregge e collega fra loro regimi, saperi e pratiche collocati in tempi e luoghi diversi e proprio per questo potrebbe immunizzare la loro ricostruzione da due rischi, eguali o contrari: il rischio di analizzarli come autosufficienti 'sezioni' di una trascurata storia complessiva oppure il rischio di presentarli come momenti di un processo (dalle *poor laws* all'universalismo scandinavo) teleologicamente orientato. Certo, mettere a fuoco il tessuto connettivo non è ancora ricostruire la morfologia dei vari organi. Un lungo lavoro attenderebbe chi volesse studiare, alla luce della governamentalità biopolitica, i rapporti di continuità e discontinuità che intercorrono fra i liberalismi ottocenteschi, i 'totalitarismi' degli anni Venti e Trenta del Novecento e le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra. Credo però che la fatica dell'analisi ravvicinata dei singoli contesti sarebbe alleviata e illuminata da una prospettiva capace di cogliere 'genealogicamente', in tutto l'arco di una modernità 'lunga', l'ambiguo intreccio e l'essenziale tensione fra le istanze di libertà e il controllo 'securitario' dei processi vitali.

GIOVANNI CAZZETTA

LEGGE E STATO SOCIALE.
DALLA LEGISLAZIONE OPERAIA
AI DILEMMI DEL WELFARE 'SENZA LEGGE'

1. Leggi sociali e Stato sociale: un binomio inscindibile? — 2. Oltre lo Stato: i dilemmi del *welfare* 'senza legge'. — 3. Lo Stato interventista fra collaborazione e conflitti. — 4. Sui confini fra Società civile e Stato: i probiviri e la « funzione sociale » nel diritto comune civilistico. — 5. Legislazione sociale e « diritto dello Stato »: le regole dell'eccezione. — 6. Il diritto comune civilistico e 'la società che lavora'. — 7. Dalla legislazione operaia a un nuovo diritto comune?

1. *Leggi sociali e Stato sociale: un binomio inscindibile?*

La legislazione sociale caratterizza origini, evoluzione e pieno affermarsi dello Stato sociale. Il nesso si presenta strettissimo: con riferimento alle leggi e alle politiche sociali, al loro accrescersi quantitativo e qualitativo, misuriamo discontinuità con il passato e origine dello Stato sociale, ne individuiamo diversi modelli, fissiamo progressioni e battute di arresto nel moto che ne segna ascese e cadute (1). Le ragioni dell'intervento legislativo — paternalistico o autoritario, concesso/imposto dall'alto o conquistato dal basso — non alterano la tenuta del nesso, se non colorando diversamente le politiche sociali, i modi e i tempi di una sequenza causale che resta

(1) Cfr., ad esempio, J. ALBER, *Dalla carità allo Stato sociale* (1982), Bologna, il Mulino, 1987; G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma-Bari, Laterza, 1996; G. SILEI, *Lo Stato sociale in Italia — Storia e documenti*, vol. I-II, Manduria, Lacaita, 2003-2004; F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci, 2005; M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1993. Con riferimento alla difficoltà/impossibilità di svincolare la storia delle leggi sociali dagli studi di *social policy* cfr. P. COLLIN, *State and Perspective of the History of Social Law — A Few Preliminary Remarks*, in « *Rechtsgeschichte* », 24 (2016), p. 365; ID. *State and Perspective of the History of Social Law in Germany*, ivi, pp. 393-401.

inalterata: industrializzazione, questione sociale, intervento statale/leggi sociali-speciali, affermazione dello Stato sociale. Esaltando l'interesse a un complessivo governo del sociale, a una sua 'pubblicizzazione', è del resto la stessa dizione 'Stato sociale' a proporre la centralità di un intervento 'speciale' che, andando oltre il diritto comune indifferente a situazioni sociali particolari, soccorre protegge aiuta sostiene indirizza assorbe governa la società.

Fra Otto e Novecento l'azione sociale dello Stato rende sempre più difficile distinguere diritto comune e speciale, privato e pubblico: strumento sempre più flessibile e pervasivo nelle mani del potere politico, le leggi sociali pongono in discussione consolidate distinzioni, frammentano l'assetto del diritto comune civilistico, avviano nuove costruzioni disciplinari. Il mutamento è evidente — anche agli occhi scettici dei giuristi fermi a contemplare la centralità ottocentesca del diritto uguale e le tradizionali ripartizioni del giuridico — con la prima guerra mondiale, quando la legislazione 'eccezionale' ridisegna l'ordine, compenetra tradizioni diverse d'intervento statale, ingigantisce l'intreccio « tra pratiche di coercizione e d'integrazione » (2).

L'assunzione dei diritti sociali nelle costituzioni rigide del secondo dopoguerra complica enormemente il quadro ma non allenta il nesso.

La discontinuità con il passato è netta e incide sul modo di considerare sia lo Stato sia l'intervento sociale: si democratizzano i processi decisionali, si fissano diritti garantiti anche contro le maggioranze parlamentari, si afferma il pluralismo e la partecipazione. Il riconoscimento dei diritti (civili, politici e sociali) mette in discussione la visione legicentrica e statocentrica, rendendo difficile appiattare la rappresentazione del sociale sul solo intervento statale. Nelle democrazie costituzionali il progetto sociale per il futuro è

(2) G. PROCACCI, *Le politiche di intervento sociale in Italia tra fine Ottocento e prima guerra mondiale. Alcune considerazioni comparative*, in «Economia & Lavoro», XLII (2008), pp. 17-43, p. 19; EAD., *Warfare-Welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*, Roma, Carocci, 2013. Si cfr. anche I. PAVAN, «Nelle trincee e sui campi». *Guerra, dopoguerra e Stato sociale in Italia (1917-1921)*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, a cura di Laura Cerasi, Palermo, Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016, pp. 156-190.

iscritto nella fonte primaria che, da un lato, indirizza l'azione della legge e, dall'altro, riconoscendo la priorità della persona e della società, affida la trasformazione del presente anche alla dinamica dei conflitti entro una società pluralistica.

Se il legame si complica, non per questo però diviene meno forte. La storia dello Stato sociale è impossibile da scrivere — soprattutto nel 'trentennio glorioso' — ignorando il protagonismo dell'azione legislativa e amministrativa, la centralità 'gerarchica' dello Stato e della legge. La stessa analisi delle trasformazioni (e delle crisi) dei modelli di *welfare state* pone, del resto, costantemente in primo piano l'esplosione (e il declino) degli interventi pubblici, l'ipertrofia legislativa e la ricerca di vie di fuga dalla centralità della legge. A metà degli anni ottanta del secolo scorso, il dibattito su *de-regulation* e *juridification* affronta direttamente il dilemma della legge nel *welfare state*, considera i mutamenti quantitativi e qualitativi del suo ruolo e delle sue funzioni, ricercando alternative, nuove forme di 'autoregolazione' ⁽³⁾. Appare chiaro che il processo di giuridificazione non si lega soltanto alla legge (non va dimenticato, infatti, che la 'giuridificazione' principale del Novecento resta pur sempre quella costituzionale), eppure le vie di fuga dal nesso biunivoco Stato-sovrano/*welfare* e le effettive alternative alla « azione politica basata su una decisione parlamentare ed esercitata mediante un intervento statale » ⁽⁴⁾ non appaiono evidenti. E, del resto, è proprio con riferimento al declino, all'impotenza o allo stravolgimento, dell'intervento pubblico a fronte della 'legge' imposta dal mercato — o da organismi sovranazionali poco o per niente rappre-

⁽³⁾ Cfr. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and social welfare law*, ed. G. Teubner, Berlin-New York, de Gruyter, 1987; *Dilemmas of law in the Welfare State*, ed. G. Teubner, Berlin-New York, de Gruyter, 1986; G. TEUBNER, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, in « Quaderni fiorentini », 13 (1984), p. 122 e ss., con richiami alla *Selbstregulierung*; ID., *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, Milano, FrancoAngeli, 1985.

⁽⁴⁾ Lo fa notare nel dibattito di quegli anni Spiros Simitis con particolare riferimento al diritto del lavoro come « paradigma classico della giuridificazione ». S. SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », 1986, pp. 215-276, p. 271 (è la traduzione del saggio presente in *Juridification of Social Spheres*, cit.).

sentativi — che misuriamo negli ultimi decenni capovolgimenti e decostituzionalizzazione delle protezioni del *welfare*: la reazione all'ondata neoliberale e alla provvidenziale centralità del mercato è attraversata non a caso da contrastanti impulsi nostalgici della forza della legge (statale e democratica) e scettici nei confronti di una *social law* sovranazionale in grado di contrastare effettivamente *the shift from legislation to contract* ⁽⁵⁾.

Se è difficile immaginare lo Stato sociale senza la legge, la pura messa a fuoco del profilo formale di un matrimonio indissolubile non aiuta però a individuare perimetro e contenuti di ciò che indichiamo con l'uno e l'altro termine, né a scorgere le molteplici tensioni che caratterizzano l'unione. All'impossibilità di racchiudere tutto 'il sociale' nella legge (o, se si preferisce, all'impossibilità di governare la società soltanto con la legge) vanno aggiunte le rivendicazioni di autonomia del sociale, le interpretazioni dei giuristi (della dottrina e della giurisprudenza), la tensione dei diritti, della 'lotta per i diritti', a protendersi oltre la legge e l'azione dello Stato. Considerando questi aspetti, la rappresentazione di un ruolo necessariamente incombente e fondante della legge dello Stato-sovrano è sicuramente ridimensionata, anche se la 'cosa' stenta comunque a sfuggire dalla gabbia imposta dal 'nome' ⁽⁶⁾.

2. *Oltre lo Stato: i dilemmi del welfare 'senza legge'.*

Le correnti di pensiero che fra Otto e Novecento teorizzano il diritto sociale come espressione autonoma della società, dello spazio

⁽⁵⁾ S. SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, in WP CSDLE « Massimo D'Antona ». INT-108/2014, in particolare p. 3-4 e 17. Si cfr. EAD., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, il Mulino, 2012. Si cfr. anche i saggi in « European journal of social law », 2014, 1, in particolare, L. NOGLER, *European Journal of Social Law: Pleading the cause for a social needs approach*, pp. 20-30.

⁽⁶⁾ Riguardo alla dizione 'welfare state' sono forti le perplessità dei suoi stessi 'padri', William Beveridge, Thomas Humphrey Marshall e Richard Titmuss, convinti che « welfare state phrase tends to evoke images of a mendicant clientele receiving undeserved benefits from an overbearing state ». D. GARLAND, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 5.

‘intermedio’ fra Stato e individui, hanno un rapporto ambiguo con le leggi sociali, ora considerate un’espressione del « nuovo diritto », ora al contrario semplice manifestazione autoritaria e paternalistica dello Stato. La mediazione della legge appare in ogni caso inadeguata a ricucire in solitudine il divario tra Stato e società: chi esalta le nuove leggi le considera espressione di un diritto scaturente dai fatti, dalla nuova società che s’impone al legislatore; chi si oppone vede l’intervento ‘dall’alto’ come una semplice conferma del divario fra Stato e società.

Nonostante le celebrazioni retoriche dell’abbattimento del dualismo fra società e Stato, il corporativismo fascista non risolve ma esalta tale ambiguità. Presentata come « la più avanzata del mondo » (7), la legislazione sociale del fascismo non nasconde elementi di continuità con l’interventismo sociale dello Stato liberale ma rivendica nello stesso tempo una radicale differenza: « la differenza consiste nel carattere autoritario e di vera intromissione e coercizione statale che è proprio della legislazione sociale, in confronto al carattere di autonomia e libertà che domina l’ordinamento sindacale » (8). Protesa ad andar oltre la « torbida ed equivoca legislazione sociale » (9), a risolvere la crisi dello Stato moderno fissando unità, la politica sociale fascista diventa sempre più assorbente, sempre più protesa a stringere in un abbraccio ‘totale’ la società sottomettendola agli interessi dello Stato. Avendo sotto gli occhi l’esperienza degli Stati fascisti, Georges Gurvitch ripropone la differenza tra un *Droit social* dai contenuti autonomi e la legislazione sociale: l’ordine giuridico dei gruppi nulla ha a che fare con la legge sociale imposta da uno Stato preoccupato del benessere materiale di produttori e consumatori « resi schiavi », con una legge autoritaria che considera i soggetti deboli e oppressi soltanto come beneficiari passivi di provvedimenti imposti dall’alto. È la valorizzazione dei

(7) La frase di Mussolini (« La legislazione sociale del fascismo è la più avanzata del mondo ») campeggia sul frontespizio della rivista « Politica sociale » che avvia le sue pubblicazioni nel 1929.

(8) G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, in « Archivio di studi corporativi », II (1931), p. 197.

(9) Così Volpicelli (*Politica sociale e Stato corporativo*, in « Le assicurazioni sociali », XI, 1935) citato in I. STOLZI, *Politica sociale e regime fascista. Un’ipotesi di lettura*, in questo volume.

diritti sociali — che rivendicano uno spazio autonomo con una storia sociale parallela rispetto a quella dello Stato — a marginalizzare l'intervento statale, a opporsi alla politica sociale autoritaria: la *Dichiarazione dei diritti sociali* di Gurvitch è tutta attraversata da diffidenza e ostilità nei confronti della legge sociale 'totalitaria' ⁽¹⁰⁾.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali non elimina però la tensione fra autonomia del sociale e interventismo statale. Ben presente nella breve stagione di Weimar in cui la mediazione statale, originariamente intesa come un'eccezione a fronte dell'autonomia del sociale, diviene sempre più rilevante ⁽¹¹⁾, tale tensione si ripresenta negli Stati costituzionali e pluralisti del secondo dopoguerra che pongono in relazione libertà e rimozione degli ostacoli economico-sociali all'uguaglianza, garanzia delle libertà fondamentali negate dagli Stati fascisti e affermazione dei diritti sociali. Più che la disputa teorica sulla compatibilità fra Stato sociale e Stato di diritto ⁽¹²⁾, sono le controversie circa le modalità di attuazione della Costituzione a proporre nel nuovo contesto il problema dell'equilibrio (ma la questione è spesso posta in termini di alternativa) fra necessario intervento della legge e concretizzazione dei diritti realizzata nel (e dal) pluralismo sociale, antepoendo i diritti all'intervento dello Stato, parificando attuazione giurisdizionale e legislativa.

⁽¹⁰⁾ G. GURVITCH, *La Dichiarazione dei diritti sociali*, con prefazione di Norberto Bobbio, Milano, Ed. di Comunità, 1949; nuova edizione, a cura di A. Scerbo, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, in particolare p. 70 e ss. L'autonomia di contenuto del diritto sociale si lega nelle ricostruzioni di Gurvitch a una lunga e specifica « storia dottrinale » del concetto. Cfr. G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931; ID., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State. Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer, 2013, p. 127. Nel 1932 Otto Kahn Freund rileva che la politica sociale si sta affermando « come pura assistenza e non anche come autotutela organizzata degli interessi » e che la tendenza a « subordinare le organizzazioni collettive ai fini dello Stato » è sempre più forte. O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, ora in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Roma, Ed. lavoro, 1982, p. 221 e ss.

⁽¹²⁾ E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto* (1954), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. Ma si cfr. M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 141-165.

La questione riaffiora nel costante ritorno degli scontri sulla qualificazione dei diritti sociali come veri diritti, come diritti fondamentali ⁽¹³⁾; uno scontro in cui la messa a fuoco dei luoghi comuni e dei fraintendimenti utilizzati per segnare il divario fra diritti di libertà e diritti dallo ‘statuto difficile’ (condizionati, esigenti, costosi, effettivamente azionabili soltanto dal legislatore e dall’amministrazione) ⁽¹⁴⁾, stenta comunque a eliminare le differenze, a rendere effettive le promesse del *welfare* e a estenderle « al di là del perimetro specifico dello Stato sociale » ⁽¹⁵⁾.

Con la crisi del *welfare state* il ruolo egemone della ‘legge sociale’ brilla per la sua assenza con effetti contrastanti. Le ricostruzioni che mirano a controbilanciare l’arretramento dell’intervento pubblico guardano sempre più a una società civile in grado di darsi un *welfare* senza Stato, riscoprono e recuperano forme di *welfare* comunitario, plurale, societario, mettendo a fuoco fonti regolative capaci di promuovere, oltre la legge, oltre lo Stato, forme di solidarietà generale. Il ‘welfare civile’ si aggiunge al binomio pubblico/privato, Stato/mercato ⁽¹⁶⁾; più radicalmente il costituzionalismo societario lega, oltre le forme di *welfare mix*, auto-regolamentazione e auto-costituzionalizzazione ⁽¹⁷⁾ per destrutturare completamente

⁽¹³⁾ Cfr., da ultimo, i diversi approcci al tema « Diritti sociali veri diritti? », in « Ragion pratica », 2016, 2, p. 471 e ss. Si cfr. in particolare M. FERRERA, *Teoria empirica della politica e diritti sociali*, pp. 475-494 e G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, pp. 495-518.

⁽¹⁴⁾ Cfr. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, cit., p. 495 e ss.; G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo “statuto” difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in « Scienza e Politica », 24 (2001), p. 75 e ss.; Th. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, Firenze University Press, 2012.

⁽¹⁵⁾ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 117. Sulle promesse mancate del *welfare* e sul ritorno della povertà si cfr. C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, Feltrinelli, 2015.

⁽¹⁶⁾ Si cfr. almeno S. ZAMAGNI, *Slegare il Terzo settore* (Introduzione), in *Libro bianco del Terzo settore*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 2011; S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, il Mulino, 2004; C. RANCI, *Oltre il Welfare State. Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazione del welfare*, Bologna, il Mulino, 1999.

⁽¹⁷⁾ Si vedano i contributi presenti in « Sociologia e politiche sociali », 14 (2011), 2: *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, a cura di R. Prandini e

la distinzione pubblico/privato e proporre sinergie fra solidarietà-uguaglianza, beni comuni e nuovi diritti sociali (18).

Insomma, mentre il *welfare* statale è morente, il *welfare* rinasce nel vivo delle relazioni sociali, oltre lo Stato, oltre (e contro) il 'riformismo neoliberale'. La legge, certo, non scompare (19), ma è come spostata sullo sfondo di una scena che ha in primo piano il confronto-scontro fra diritto/diritti e mercato in una società che pare rinunciare alla visione politica del *welfare* « come insieme di interventi pubblici » che offrono protezione (20) e, persino, in talune ricostruzioni, al ruolo ordinante e unificante del potere politico-costituzionale (21). In questa contrapposizione frontale è da inqua-

G. Teubner; nonché G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergenza delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005; Id., *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012; R. PRANDINI, *Culture e processi costituenti della società riflessiva. Globalizzazione, accelerazione e autoregolazione sociale*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

(18) Cfr. *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, a cura di S. Chignola, Verona, Ombre Corte, 2012; in cui si veda in particolare, S. CHIGNOLA, *Introduzione*, e G. TEUBNER, *Istituzioni in frammenti. Il costituzionalismo sociale al di là dello Stato-nazione*.

(19) Anche in questa prospettiva resta infatti il problema della coercizione necessaria a sostenere le forme *obbligatorie* di sostegno del *welfare*, quelle forme giuridiche fissate storicamente dalle prime leggi sociali e dalle assicurazioni sociali — appunto 'obbligatorie' — per gli infortuni, la malattia, la vecchiaia, la disoccupazione; così come, del resto, resta rilevante il ruolo della legge anche nella promozione e l'organizzazione della solidarietà orizzontale.

(20) FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, cit., p. 49.

(21) Si veda, in tal senso, la critica alla teorizzazione delle 'costituzioni civili', portatrici del rischio di una frammentazione settoriale, del rischio di far perdere allo stesso costituzionalismo « il suo valore universale e unificante », riportando in primo piano la logica economica e favorendo così semplicemente diritti compatibili con « una realtà nella quale la comunità degli affari sta producendo un suo diritto comune ». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 420-421 e p. 114, riguardo alla difficoltà di « una fondazione unitaria del 'comune' » movendo da una « ricostruzione delle dinamiche della globalizzazione in termini di 'costituzioni civili' ». Cfr. anche R. CAR, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism: una critica politica costituzionale*, in « Giornale di Storia Costituzionale », 32 (2016), pp. 183-204. Nello stesso numero si veda, in altra direzione, G. TEUBNER, *Autocostruzione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo costituzionale*, ivi, p. 51 e ss.

drare la « trasformazione semantica » del concetto stesso di riforma che — in una sorta d'inversione del percorso normalmente posto alla base dell'affermarsi dello Stato sociale — si presenta come legge sociale capovolta, come « distruzione della giuridicità » imposta dalla costituzione economica neoliberale (22).

Particolarmente indicativo è in tal senso il convulso dibattito identitario presente nel diritto del lavoro, uno specialismo disciplinare sempre più stretto tra proiezione universalistica dei diritti e riduzioni di tutele imposte dalla globalizzazione e dal diritto comune del mercato. L'eclisse del diritto fondato sui pilastri di Stato, legge e territorio, il prevalere dell'effettività sull'astratta validità, del pluralismo sulla monolitica gerarchia delle fonti (23), esalta aspetti iscritti nel codice genetico di una disciplina nata dal sociale, attenta al diritto vivente, al diritto radicato in una società che si auto-ordina; nello stesso tempo, però, il venir meno del 'sostegno' della legge disorienta, facendo emergere contrapposizioni che sembravano superate, mettendo in discussione le stesse ragioni del diritto del lavoro nato dalla crisi dell'uguaglianza del diritto comune ottocentesco e protagonista della complessiva tensione a subordinare — come sosteneva Marshall — il mercato alla giustizia sociale, la libera contrattazione alla dichiarazione dei diritti (24). L'idea del diritto del lavoro si presenta così in frammenti, scissa fra letture opposte della cittadinanza sociale, dell'intervento di regolamentazione autoritativa statale, dell'incidenza dei principi costituzionali, della proiezione universalistica delle tutele. Da un lato, il capovolgimento del para-

(22) U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino, Einaudi, 2013, p. 18, 53, 65 e ss.; una critica al « riformismo neoliberale » che è da leggere nelle pagine di Mattei in stretta connessione al tema dei beni comuni: « I beni comuni non sono un mero terzo settore fra Stato e mercato ma sono un'intera visione politica, una pratica indispensabile per arginare la deriva estrattiva dell'uno e dell'altro » (p. 100). Si cfr. anche ID., *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

(23) Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 284-287; ID., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000) p. 551 e ss.

(24) T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1949), Roma-Bari, Laterza, 2002.

digma costituzionale ⁽²⁵⁾ appare promosso dallo stesso intervento legislativo che rende l'inderogabilità della disciplina legale e collettiva sempre più evanescente, presenta al ribasso la solidarietà, riducendola nella dimensione della 'prossimità' e appiattendolo il diritto del lavoro sul mercato ⁽²⁶⁾. Dall'altro, il progressivo abbattimento dei vincoli e delle tutele è visto come restituzione ai lavoratori della prerogativa essenziale della libertà: la legislazione sociale, l'azione del sindacato e la normativa costituzionale hanno, in quest'ottica, la « missione storica » di emancipare la persona dalla condizione di debolezza contrattuale nel mercato per ricondurli al diritto civile ⁽²⁷⁾; a un diritto comune dei contratti 'uguale' che propone per tutti una piena autonomia negoziale che molto ricorda le mitologie del diritto comune ottocentesco e la troppo netta distinzione fra transitorio intervento pubblico e immutabile diritto comune civilistico.

3. *Lo Stato interventista fra collaborazione e conflitti.*

In connessione con la tensione ad affermare un *welfare* 'oltre lo Stato', è cresciuta l'attenzione degli studi storici nei confronti di percorsi posti accanto alla legge, di forme solidaristiche autonome, di collaborazioni tra società civile e Stato, 'ibridazioni' fra pubblico e privato.

La presenza dello Stato non scompare ma leggi e politiche sociali non sono più poste al centro della rappresentazione: l'affermarsi del monopolio statale sul sociale si stempera nel confronto con l'azione di gruppi 'terzi', nella collaborazione fra associazioni e

⁽²⁵⁾ Cfr., per tutti, A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in « Lavoro e diritto », XXX (2016), 1, pp. 17-34. Sul « capovolgimento » del valore inclusivo della Costituzione, si cfr. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, Einaudi, 2013.

⁽²⁶⁾ Il riferimento va in particolare all'art. 8 della legge italiana n. 158 del 2011 che, a certe condizioni, consente al 'contratto di prossimità', al contratto collettivo aziendale, di derogare al contratto collettivo nazionale e di far cadere anche il predicato della inderogabilità *in peius*.

⁽²⁷⁾ P. ICHINO, *Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Il diritto civile e gli altri*, a cura di V. Roppo e P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 39-89.

organismi politici. Fondandosi su legami sociali non riducibili né a uno spietato individualismo né alla solidarietà ‘imposta per legge’, confraternite religiose, corporazioni, associazioni, mutualismo, affermano ‘forme di welfare’ irriducibili all’accentramento statale, formano una vasta zona intermedia di pratiche solidali (caritatevoli, assistenziali, mutualistiche) antecedenti e successive alla svolta impressa dalle leggi sociali (28).

Il discorso pone in rilievo la continuità, la persistenza di forme associative autonome e l’affermarsi di forme di collaborazione con lo Stato ma lascia ai margini le discontinuità e i conflitti suscitati dall’intervento autoritativo dello Stato sulla società per controllare spazi di autonomia, per assorbire mutualità e cooperazione. Si pensi, ad esempio, al ruolo svolto in Italia, in tema di alfabetizzazione, di formazione, di assistenza e previdenza volontaria, di sussidi e assicurazione per casi di malattia e di disoccupazione, dal tessuto di forme associative a carattere mutualistico di diversa ispirazione — socialista, cattolica, mazziniana; una rete che spesso affianca o sostituisce l’attività di protezione sociale di organizzazioni religiose, opere pie, parrocchie, conventi. L’incontro con ‘l’ingerenza’ dello Stato non fu semplice e non sempre si svolse in termini di pacifica collaborazione (29): la regolamentazione legislativa delle società di mutuo soccorso divise il mondo delle associazioni, sia prima che dopo il faticoso approdo alla legge del 1886 sulla loro costituzione

(28) Cfr., ad esempio, S. ANTONIAZZI, M. CARCANO, S. ZANINELLI, *Il mutualismo. Per il nuovo Stato sociale*, con prefazione di T. Treu, Milano, Jaca Book, 2016; *Il Terzo settore nell’Unità d’Italia*, a cura di Emanuele Rossi e Stefano Zamagni, Bologna, il Mulino, 2011; M. STRONATI, *The History of Social Law in Italy: Some Considerations*, in « Rechtsgeschichte », 24 (2016), pp. 380-386; EAD., *Il paradigma del self-help: il rapporto tra capitale e lavoro nell’associazionismo mutualistico dell’Ottocento*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, cit., pp. 53-73; EAD., *Una strategia della resilienza: la solidarietà nel mutuo soccorso*, in « Scienza & Politica », XXVI (2014), 51, pp. 87-100; A. VITTORIA, *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia tra istituzioni e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2014.

(29) Lo stesso Luigi Luzzatti, proteso a porre assieme *self-help* e intervento sussidiario dello Stato, è critico nei confronti dei disegni di legge sul riconoscimento delle società di mutuo soccorso « tesi a determinare a priori, e dall’alto, i fini del mutualismo ». M. STRONATI, *L’idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza “minorile” nel primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), p. 858 e ss.

legale ⁽³⁰⁾; le tensioni divennero più consistenti con la crescita della politicizzazione dell'associazionismo operaio, con la scelta di privilegiare la lotta di classe, il conflitto sociale e lo sciopero, piuttosto che la collaborazione con l'intervento sociale governativo. Al di là dell'enfasi posta sull'ineluttabile avanzare della solidarietà, l'intervento statale creava contrasti, non mancava di essere avvertito come lesivo di spazi di libertà della società civile, come controllo autoritario. Con la crescita della fiducia nella possibilità di promuovere una trasformazione sociale attraverso il conflitto e la rivendicazione di diritti, a questi timori si aggiunsero presto nuove forme di diffidenza nei confronti di un intervento sociale-speciale che appariva indirizzato ad aumentare piuttosto che a ridurre i privilegi. Nel dibattito parlamentare della legge sugli infortuni sul lavoro i socialisti oppongono alla 'elemosina' dell'indennizzo offerto attraverso l'assicurazione obbligatoria, il risarcimento pieno del danno ottenibile stando alle nuove interpretazioni giurisprudenziali del rischio professionale: contrappongono l'allargamento del diritto comune civilistico alla legge speciale intesa, seguendo il modello delle assicurazioni sociali tedesche sostenuto da Carlo Francesco Ferraris, come fuoriuscita dal diritto civile ⁽³¹⁾. Modelli diversi di tutela si contrapponevano, intrecciando questioni giuridiche e politiche, distinzioni tra pubblico e privato, tra 'carità legale' e rivendicazione di diritti, con vecchie e nuove diffidenze nei confronti dell'interventismo statale.

L'individuazione di un 'nucleo originario' dello Stato sociale ⁽³²⁾ basato su convergenze e collaborazione fra diverse forme di solidarietà rischia, insomma, di sottovalutare le tensioni sottese al

⁽³⁰⁾ Nel 1862 le società di mutuo soccorso erano 443; divengono 1447 nel 1873, 2091 nel 1878; 4896 nel 1885. Nel 1904 erano 6535, solo un quarto di queste però erano legalmente riconosciute. Cfr. F. TAROZZI, *Le radici storiche del mutualismo e della cooperazione*, in *Dalle società di mutuo soccorso alle conquiste del welfare state*, a cura di A. Salfi e F. Tarozzi, Roma, Ediesse, 2014, p. 41 e ss.; pp. 47 e 67.

⁽³¹⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 409 e ss.

⁽³²⁾ Cfr. E. BARTOCCI, *Liberale, socialisti e cattolici nella formazione del nucleo originario dello Stato sociale in italiano: 1898-1919*, in *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia: dal Medioevo ad oggi*, a cura di V. Zamagni, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 671-709.

passaggio dalla libertà all'obbligo⁽³³⁾, di minimizzare l'impatto della pubblicizzazione sul diritto comune civilistico, la svolta poste in essere dalla nuova forma di ingerenza dello Stato sulla società.

Nella modernità ogni Stato si pone come 'Stato interventista' perché non cessa di limitare, stimolare, reprimere i processi sociali, imponendo norme, regolando amministrativamente casi singoli, assicurando « il governo della sicurezza »⁽³⁴⁾. Con lo sviluppo industriale e con l'emersione della questione sociale — legata, in modo pressoché esclusivo, al nuovo mercato del lavoro e alla questione operaia — l'azione statale si accresce, fissa nuovi confini fra società civile e Stato, sottrae spazi all'autonomia dei privati, crea nuovi saperi disciplinari⁽³⁵⁾. Il passato, certo, non si dissolve in un nuovo assetto istituzionale: risalendo oltre le leggi sociali, oltre la società industriale e la questione operaia, si possono scorgere protezioni offerte dal reticolo di comunità e corporazioni della società di antico regime, forme di autoorganizzazione in grado di assumere responsabilità comunitarie, oppure è possibile cogliere continuità con l'interventismo dello Stato di polizia, o ancora lasciati delle forme di cooperazione tra associazioni, corporazioni, comunità politiche e Stato poste in essere nella crescente sovrapposizione di « nuovi protagonisti e vecchi linguaggi » che caratterizza la « fine dell'ordine

⁽³³⁾ A. CHERUBINI, I. PIVA, *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, Milano, FrancoAngeli, 1998.

⁽³⁴⁾ Sulle diverse declinazioni della sicurezza nella modernità — dalla sicurezza hobbesiana, come « precondizione per l'esistenza stessa della società » al « diritto alla sicurezza nella sicurezza dei diritti », dalla « sicurezza nello e dello Stato » alla « sicurezza nella società », al « governo della popolazione » posto in rilievo negli studi di Michel Foucault, si cfr. il numero di « Filosofia politica », XXIX (dicembre 2015), 3, dedicato a « Sicurezza », in cui si vedano in particolare i saggi M.L. LANZILLO, *Editoriale. Il governo della sicurezza*, pp. 385-394 (da cui sono tratte le citazioni riportate sopra); A. DEL VECCHIO, *Assicurare i soggetti. Sicurezza e dispositivi di governo della modernità*, pp. 405-420; A. ZANINI, *Sicurezza sociale. Un paradigma politico per il Welfare State*, pp. 421-432.

⁽³⁵⁾ Essenziale sul punto, con particolare riferimento all'intreccio fra leggi sociali e nascita della 'parte generale' nel diritto amministrativo, M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 11 (1989), pp. 129-147.

antico »⁽³⁶⁾. Le lontane radiazioni non risolvono, però, il problema posto dalle leggi sociali, percepite in discontinuità con il passato, considerate, ora con speranza ora con timore, dirompenti per l'assetto costituzionale della società ottocentesca, come momento di avvio di un nuovo assetto istituzionale dello Stato liberale.

Per quanto fosse stata caratterizzata da un'espansione tardiva e frammentaria, la legislazione sociale italiana all'inizio del Novecento si poneva come il motore dei mutamenti istituzionali: al progressivo abbandono del ruolo dello Stato caratterizzato esclusivamente dal carattere dell'autorità si congiungevano prime forme di coordinamento fra soggetti pubblici e privati, interventi tecnici necessari per la gestione delle nuove leggi sociali (così come accade con il Consiglio superiore del lavoro, il Consiglio della previdenza e delle assicurazioni sociali), sino a giungere poi — sempre sviluppando aperture presenti nell'amministrazione delle leggi sociali di inizio secolo — all'affidamento di « interi settori della nuova legislazione sociale a soggetti diversi dallo Stato »⁽³⁷⁾. Le forme di collaborazione che ridisegnano il volto dello Stato liberale e dell'amministrazione si muovono, però, lontano dal passato, gravitano entro l'orbita del diritto pubblico che assorbe e regola la 'gestione del sociale'.

Il nodo di tale mutamento è stato affrontato negli ultimi anni da una serie di studi che, utilizzando in chiave storica una (recente) categoria concettuale del diritto amministrativo tedesco, la *regulierte Selbstregulierung*, hanno per così dire sezionato il processo di pubblicizzazione, individuando una vasta zona di coordinamento fra interessi particolari e interessi comuni, di collaborazione fra pubblico e privato, d'ibridazione tra livelli normativi di origine statale e

⁽³⁶⁾ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 138 e ss.

⁽³⁷⁾ « Lo Stato liberale, che nell'Ottocento si era presentato ai cittadini, nella veste dell'autorità, andò parzialmente caratterizzandosi come garante della corretta applicazione delle leggi sociali e anche — in parte — come soggetto attivo di nuove politiche pubbliche a esse immediatamente o indirettamente collegate ». G. MELIS, *Sistemi di tutela: previdenza, assistenza, legislazione sociale*, in *Il sindacalismo federale nella storia d'Italia*, a cura di F. Della Peruta, S. Misiani, A. Pepe, Milano, FrancoAngeli, 2000, p. 22 e ss.

non, tra dispositivi di regolazione statale e forme di autoregolamentazione sociale ⁽³⁸⁾.

L'autoregolamentazione regolata s'incunea tra intervento dello Stato e autonomia privata: il coordinamento tra privati interagisce con obiettivi pubblici, fissa e implementa norme, si pone come autoregolamentazione giudiziaria, assolve funzioni pubbliche grazie ad attori non statali, a comunità che agiscono per il bene comune con un'azione distinta da quella statale e da quella puramente privata ⁽³⁹⁾. Tale forma d'ibridazione si afferma sistematicamente con lo Stato interventista che piega (regola) l'autoregolamentazione) dei gruppi al raggiungimento di obiettivi ben determinati, al compimento di funzioni 'pubbliche' ⁽⁴⁰⁾. Rispetto alle forme antecedenti di collaborazione, impregnate da interessi puramente corporativi, l'autoregolamentazione regolata non realizza più fini particolari di gruppi *contro* e *senza* lo Stato ma, al contrario, è

⁽³⁸⁾ P. COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* » — *ertragreiche Analysekatoren für eine (rechts-)historische Perspektive?*, in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, ed. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2011, pp. 3-31; P. COLLIN, S. RUDISCHHAUSER, *Autorégulation régulée. Analyses historique de structures de régulation hybrides*, in « Trivium », 21 (2016), qui si veda per un sintetico confronto circa l'uso della categoria della 'autoregolamentazione regolata' in Francia e in Germania.

⁽³⁹⁾ L'autoregolamentazione regolata si pone così come « Koordinierung gesellschaftlichen Interessen in Bezug auf ein gemeinsames Ziel mit (zumindest potentieller) Gemeinwohlrelevanz ». COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* », cit., p. 9.

⁽⁴⁰⁾ *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, ed. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012. Con particolare riferimento a norme di carattere tecnico che manifestano 'autonomia' rispetto alla centralità 'monocratica' della legge, cfr. M. VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, in particolare cap. III (p. 293 e ss.): « Rationalisierung durch Selbstorganisation: Überbetriebliche technische Normung »; si veda anche ID., *Reinsurance Law as an Autonomous Regulatory Regime? Resistance to Codification and Avoidance of State Jurisdiction in the Twentieth Century*, in *Managing Risk in Reinsurance. From City Fires to Global Warming*, eds. N.V. Haueter, G. Jones, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 206-229.

messa in opera *nello Stato, con e per lo Stato* ⁽⁴¹⁾. La via intermedia è collocata tra forma piena di statalizzazione (di monopolio statale della norma) e autonomia privata, assumendo diverse gradazioni di dipendenza e libertà determinate dalla vicinanza alla polarità statale o a quella puramente privata: l'associazione, in quanto forma ideale di autoorganizzazione privata, si presenta così come la forma più debole di autoregolazione regolata; al contrario, in prossimità del polo opposto, si collocano forme di autoregolazione quasi completamente assorbite nella sfera statale ⁽⁴²⁾.

Particolarmente fragile è il confine con il 'puro' diritto privato; un confine segnato dall'operare della *Gemeinwohlrelevanz* nel diritto comune dei privati 'soltanto' come limite alla loro autonomia, senza dunque assumere la diretta importanza per 'il bene comune' realizzata, in modo più o meno intenso, dalle diverse forme di *autoregolamentazione regolata*. La messa a fuoco della via intermedia minimizza così la contrapposizione tra pubblico e privato ma nello stesso tempo esaspera la distanza tra i poli estremi: l'autonomia privata, caratterizzata dal puro perseguimento d'interessi particolaristici (e da un ruolo assolutamente minimo dell'intervento pubblico); il polo statale, caratterizzato da pura imperatività. L'allontanarsi delle polarità apre inevitabilmente uno spazio ampio di normatività 'ibrida' configurabile come autoregolamentazione regolata, anche se il motore della trasformazione resta la pubblicizzazione, l'estensione dell'orbita del diritto pubblico che attrae spazi del diritto comune civilistico, assorbe e piega l'azione dei privati allo svolgimento di funzioni collocate in una zona di confine fra società civile e Stato sempre più difficili da ricondurre alla pura imperatività. Il campo di tensione determinato dall'ingerenza dello Stato sul diritto comune civilistico — il punto su cui più forti erano i contrasti nel dibattito giuridico sulle leggi sociali — è così temperato da forme di produzione normativa poste fra Stato e società civile, fra unità e pluralità.

Indirizzata soprattutto a cogliere il versante dell'amministrazione, la prospettiva d'indagine lascia ai margini del discorso i

⁽⁴¹⁾ COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* », cit., p. 24 e 26.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 15 e ss.

conflitti interni al diritto comune civilistico: pur prescindendo dalle mitologie del *laissez-faire* di uno scontro tra privati sempre indirizzato al 'bene comune', restano comunque in ombra le rivendicazioni di diritti capaci di affermarsi *senza e contro* lo Stato, entro una sfera considerata 'autonoma' rispetto all'ingerenza statale; restano in ombra le interpretazioni del diritto comune civilistico capaci di promuovere una trasformazione giurisprudenziale del diritto vigente *au-delà du Code civil*.

4. *Sui confini fra Società civile e Stato: i proviviri e la « funzione sociale » nel diritto comune civilistico.*

Al di là delle forme di collaborazione poste in essere dal percorso di pubblicizzazione, la costruzione amministrativa dello 'Stato che lavora' ⁽⁴³⁾ si confrontava tra Otto e Novecento con modelli giuridici di governo del sociale che continuavano a scontrarsi in uno spazio in cui la crescente 'ibridazione' non si traduceva in una cordiale intesa fra Stato e società, in « funzioni sociali » convergenti per l'affermazione del 'bene comune'. Un profilo particolare attraverso cui considerare la questione può essere offerto dalle magistrature industriali, progressivamente regolamentate nel corso dell'Ottocento dagli Stati ma considerate come un modello di costruzione autonoma del 'diritto operaio' ⁽⁴⁴⁾, di affermazione nella prassi di un diritto vivente extralegislativo. Il fenomeno — inquadabile per molti aspetti come 'autoregolamentazione regolata giudiziaria' — fa emergere collaborazione e conflitti nella zona di confine fra azione sociale dello Stato e della società civile.

⁽⁴³⁾ Cfr. P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: 'Arbeitender Staat' e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, p. 277 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homal*, in « Le Mouvement social », 1987, p. 25 e ss.; ID., *Industrial tribunals and the establishment of a kind of common law of labour in nineteenth-century France*, in *Private law and social inequality in the industrial age*, ed. W. Steinmetz, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 203 e ss. Il « droit des ouvriers » affermato dai proviviri nella prassi è poi, nella ricostruzione di Cottereau, svilito e falsato da un « coup de force dogmatique », dalla creazione astratta della figura del contratto di lavoro. Cfr. ID., *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France XIXe siècle)*, in « Annales HSS », 2002, p. 1521 e ss.

In Italia la legge istitutiva delle Giurie probivirali giunse tardivamente nel 1893. Enrico Redenti, uno fra i lettori più attenti della legge, ha la possibilità agli inizi del Novecento di considerare l'evoluzione storica delle Giurie e la trasformazione delle loro funzioni comparando diverse esperienze e presentando un primo articolato bilancio della loro attività nel *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (45). Lo scritto si inserisce nell'ambito delle Inchieste e ricerche statistiche promosse dall'Ufficio del lavoro diretto da Giovanni Montemartini che, subito dopo la nomina nel 1903 a direttore dell'Ufficio, aveva avviato studi e ricerche sulla trasformazione industriale, sull'andamento della legislazione sociale, sulle forme d'intesa fra industriali e lavoratori, all'interno di un complessivo progetto di gestione attiva del mercato del lavoro che mirava ad andar oltre lo scontro fra scelte protezionistiche e liberismo economico (46).

Redenti mira a cogliere le funzioni dei probiviri movendo dalla ricostruzione storica: affermatasi originariamente come « organi di pacificazione » legati all'assetto della società di antico regime, *prud'hommes* e arbitri municipali (47) non erano certo in grado — scrive — di contrastare la trionfante economia capitalistica che, « sotto l'egida del diritto privato », dei principi individualistici, dell'assolutezza proprietaria e della « santità del contratto », stava operando una « trasformazione della costituzione sociale », inasprendo i conflitti, moltiplicando disuguaglianze e povertà (48). Destinata a inevitabile fallimento, la « povera funzione » di pacificazione progressivamente muta e ai probiviri sono così sempre più attribuite funzioni giudiziarie. La conquista della « competenza giudiziaria » è da leg-

(45) E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906], ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli, Torino, Giappichelli, 1992. Cfr. Enrico Redenti, *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1995.

(46) V. GALLOTTA, *La committenza del Massimario: L'Ufficio del lavoro ed il suo Direttore, Giovanni Montemartini*, in Enrico Redenti, *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 81 e ss.

(47) I riferimenti vanno alla legge francese del 1806 e alla *Gewerbeordnung* prussiana del 1849 e ai successivi provvedimenti, ma il quadro comparato è particolarmente ampio e giunge sino alle esperienze dell'Australia e della Nuova Zelanda.

(48) REDENTI, *Massimario*, cit., p. [7] 83. Il numero tra parentesi si riferisce alla pagina dell'edizione del 1906.

gere nell'ambito della complessiva trasformazione della società e del diritto comune, s'inserisce nella « grande opera di rinnovamento » realizzatasi grazie alla « pressione della classe operaia » e al diffondersi della « coscienza dell'inutile iniquità di talune forme di sfruttamento », si lega alla fine della repressione dell'associazionismo, all'affermarsi dei conflitti collettivi e del « contrattar per gruppi », alle riforme adottate nei paesi più progrediti per creare « nuovi istituti di previdenza destinati a por riparo a certi momenti più stridenti della miseria operaia » (49).

Movendo da questo percorso, è possibile accostarsi alle funzioni attribuite dalla legge del 1893 ai probiviri (50). Redenti non ha dubbi nel classificare le Giurie operanti « in via giudiziaria » come « organi dello Stato » e la loro funzione come pienamente statale (51). Più complesso, invece, è l'inquadramento del nuovo ruolo assunto dalla 'primitiva' funzione di pacificazione posta « sui confini fra la Società civile e lo Stato » (52). I problemi nascono dalla difficoltà di classificare l'intervento sociale dello Stato: certo, la funzione statale implica l'esercizio di *imperium*, ma appare oramai chiaro (e il richiamo va tra gli altri a Lorenz von Stein) che esistono « funzioni statali subbiettive senza esercizio di *imperium* ». Come classificare allora l'attività di conciliazione che non è esercizio di

(49) Ivi, pp. [9-10] 85-86.

(50) Composte di giudici rappresentanti del mondo dell'impresa e del lavoro mediate da un presidente 'togato', le Giurie erano chiamate, in via generale, a svolgere le 'vecchie' funzioni di conciliazione e, in via giudiziaria (più ristretta per competenza) a comporre come Tribunali industriali le controversie individuali di lavoro sorte « per l'esercizio delle industrie » fra imprenditori, operai o apprendisti. L'ufficio di conciliazione (composto da un industriale, da un operaio e dal Presidente, nominato con decreto reale su proposta del Ministro dell'agricoltura, industria e commercio, fra i giudici togati e fra coloro che potevano essere nominati conciliatori) doveva espletare il tentativo di conciliazione anche per le controversie eccedenti la competenza per valore dei probiviri; in caso di fallimento del tentativo di conciliazione la Giuria (composta da due industriali, due operai e dal Presidente) poteva affrontare le controversie non eccedenti il valore di duecento lire, seguendo un 'rito speciale': il giudice disponeva di ampi poteri d'ufficio e le sentenze erano immediatamente esecutive (appellabili solo per incompetenza o eccesso di potere).

(51) REDENTI, *Massimario*, cit., pp. [3] 79 e [20] 96.

(52) « [...] là dove la distinzione fra organi e funzioni è fatta piuttosto di sfumature, di accentuazioni, anziché di caratteri tipici differenziali ». Ivi, p. [31] 107.

funzione sovrana (rispetto alle parti i probiviri agiscono « come fosse[ro] un gruppo od organo della società civile ») ma che, nello stesso tempo, è *officium* attribuito dalla legge? Redenti valorizza l'attribuzione: nell'esercizio della conciliazione i probiviri sono « emanazione della società civile » con una « missione » che « lo Stato ha consacrato in una legge [...] ed ha così, in certo modo attratto subbiettivamente entro la propria orbita »⁽⁵³⁾; l'originaria « funzione sociale » di « gruppi ed organi sociali » è attratta dallo Stato che « è intervenuto nel pubblico interesse a promuoverla e regolarla ». A trasformarla: per quanto si presenti apparentemente inalterata quell'azione sociale « non è più propria esclusivamente della società civile, ma è passata ad essere altresì funzione dello Stato »⁽⁵⁴⁾.

L'incertezza classificatoria (in cui affiora un uso ancora drammatizzato della distinzione tra diritto pubblico e privato) è risolta rinviando all'estensione dell'attività sociale dello Stato, all'allargamento dell'orbita del diritto pubblico ottenuta attraverso una forma di 'collaborazione' da cui, però, Redenti intende trarre conseguenze rilevanti sul piano del diritto civile. Movendo, infatti, da una visione unitaria dell'ordinamento sostanziale e processuale, egli deriva dalla modifica apportata all'ordinamento giudiziario una « *portata civilistica* (di diritto sostanziale) », « una influenza di merito sul diritto sostanziale considerato nella vita »: i probiviri possono e devono incidere nel diritto che « è, *deve* essere, una forza sempre vivente »⁽⁵⁵⁾. Pur essendo state originariamente pensate per una funzione di mera *pacificazione*, le giurie agiscono *con* il diritto e *sul* diritto, trasformano *il diritto vigente*, allargano l'orbita del diritto scritto, del diritto codificato⁽⁵⁶⁾. Redenti non crede che lo Stato di diritto possa rinnegare se stesso consentendo alle Giurie di applicare

⁽⁵³⁾ Ivi, p. [32] 108.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. [32-33] 108-109.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. [26] 102.

⁽⁵⁶⁾ « [Pur] rimanendo tuttora inalterato il loro ordinamento primitivo, essi falliscono il loro compito di pacificazione, ma come organi giurisdizionali (sia in 'via giudiziaria', sia in via di conciliazione *stricto sensu*) funzionano effettivamente e [...] con utili risultati » (ivi, p. [10] 86); « Pur tutelando il *diritto vigente* », i tribunali svolgono una « funzione che si esplica nella integrazione del diritto scritto, anzi [...] nel rendere attivo un meccanismo di integrazione del diritto codificato » (ivi, p. [26] 102).

il « diritto dell'avvenire », il « diritto proletario », il « diritto operaio », la trasformazione va operata interpretando sistematicamente il Codice e risolvendo i problemi di qualificazione giuridica delle leggi sociali, attingendo « alla natura dei fatti », per far emergere « un complesso di regole intermedie » fra le linee tracciate dal Codice e « la varietà dei casi concreti »⁽⁵⁷⁾. L'ingresso a pieno titolo nella giurisdizione consente insomma ai probiviri di trasformare situazioni di « mero fatto » « nella sfera di tutela e di garanzia del diritto »⁽⁵⁸⁾. L'attrazione della conciliazione tra le funzioni dello Stato (« non è più propria esclusivamente della società civile, ma è passata ad essere altresì funzione dello Stato ») indica invece la zona in cui, dopo l'abbandono della politica della repressione, lo Stato non può e non deve ingerirsi direttamente « con atto sovrano »⁽⁵⁹⁾, la zona in cui i probiviri agiscono da mediatori fra società e Stato, in attesa di un pieno ingresso nell'ambito della giurisdizione.

Le scelte del *Massimario* di Redenti furono ben accolte da Montemartini che fondava il suo progetto di regolamentazione giuridica del lavoro su tre pilasti da mantenere in equilibrio: contrattazione, probivirato, legislazione sociale⁽⁶⁰⁾. Posta al centro della tensione fra allargamento dell'orbita del diritto pubblico e trasformazione del diritto comune, la forma di collaborazione dei probiviri non mostrava una *pacifica* unione fra Stato e società, fra contrattazione e sviluppo razionale della legislazione sociale, fra crescita delle forme di tutela nel diritto civile e interventi di un'amministrazione che, con grande difficoltà, tendeva ad andar oltre la funzione di *imperium*⁽⁶¹⁾. L'equilibrio ricercato da Montemartini e proposto da Redenti con la sua lettura attenta a congiungere diritto vigente e diritto vivente riportava ai conflitti della società e agli scontri

(57) Interpretazioni queste — aggiunge — forse da respingere ma comunque derivanti da « un concetto che è del nostro diritto positivo ». Ivi, p. [68] 144.

(58) Ivi, p. [27] 103.

(59) È la zona sempre più estesa di 'autoregolamentazione' scaturente dai conflitti collettivi: qui il compito degli Uffici di conciliazione è di svolgere una « azione sociale diretta a facilitare e rendere più rapida la soluzione dei conflitti e cioè la desistenza dallo sciopero o dalla serrata, o la conclusione del contratto o dei contratti o del concordato, oggetto o causa del conflitto ». Ivi, pp. [15] 91.

(60) GALLOTTA, *La committenza del Massimario*, cit., p. 123.

(61) Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 415 e ss.

riguardo alla possibilità di governare la questione sociale anche senza la legge.

Le letture e le 'riscoperte' del secondo dopoguerra dell'esperienza probivirale hanno teso, del resto, proprio a valorizzare l'esperienza dei « raddomanti di Stato alla ricerca del diritto vivente »⁽⁶²⁾ in contrapposizione, più che in collaborazione, con l'ingerenza statale, presentando i probiviri come « strumento di formazione extralegislativa del diritto », di formazione empirica di regole dirette a governare la questione sociale in « controcorrente » rispetto alle domande d'intervento della legge di matrice illuministica⁽⁶³⁾; come espressione di una « idea di giustizia che crea il diritto », « una produzione extralegislativa » che, « quando cerca[va] un aggancio nel sistema positivo delle fonti », lo trovava nel diritto privato, guardando al Codice civile e spingendosi al di là del diritto del Codice⁽⁶⁴⁾.

A fine Ottocento l'opposizione tra creazione giurisprudenziale del diritto e intervento legislativo è più che mai rilevante negli scontri riguardo alla 'teoria del rischio', una teoria nata nell'ambito del diritto privato ma destinata a divenire parte integrante dei sistemi di sicurezza sociale: la creazione giurisprudenziale, la « trasfigurazione giurisprudenziale » dei principi del Codice rappresentava un'alternativa alla legge speciale e alla collocazione della nuova teoria all'esterno del diritto comune. Certo, chiosa Raymond Saleilles, può essere necessaria « une loi sur la responsabilité industrielle. Il y a là un terrain nouveau qui demande une réglementation

(62) U. ROMAGNOLI, *Proviviri, brava gente*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 23.

(63) G. GIUGNI, *La "giurisprudenza industriale" e l'esperienza dei probiviri*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 151.

(64) P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 157-158. Nella lettura di Pietro Rescigno e Gino Giugni la formazione extralegislativa del diritto e l'estensione del diritto privato attuata dai probiviri erano, dunque, da porre in contrasto con l'ingerenza statale sul conflitto e l'autonomia collettiva, sul 'contrattar per gruppi'. Il recupero di quella pagina di storia entrava in simbiosi nel secondo dopoguerra con le interpretazioni di quanti — e Rescigno e Giugni erano tra i principali protagonisti — avevano inteso « restituire » il diritto del lavoro al diritto privato dopo gli interventi autoritari del corporativismo, attuare la Costituzione e i diritti senza il necessario intervento statale, 'senza la legge'.

nouvelle », resta però ferma la via della trasformazione giurisprudenziale del diritto civile:

Mais je crois qu'en attendant la loi, nous pouvons découvrir dans le Code civil lui-même, non seulement le principe, mais l'application même du risque industriel. C'est à la jurisprudence, qui d'ailleurs a déjà commencé à se faire là-dessus un système plus ou moins large et élastique, par voie d'interprétation. Je suis loin de dire que cela doit suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c'est excellent. Je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que la loi ⁽⁶⁵⁾.

5. *Legislazione sociale e « diritto dello Stato »: le regole dell'eccezione.*

La possibilità di una complessiva trasformazione del diritto attraverso una produzione extralegislativa, di un'affermazione 'autonoma' del diritto capace di prescindere o di andare giudizialmente 'al di là' dall'intervento legislativo, resta un percorso posto ai margini rispetto alla centralità dell'intervento sociale dello Stato. Le leggi sociali si presentano come *diritto dello Stato* che afferma 'eccezioni' per ricomporre l'ordine attraverso meccanismi di esclusione e inclusione, coercizione e protezione. La 'specialità' dell'intervento, il suo porsi all'esterno del diritto comune della nazione, ai margini del vero diritto, caratterizza a lungo l'uso del termine legislazione sociale, costituendo poi un fardello nelle ricostruzioni giuridiche dello Stato sociale come dispensatore di diritti riferibili 'a tutti'.

A metà Novecento in due volumi fitti di dati sono raccolti e commentati *Cento anni di legislazione sociale italiana*: muovendo dagli Stati preunitari, passando per l'Italia liberale, il fascismo, la Repubblica sociale italiana, il Governo militare alleato, si giunge ai primi provvedimenti dell'Italia repubblicana ⁽⁶⁶⁾. La raccolta ricomprende senza molte distinzioni interventi in tema di tutela del lavoro, di

⁽⁶⁵⁾ Cfr. M. SABBIONETI, *Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione giurisprudenziale del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), p. 397 e ss.; a pp. 442-443 la citazione di Saleilles.

⁽⁶⁶⁾ E. ROSELLI, *Cento anni di legislazione sociale — 1848-1950*, vol. I: *Titoli legislativi*; vol. II: *Commenti — Riproduzione atti legislativi*, Milano, Bernabò, 1951.

beneficenza, assistenza, mutualità, previdenza e assicurazioni sociali, pensioni, emigrazione, edilizia sociale; a questi si aggiungono provvedimenti in tema di 'sicurezza sociale' intesa nel senso di ordine pubblico. Interventi coattivi, mutualità e 'soccorso' si fondono nelle risposte a bisogni di « classi meno abbienti » popolate da domestici e operai, da oziosi e disoccupati, da vagabondi e accattoni ⁽⁶⁷⁾.

Intesa come insieme di provvedimenti indirizzati a far fronte al « bisogno umano », al « dolore », alla « pena umana », la legislazione sociale ha in queste pagine contorni indefiniti e carattere permanente: i provvedimenti, si scrive nella breve introduzione, « non mutano » perché non muta la necessità di fornire risposte al bisogno umano. In tanta continuità una trasformazione è comunque colta nel « progressivo salire dal piano privato formato dalle iniziative dei cittadini, al piano associativo, formato da gruppi di volontari, uomini che si raccolgono o per l'impulso del loro bisogno o per quello della loro volontà, al piano del diritto dello Stato che sostiene l'intervento di questa suprema autorità nell'interesse comune ». Seguendo tale movimento è così possibile individuare nei 'cento anni' un doppio passaggio: nel primo cinquantennio dal piano privato a quello *delle società*; nel secondo « dal piano delle società a quello statale » ⁽⁶⁸⁾.

Abbandonando il piano dell'azione privata e *delle società* per diventare « diritto dello Stato », la stessa dizione legislazione sociale diviene più specifica, mirata nell'interesse comune su obiettivi determinati. Povertà, malattia, disabilità, vecchiaia e morte 'non mutano' ma l'evoluzione dei provvedimenti indica un moto di avanzata del *diritto dello Stato*: dall'individuo alle associazioni, dalle associazioni allo Stato, dall'azione volontaria a quella statale. La legge guida, indirizza, monopolizza l'azione diretta a far fronte al *bisogno umano*, a contrastare il *dolore* e la *pena umana*. I commenti, per lo

⁽⁶⁷⁾ Particolarmente frequenti sono i riferimenti alle circolari. Così, ad esempio, vi rientra una circolare del Ministero dell'interno del 18 aprile del 1896 in tema di accattonaggio in cui i prefetti sono inviati, da un lato, a collaborare con autorità municipali, istituti pii, privati, per « promuovere tutte le istituzioni che mitigano le sofferenze delle classi meno abbienti » e, dall'altro, a far valere le misure penali necessarie, alternando spostamenti coatti con assistenza, indirizzo e 'consiglio al lavoro'. Cfr. ivi, vol. II, pp. 106-107.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, vol. I, p. 14.

più descrittivi, ai vari provvedimenti mostrano la progressiva perdita della valenza onnicomprensiva della 'legislazione sociale' e il suo affinamento in senso moderno ⁽⁶⁹⁾, in relazione al 'farsi' dello Stato nazionale prescindendo però dai diversi assetti costituzionali. Colpisce, infatti, la presunta unitarietà del percorso, la continuità tra interventi disparati collocati tra i due « vertici » della repubblica romana e l'Italia repubblicana, dal libretto di lavoro al collocamento, dalla tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli alle assicurazioni sociali, dal lavoro industriale alle disposizioni per il contratto di mezzadria, dall'educazione morale, religiosa e professionale dei giovani 'oziosi' all'assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati; un'evoluzione il cui filo conduttore è l'assorbimento nell'area del 'diritto dello Stato' di tutele prima affidate al 'piano privato' e all'azione volontaria dei gruppi.

L'evoluzione legislativa si presenta nello stesso tempo come un processo di 'scoperta della società' e di differenziazione del diritto comune attraverso interventi circoscritti a categorie di soggetti ora da disciplinare e indirizzare, ora da tutelare e proteggere: « oziosi e persone sospette », « profughi », « famiglie indigenti di militari morti o resi inabili al lavoro combattendo per la Patria », fanciulli e donne lavoratrici, operai infortunati, malati, invalidi, disoccupati involontari. Ad accomunarli, a renderli meritevoli del sostegno della legge, più che la loro comune appartenenza alla nazione, è la loro impossibilità di esserne pienamente parte, di abitare in autonomia lo spazio della società civile, di esserne protagonisti. L'ingresso nell'area della protezione garantita dal 'diritto dello Stato' si presenta come esclusione dall'area del diritto comune, come eccezione al diritto di tutti. Ad accentuare l'impressione è, certo, l'elencazione 'senza storia' dei provvedimenti, la mancanza di distinzioni e di contestualizzazioni (dei bisogni, dei rischi, delle relazioni sociali, delle istituzioni, delle diverse forme d'intervento statale e dei tipi di Stato); l'arbitraria continuità segnala, però, un carattere fondamentale dell'affermarsi dello Stato sociale come 'diritto dello Stato' perennemente in bilico tra coercizione e integrazione, tra controllo

⁽⁶⁹⁾ Sui mutamenti del significato di legislazione sociale tra XIX e XX secolo cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., pp. 29-30.

e protezione, tra assorbimento della società e riconoscimento di diritti.

Bilanci antecedenti disegnano in maniera più circoscritta la legislazione sociale, precisando soggetti e momenti di svolta, mostrando la tensione dell'eccezione a porsi come diritto generale, ma la direzione complessiva del moto non cambia. All'inizio del Novecento, con richiami alla sociologia, all'organicismo e al solidarismo, a Comte e Fouillée, *trent'anni di leggi sociali* sono letti come espressione di un « nuovo concetto fondamentale del diritto che si impone al legislatore »: il « diritto proporzione » si impone sul « diritto uguaglianza », il « diritto integrazione » sul « diritto indifferenza ». A guidare l'espansione sociale è l'allargarsi delle competenze dello Stato sino « ai limiti della più cinica prepotenza » ma forte è la certezza che « le esigenze del tempo » imporranno il trionfo di una via intermedia tra « socialismo puro » e « individualismo puro »: « V'è un abisso tra il socialismo e lo Stato sociale a cui ci trascina l'evoluzione » (70).

I cinquant'anni di legislazione sociale considerati da Angiolo Cabrini alla vigilia del conflitto mondiale tracciano un percorso circoscritto alla « legislazione operaia », letta in connessione con l'allargarsi del suffragio e il processo di democratizzazione. Il filo conduttore è dato dall'inevitabile passaggio dalla « illusione » dell'assicurazione spontanea all'assicurazione obbligatoria: il fallimento della « previdenza spontanea » è segnato dall'approdo nel 1898 all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, una scelta destinata a porsi come modello anche in tema di assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia (l'inevitabilità dell'approdo è certificata dalla « conversione » all'obbligatorietà anche da parte del più intransigente dei sostenitori della previdenza spontanea, Luigi Luzzati). Leggi e progetti sociali d'inizio Novecento (71), sostenuti

(70) Bassano GABBA, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 13 e ss.; 22; 121.

(71) Il riferimento va alla successione di interventi e progetti posti in essere tra il 1901 e il 1913 in tema di infortuni sul lavoro (testo unico del 1904), invalidità e vecchiaia (la 'conversione' di Luzzati è riferita al suo intervento all'VIII Congresso internazionale delle assicurazioni sociali), disoccupazione, protezione del lavoro nelle risaie, lavoro notturno nella panificazione, riposo settimanale e festivo, emigrazione,

dall'affermarsi dell'amministrazione caratterizzata da corpi consultivi (72), dall'azione del sindacato, accrescono l'azione statale, sviluppano la legislazione sociale (73). Il moto espansivo tende ad andar oltre il nesso tra legislazione sociale ed economia industriale (« si suole ripetere che quella segue questa come l'ombra il corpo »), « oltre i margini del proletariato manuale », per investire l'intera economia della nazione (74). La tendenza è propria della « società contemporanea », propria di tutti gli Stati moderni, coinvolge sotto la pressione del sindacato anche Inghilterra e Stati Uniti: « È dunque davvero tutto il mondo moderno che — sotto l'influenza delle correnti democratiche e man mano che il Codice civile si va allontanando dalle condizioni della vita reale — partecipa con moto sempre più accelerato alla preparazione del nuovo codice [...]: il Codice del Lavoro » (75). Legislazione sociale è avanzata di uno 'Stato sociale' che ha come protagonista il lavoro (76), è incontro tra il « riformismo cesareo di Bismarck » e la posizione di coloro che, erroneamente, rappresentavano « tutta la legislazione sociale come una conquista più o meno diretta del proletariato » (77); è « terreno della collaborazione di classe », campo di « confluenze politiche »

contratti e magistratura del lavoro, cooperazione e case popolari, provvedimenti « per la terra a chi la lavora » (piccola proprietà rustica, demani comunali), collocamento, ispettorato del lavoro. A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Roma, Bontempelli, 1913, p. 64 e ss., p. 137.

(72) Il Consiglio Superiore del Lavoro, il Consiglio della previdenza e delle assicurazioni sociali, la Commissione centrale delle cooperative, la Commissione centrale per le case popolari, il Consiglio dell'emigrazione, sono strumenti di democratizzazione e partecipazione che Cabrini valorizza sulla scia dei progetti di Giovanni Montemartini, cui peraltro il libro è dedicato. Ivi, p. 137 e ss.; 220 e ss., p. 236.

(73) « Quando la beneficenza privata e pubblica si mostra impotente a fronteggiare le miserie sociali, lo Stato — che vede più in là del singolo individuo o del gruppo, e si concede sempre più al processo di democratizzare — lo Stato si ispira a un interesse superiore — quello della collettività — e sviluppa la legislazione del lavoro ». Ivi, p. 209 e ss.; pp. 236-241.

(74) Ivi, pp. 241 e 230.

(75) Ivi, p. 235.

(76) Sullo stretto collegamento tra legislazione sociale e Stato sociale si cfr. L. GAETA, A. VISCOMI, *L'Italia e lo Stato sociale*, in RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 227 e ss.

(77) « [...] l'esame obiettivo dei fatti ci apprende che, in quasi tutti gli Stati, importantissime leggi sociali hanno preceduto di anni e qualche volta di decenni la

che opera una lenta trasformazione costituzionale del diritto comune, della società del Codice (78).

6. *Il diritto comune civilistico e 'la società che lavora'.*

In Italia il processo di costruzione del diritto nazionale e di 'scoperta della società' sono pressoché contemporanei: il Codice civile come espressione del diritto finalmente comune a tutti gli italiani, di un'identità giuridica nazionale avvertita come sottratta alla stessa onnipotenza del legislatore, si confronta presto con una società diversa da quella ipotizzata dagli entusiasmi risorgimentali e dalla 'società del Codice' (79). Il dibattito parlamentare e giuridico sulle leggi sociali, dagli anni ottanta, registra fedelmente l'incontro e lo scontro tra diverse rappresentazioni dei diritti e della società, dell'appartenenza dei soggetti alla nazione: il punto reale dello scontro non riguarda già più il dilemma intervento/non intervento bensì l'incidenza giuridica dell'azione dello Stato sul diritto comune, la possibilità di trasformare con una 'semplice legge' il diritto della nazione. Mentre mutano i parametri attraverso cui comprendere il soggetto e i suoi diritti — nella seconda metà del Ottocento « sono la società, la solidarietà, l'interazione fra le parti, la divisione del lavoro, la collaborazione, i parametri dai quali far dipendere la comprensione del soggetto e i suoi diritti » (80) —, nelle pagine dei giuristi si apre il confronto tra diritto generale e speciale, tra regole comuni al diritto della nazione che si fa Stato e le 'eccezioni' del sociale.

In che misura il *diritto dello Stato* può incidere sul diritto

formazione di una reale forza politica delle classi lavoratrici ». CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 236.

(78) Ivi, pp. 236, 241.

(79) Cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2012; P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 163-200, p. 184 e ss.

(80) P. COSTA, *Il discorso sulla cittadinanza in Europa: ipotesi di lettura*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, a cura di C. Sorba, Roma, Libreria dello Stato, 2002, p. 12 e ss.: p. 32.

comune? È possibile travolgere il diritto nazionale unitario, il diritto 'di tutti', con leggi sociali?

Le richieste di riforma non offrono una risposta unitaria: le reazioni solidaristiche contro la svolta impressa dalla rivoluzione industriale e dall'individualismo esasperato della Rivoluzione francese, contro il *laissez-faire* posto « sotto l'egida del diritto privato » e le ingiustizie connesse alla questione sociale, danno per acquisito l'ingresso in una società caratterizzata da una nuova forma di appartenenza tra i singoli e la comunità politica nazionale, si muovono allo stesso tempo *contro* e *dentro* il diritto comune a tutta la nazione.

Nel momento in cui in coincidenza con un'industrializzazione tardiva ma accelerata la questione sociale si precisa anche in Italia come questione operaia, il volto della legislazione sociale però lentamente muta, isolando una 'eccezione' particolarmente pericolosa *nel* diritto comune nazionale. Si susseguono, certo, invocazioni di leggi sociali per la soppressione del lotto, la riduzione della tassa sul sale, la limitazione dell'usura, il miglioramento del sistema carcerario e delle leggi di pubblica sicurezza, l'emigrazione, il miglioramento della pubblica istruzione, la revisione di leggi finanziarie, per disciplinare gli oziosi e ridurre il pauperismo, come strumento di ordine, come 'valvola di sicurezza' contro la ribellione, come educazione contro « l'ozio, la improvvidenza, la spensieratezza »⁽⁸¹⁾, ma è in riferimento al lavoro organizzato che il termine si precisa: la legislazione sociale diviene *legislazione operaia*, così come la questione sociale diviene *questione operaia*.

Non si tratta di fissare un obbligo di cura per il povero come dovere dello Stato⁽⁸²⁾, di interrogarsi sul principio della « carità

(81) L'ingerenza sociale dello Stato è richiesta e negata allo stesso tempo: « Io Stato — si afferma — non è mai riuscito a guarire la piaga del pauperismo, anzi, ne aggrava le condizioni, perché altro non fa che incoraggiare l'ozio, la improvvidenza, la spensieratezza ». Si cfr. sul punto G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 83 e ss.

(82) Previsto, ad esempio, nell'*Allgemeine Landrecht* (1794). Cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., p. 36; RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 44 e ss.

legale »⁽⁸³⁾, ma di confrontarsi con un « desiderio di emancipazione » giocato sul *piano del diritto*. A metà degli anni ottanta, di fronte alla « rivoluzione operaia », una pagina di Domenico Berti pone la questione oscillando tra necessità di una ridefinizione del diritto comune e specialità dell'intervento:

nei lavoratori comincia a fervere un vivo desiderio di emancipazione. La sottomissione spontanea ai comandi dell'imprenditore o del proprietario va diminuendo di giorno in giorno. *Il diritto è l'idea che prevale*, ed è quella con cui la rivoluzione operaia si va compiendo. Ove non si ponga mente a quest'*idea prevalente del diritto*, si corre il rischio di gettare le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in moto. [...] Non si può tentare la risoluzione di siffatte questioni senza uscire dai termini del diritto antico. Noi non possiamo conferire personalità giuridica alle società di mutuo soccorso, se non applichiamo alle medesime la pienezza della libertà giuridica. Del pari non possiamo rimanere entro i confini del diritto comune, se vogliamo che sia sanzionato il progetto di legge per gli scioperi, quello sulla responsabilità civile dei padroni [...], quello sui probiviri, quello intorno al lavoro dei fanciulli e delle donne, e così molti altri [...]. *La legislazione operaia non sta, né può stare, nelle forme antiche* (84).

La necessità di approntare « provvedimenti speciali legislativi in favore della classe operaia »⁽⁸⁵⁾ modifica l'idea di legge sociale chiamando in causa il « diritto comune », le precedenti distinzioni, le « forme antiche ».

È sulla possibilità di 'produrre diritto' movendo dall'intervento sociale dello Stato che lo scontro si sposta. La strenua difesa del *laissez-faire* come fiera opposizione ai « socialisti della cattedra »

(83) È noto il riferimento di Cavour (articolo sul « Risorgimento » del 17 marzo 1848) alla « assoluta necessità di stabilire in tutti i paesi che hanno raggiunto un alto grado di ricchezza, sopra solide e prudenti basi, il principio della carità legale, affinché sia riconosciuto *quale uno stretto dovere sociale* il non lasciare nessuno esposto a cadere vittima delle estreme miserie ». Cfr. CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 18.

(84) Così Domenico Berti in un manifesto-bilancio delle proposte di riforma presentate come Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio del quarto e quinto governo Depretis (1881-1884). D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, tip. Voghera, 1885, p. 55 e 74.

(85) Ivi, p. 18. Per una più ampia contestualizzazione del testo cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 81 e ss.

e negazione della stessa questione sociale ⁽⁸⁶⁾ appare già lontana. L'apertura a una « ingerenza governativa » capace di *prevenire* e non solo *reprimere* ⁽⁸⁷⁾ resta accompagnata, certo, dal timore della fine dell'autonomia dei singoli e dell'avvento di un sistema dominato da un'autorità incaricata di regolare ogni cosa ⁽⁸⁸⁾, dalla convinzione — ben viva nelle proposte di Berti — che la presenza di un ente tutorio posto a « prevedere e provvedere » cancellasse l'impulso al risparmio, ingenerasse nelle « classi popolari falsi concetti attorno ai doveri dello Stato e speranze e pretese esagerate » ⁽⁸⁹⁾, lo scarto con il passato appare comunque dato dal porre una diretta relazione tra legge sociale-speciale e la libertà offerta 'a tutti' dal diritto comune, infrangendo il precedente tranquillizzante equilibrio tra interventi coattivi e limiti ammessi dal diritto comune, tra beneficenza e diritto.

L'intervento dello Stato, la legge speciale deve misurare 'l'eccezione' nel diritto comune, considerare la questione operaia oltre le « forme antiche » caratterizzate da controllo e soccorso, da interventi di polizia e « sottomissione spontanea », da « incentivi per gli oziosi ». La legge sociale ha a che fare con 'il diritto', non è estranea alla 'nuova società civile', all'ordine economico del mercato posto 'sotto l'egida del diritto privato'. L'utopia del *laissez-faire* è costretta a fare i conti con le contraddizioni dell'inclusione della 'società che lavora' nel diritto civile, oltre la logica dell'intervento assistenziale separato, inteso così come accadeva nella riforma della *Poor Law* del 1834 come incentivo a un lavoro sempre incompatibile con la

⁽⁸⁶⁾ Cfr. F. FERRARA, *Il germanesimo economico in Italia* (« Nuova Antologia » del 1874), ora in Id., *Opere complete*, vol. X, Roma, Istituto grafico tiberino, 1972, p. 565 e ss.

⁽⁸⁷⁾ G. BOCCARDO, *L'economia politica odierna come scienza e come istituzione* (1874), poi in Id., *L'economia politica moderna e la sociologia. Raccolta delle prefazioni dettate per la Biblioteca dell'economista*, Torino, Ute, 1883, p. 18 e 23.

⁽⁸⁸⁾ G. BOCCARDO, *Gli eretici dell'economia e la legislazione sociale* (1882), in Id., *L'economia politica moderna*, cit., p. IV e ss.

⁽⁸⁹⁾ Sono gli argomenti posti da Berti a sostegno della 'assicurazione spontanea', della 'previdenza libera, spontanea, fondata sulla privata iniziativa' posta in opposizione alla 'previdenza forzata'. Argomenti che Cabrini classifica come « lirismo » che accompagna « l'illusione della efficacia della assicurazione spontanea ». CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., pp. 34 e 37.

povertà ⁽⁹⁰⁾, immaginando i disoccupati ‘volontari’ come unica classe separata dal resto della società ⁽⁹¹⁾; deve rileggere la distinzione tra vero diritto, diritto di tutti, e privilegio, benevolenza, soccorso, utilizzata in Francia, nel dibattito sul *diritto al lavoro*, per contrastare la richiesta di una prestazione positiva dello Stato. Certo, le parole di Thiers — « non bisogna fare di un soccorso, di un atto di benevolenza, un diritto »; « un diritto è di tutti; quando è un diritto di una sola classe, non è un diritto » ⁽⁹²⁾ — segnano ancora il confine tra giuridico e non giuridico, tra uguaglianza « possibile » e « ordine provvidenziale delle diseguaglianze di fatto » ⁽⁹³⁾, ma è il confronto *nel* diritto comune imposto dalla « rivoluzione operaia » a porre in termini nuovi la questione anche nell’Italia liberale.

Cos’è mai — si chiede ripetutamente nei dibattiti parlamentari

⁽⁹⁰⁾ L’assistenza resa ‘meno preferibile’ del più duro dei lavori disponibile sul mercato lega sostegni alla povertà e andamento del mercato del lavoro: il principio della *less eligibility* nella riforma del 1834 della *Poor Law* promuove coattivamente la ‘nuova società civile’ in cui la figura del ‘lavoratore povero’ si presenta come un ossimoro (G.G. BALANDI, *Mercato del lavoro (tutele nel)*, in *Enciclopedia del diritto*, Appendice, in corso di stampa, p. 3 delle bozze). Sulla fragilità del sistema si cfr. GARLAND, *The Welfare State*, cit., p. 20-25. Sul modificarsi dell’assetto delle tutele sino all’affermarsi dell’assicurazione sociale, cfr. E.P. HENNOCK, *The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914. Social Policies Compared*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 26 e ss; 51 e ss.

⁽⁹¹⁾ La convinzione che la disoccupazione fosse fenomeno ‘volontario’ gioca un ruolo decisivo sino alla scoperta della disoccupazione ‘involontaria’ degli inizi del Novecento nell’ostacolare interventi di assistenza svincolati dal riferimento a una categoria di persone, i poveri, e rivolti invece a contrastare « diffusi bisogni sociali », per conferire ‘sicurezza’ a qualunque individuo caduto sotto « uno standard minimo nazionale di vita civilizzata ». L’argomento è alla base della relazione di minoranza presentato da Beatrice Webb alla fine dei lavori della *Royal Commission on the Poor Law* (1905-1908). Cfr. L. MARROCU, *Il contesto marshalliano: origini e sviluppo del Welfare State britannico*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, cit., pp. 143-144. Sull’Italia si cfr. M. ALBERTI, *La ‘scoperta’ dei disoccupati. Alle origini dell’indagine statistica sulla disoccupazione nell’Italia liberale*, Firenze, Firenze University Press, 2013.

⁽⁹²⁾ Il discorso di Thiers all’Assemblea Nazionale del 13 settembre 1848 — immediatamente tradotto (*Sulla proprietà e sul lavoro*, Milano, 1849) — ebbe vasta diffusione in Italia. Sul dibattito francese cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. II: *L’età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 279 e ss.

⁽⁹³⁾ P. FIORENTINO, *Saggio di un esame critico dei Codici italiani*, Messina, Tip. del commercio, 1869, pp. 13-14.

— questo diritto comune opposto come insormontabile ostacolo alle riforme?

Anche l'istanza riformistica più cauta si scontra con la necessità di dimostrare che la legge sociale sta 'nei limiti' del diritto comune, non reintroduce *status* privilegiati, non modifica il diritto 'di tutti' con riferimento a una classe di persone, non si spinge, inseguendo ideali umanitari, sino al punto di « *proteggere i deboli e dirigere i forti* »⁽⁹⁴⁾, ma si limita semplicemente a *offrire* e non a *imporre* regole alle parti, a garantire previdenze facoltative e non obbligatorie. La ricerca di un nuovo punto di equilibrio è dominata, anche in queste posizioni, dall'affiancare *questione operaia* e (assetto costituzionale del) *Codice civile*⁽⁹⁵⁾, considerando la tenuta del modello Codice (« il codice civile francese, sul quale si modellarono in gran parte gli altri codici »), l'antagonismo tra il principio formale di uguaglianza civile e il « nudo fatto » della « più assoluta disuguaglianza di condizioni »⁽⁹⁶⁾.

Se la legge sociale-speciale interviene nel diritto comune, muta però l'intera logica del sistema giuridico che « si allarga », spingendo a nuovi compiti ricostruttivi la scienza giuridica e la giurisprudenza. Con enfasi, spesso poco proporzionata alla rilevanza degli interventi legislativi, si afferma che con le leggi sociali-speciali si va « *allargando ampiamente la sfera del diritto privato* »⁽⁹⁷⁾, comprendendo

⁽⁹⁴⁾ « È possibile stabilire a priori quali sono i *deboli* da proteggere e i *forti* da dirigere? [...] Lasciamo, adunque, che il dinamismo delle forze economiche determini la vittoria dei più previdenti, istruiti, solidali, senza proclamare sotto il velame di disposizioni di legge più o meno attuabili che gli uni sono deboli e vanno messi sotto tutela e gli altri sono forti e vanno trattenuti, frenati, vincolati nella loro azione ». Riccardo DELLA VOLTA, *Del contratto di lavoro nella legislazione civile*, in « La riforma sociale », IV, vol. VII (15 aprile 1897), 4, pp. 326-327 (corsivi nel testo).

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Ernest Désiré GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Cotillon, 1886.

⁽⁹⁶⁾ Badando sempre, però, a non cadere nella « critica distruttiva » proposta nell'« opera astrusa di un economista ed agitatore tedesco ». Così G. BEVILACQUA, *Saggio su la legislazione operaia in Italia*, Torino, Bocca, 1906, dalle p. 16-18 e 28 sono tratte le citazioni. Sul valore giuridico-politico del 'modello codice', si cfr. P. CAPPELLINI, *Codici, in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 102 e ss.

⁽⁹⁷⁾ A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in « La scienza del diritto privato », III (1895), p. 595.

finalmente situazioni ignote ai principi individualistici, i gruppi, le associazioni, i nuovi soggetti ⁽⁹⁸⁾. L'immagine particolarmente ricorrente nella civilistica 'neoterica' ⁽⁹⁹⁾, indica una sorta di processo opposto rispetto all'allargamento del diritto pubblico, alla prospettiva, indicata da Anton Menger, pur citatissimo nel dibattito italiano, di un processo storico destinato a « sommergere con il diritto pubblico la proprietà e per conseguenza il diritto privato nella sua totalità » ⁽¹⁰⁰⁾.

Le due prospettive paiono, in realtà, pericolosamente sovrapporsi: l'allargamento del diritto comune suscita timori ben più forti di un intervento legislativo confinato in una sfera sociale e politica separata e perciò meno pericolosa per l'unitarietà del giuridico. Garanzia, previdenza, prevenzione, norme inderogabili appaiono alla stragrande maggioranza dei giuristi come estranee alla sfera del giuridico: l'intervento dello Stato *non rende giuridici i rapporti sociali*, scrive Vittorio Emanuele Orlando per mantener ferma le distinzioni tra diritto e politica ⁽¹⁰¹⁾; *non tocca l'essenza degli istituti giuridici*, aggiunge ancora all'inizio del Novecento Ludovico Barassi, pur intento a maneggiare la materia incandescente del contratto di lavoro ⁽¹⁰²⁾. L'affermazione per cui le leggi sociali presentano « una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato », che sono « espressione *giuridica* di necessità sociali », e non « legge di favore », appare ancora eretica all'inizio del Novecento ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », I (1893), p. 95 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una Rivista progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 153 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, cit., p. 140.

⁽¹⁰¹⁾ V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 159 e ss. Si cfr. ora sul punto I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 119 e ss.

⁽¹⁰²⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 2. Si cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 141 e ss.

⁽¹⁰³⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, Roma Athenaeum, I-II, 1913-1914. Le citazioni sono tratte dai saggi *Criterii di interpretazione della legge sugli infortuni* e *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, pp. 20, 31, 154.

Il dibattito sull'intervento « coattivo » dello Stato, sulla possibilità di introdurre norme inderogabili, fini sociali, propone un'immagine statica e contraddittoria del diritto comune; contraddittoria perché sorvola sulle coazioni esistenti, sui vincoli presenti nello stesso Codice civile pur enfatizzato come dominato da una 'libertà assoluta'. La 'coazione' imposta dall'intervento sociale si presenta così come ritorno allo *status*, regressivo attacco alla libertà del contratto e alla proprietà, come trasformazione obbligatoria della carità in diritto, come capovolgimento del privato in pubblico. Evitare « eccezioni al diritto comune », negare « privilegi », assoggettamenti senza limiti a doveri sociali incompatibili con la privata utilità, impedire una tirannica disciplina dei rapporti privati, uno smembramento delle figure civilistiche, restano parole d'ordine ricorrenti e fortunate: la legge sociale-speciale è inversione del moto dallo *status* al contratto, arbitraria instaurazione 'per legge' di un diritto privilegiato per una classe di persone ⁽¹⁰⁴⁾.

7. *Dalla legislazione operaia a un nuovo diritto comune?*

A fine Ottocento Tonio Bödiker annuncia che il sistema delle assicurazioni sociali tedesco rappresenta oramai l'ingresso in una

⁽¹⁰⁴⁾ Basti pensare alla fortuna di una pagina di Albert Venn Dicey scritta considerando la legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro: « This legislation bears all the marked characteristics of collectivism. Workmen are protected against the risks of their employment, not by their own care or foresight, or by contracts made with their employers, but by a system of insurance imposed by law upon employers of labour. The contractual capacity both of workmen and of master is cut down. [...]. The rights of workmen in regard to compensation for accidents have become a matter not of contract, but of status » A.V. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan and Co., 1905, pp. 282-283. Per una critica alla pagina di Dicey si cfr. O. KAHN-FREUND, *A note on status and contract in British labour law*, in « The Modern Law Review », 30 (1967), p. 635 e ss. La tesi della 'inversione del moto' è sempre più diffusa negli anni del consolidarsi del *welfare state* per rappresentare la fuga dalla libertà di contratto, l'affermarsi di immunità e privilegi, un ritorno allo *status*, una fuga « away from individual will », « away from contract », « away from liberty ». Si cfr. G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 147 e ss.

nuova epoca ⁽¹⁰⁵⁾; pochi anni dopo Paul Pic scorge nella *législation industrielle* « un ordre légal moralement et pratiquement supérieur » ⁽¹⁰⁶⁾; le opposizioni tra liberisti e interventisti — scrive — sono scomparse quasi del tutto, sempre più ampia nei diversi paesi è la convergenza su protezioni concrete, la sostituzione delle astratte dottrine con un « mouvement historique de faits, des idées et des lois », l'affermarsi di « une sorte de droit commun européen en matière de protection ouvrière » ⁽¹⁰⁷⁾. Il volume reca, già in copertina, una citazione di Léon Bourgeois: « Je crois qu'il y a au dessus de nous, autour de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres ». La *législation ouvrière* — che Pic segue con la sua Rivista « Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale » ⁽¹⁰⁸⁾ — muove in Francia verso un « Code du travail », verso una « République du travail » ⁽¹⁰⁹⁾, in Europa verso il diritto comune della protezione operaia. Ne è convinto — come abbiamo visto — in Italia anche Angiolo Cabrini che, più generosamente, allarga lo sguardo a « tutto il mondo moderno ».

La legge sociale propone un diritto comune della protezione operaia che si allarga a tutto il mondo ma è come isolata e parallela rispetto al diritto di tutti; *non sta, né può stare, nelle forme antiche*, affermava Domenico Berti, ma continua ad essere percepita come se

⁽¹⁰⁵⁾ T. BÖDIKER, *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*, Leipzig, 1895, pp. III e IV. Sul ruolo rilevante svolto dell'alto funzionario nell'affermazione del sistema delle assicurazioni sociali cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., pp. 64 e 73.

⁽¹⁰⁶⁾ P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, A. Rousseau, 1903², p. 11.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 49.

⁽¹⁰⁸⁾ Obiettivo della rivista è di seguire i progressi e le fluttuazioni incessanti di « cette législation nouvelle, dont le but est, non de paralyser, mais de fortifier au contraire l'action individuelle par l'action législative, sage, mesurée et méthodique ». Così nel 'programma', I (febbraio 1900), 2, pp. 41-42.

⁽¹⁰⁹⁾ P. PIC, *La législation ouvrière*, in « Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale », I (gennaio 1900), 1, pp. 1-18. Pic tiene a sottolineare le differenze tra la legislazione sociale francese e il sistema della assicurazione sociale 'obbligatoria' tedesca. Sul percorso francese cfr. H. HATZFELD, *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1989.

si ponesse accanto alle vecchie forme senza modificarle, senza incidere davvero sull'*idea del diritto*, sulla centralità della proprietà e del contratto come capisaldi dell'ordine costituzionale dello Stato liberale in crisi. Tra Otto e Novecento l'interminabile dibattito sulla natura giuridica delle leggi sociali oscilla tra polarità avvertite ancora come opposte, le norme sociali ora sono interpretate come transitorie norme speciali, ora come l'affermazione del 'nuovo diritto'. Il principio del rischio professionale, la sua proiezione fuori dal diritto comune, il suo porsi come fondamento esclusivamente pubblicistico della tutela, è come se potesse fermare l'oscillazione individuando una via in grado di contenere le antinomie, offrendo così l'effimera illusione di una costituzione civilistica ancora intatta. Non si può ripetere Carlo Francesco Ferraris « conciliare l'inconciliabile »: il principio del rischio, l'assicurazione obbligatoria, non sta, non può stare nel diritto comune ⁽¹¹⁰⁾.

Guardando proprio al passaggio dalla responsabilità civilistica all'assicurazione sociale, l'approdo all'*État providence* è stato presentato come un nuovo paradigma di governo della società introdotto dalla « technologie du risque », dalla sua « vocation à servir de technique générale de gestion des population »: l'assicurazione sociale riservata ai lavoratori legati da un contratto e derogatoria del diritto comune delle obbligazioni si trasforma progressivamente in diritto alla Sicurezza sociale: « Ce droit à la Sécurité sociale devient ainsi un droit commun qui si sépare du droit du travail » ⁽¹¹¹⁾.

Sospinto dalla politica di universalizzazione della 'legislazione operaia' all'ineluttabile passaggio di consegne, il diritto del lavoro si fa carico della 'transizione' tra due mondi, tra due paradigmi di 'diritto comune', l'uno funzionale all'altro, ma appare come intrap-

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 423-425.

⁽¹¹¹⁾ F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 333 e ss.; 389; 399; pp. 372-373: « 1880-1910, du début du débat sur les accident du travail à la loi sur les retraites: un espace de trente ans qui voit la naissance et l'institutionnalisation d'une nouvelle rationalité politique et juridique. Le partage libéral des obligations est aboli, et le principe de responsabilité est remplacé par le schéma de l'assurance comme diagramme de régulation sociale. [...] Au rêve politique libéral et à son rapport à la nature en succède un autre, où la société devient à elle-même sa propre fin ».

polato nel diritto 'di sempre' che continua a scorrere parallelo, inconciliabile con l'altro, impossibile da trasformare, da 'allargare'.

Il sentiero di trasformazione interna del diritto (e del diritto del lavoro, che si affermava anche 'oltre' la legislazione operaia, movendosi dentro e contro il diritto comune) e di affermazione del diritto vivente resta, in realtà, aperto. Un sentiero percorso nella crisi dello Stato moderno del primo Novecento soprattutto dal 'contrattar per gruppi', dalla 'lotta per i diritti', dalle istanze pluralistiche volte ad affermare un diritto originato dai fatti, dalla nuova società capace di produrre 'il suo' diritto, di andar oltre la legge dello Stato.

Il solidarismo di fine Ottocento e gli indirizzi pluralistici del primo Novecento non riuscirono a svincolarsi dalla centralità dello Stato, a muoversi 'oltre lo Stato' ⁽¹¹²⁾, ma avviarono la trasformazione del diritto oltre la costituzione civilistica. Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra quel sentiero si è riaperto ponendo, prima dello Stato, la società, la persona e la sua dignità, i diritti: nuovo diritto comune chiamato oggi a sanare le separazioni e a sorreggere, sempre più in solitudine, senza i protagonisti sociali di ieri, un sempre più fragile 'Stato sociale'.

⁽¹¹²⁾ P. COSTA, *'Oltre lo Stato': teorie 'pluralistiche' del primo Novecento*, in « Sociologia e politiche sociali », 5 (2002), 1, pp. 11-35, p. 17 e ss.: anche nelle pagine di Santi Romano lo Stato conserva una sua indubbia centralità come « polo di attrazione di una pluralità di enti che si coordinano e si dispongono in rapporto ad esso ».

THOMAS CASADEI

OLTRE LO STATO SOCIALE?
IL DIBATTITO DI LUNGA DURATA
SUL 'REDDITO DI CITTADINANZA'

1. Un groviglio semantico (una necessaria premessa). — 2. 'Preistoria': le radici di un'idea e i suoi profili teorico-filosofici. — 2.1. Thomas Paine e il *pedigree* inglese della proposta. — 2.2. Nel cuore dell'Ottocento: Charles Fourier e un « minimo di sussistenza abbondante » (l'utopia del lavoro piacevole nel contesto francese). — 2.3. Nei primi del Novecento: le proposte laburiste e l'idea di un « reddito modesto » in Bertrand Russell. — 3. 'Storia': il ruolo della scienza economica, tra orizzonte socialista, matrici keynesiane e curvature liberiste (nel segno dei Premi Nobel). — 3.1. Dalla crisi degli Anni Trenta alla crisi degli Anni Settanta: da Oskar Lange a James Meade (e oltre). — 3.2. La svolta liberista contro il *welfare state*: Milton Friedman, la Scuola di Chicago e l'imposta negativa. — 4. Il 'presente': reddito di cittadinanza *vs* diritti sociali? — 4.1. Dal « Collectif Fourier » al paradosso del surfista di Malibù: le argomentazioni di Philippe Van Parijs. — 4.2. Anthony B. Atkinson e la proposta di un *basic income* parziale: il reddito di partecipazione. — 4.3. 'Ridare linfa' ai diritti sociali.

1. *Un groviglio semantico (una necessaria premessa).*

Il 'reddito di cittadinanza', come si segnala nella letteratura più avvertita ed equilibrata, si presenta non tanto come un « concetto definito » quanto piuttosto come un'« area di discussione » che incrocia diverse discipline: dalla filosofia alla sociologia, dall'economia alla scienza politica fino ad arrivare a ricomprendere, ma la cosa è più rara, il mondo del diritto (1).

(1) C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 30. Per un quadro dell'ampia letteratura sul reddito di cittadinanza, a partire da quella più risalente, sia consentito rinviare a Th. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, Firenze University Press, 2012, cap. III. Con riferimento al solo contesto italiano, oltre al testo di Tripodina, cfr. G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e l'Europa*, Torino, Gruppo Abele, 2011; G. PISANI, *Le ragioni del reddito di esistenza*

A tale espressione si ricorre effettivamente senza troppa attenzione per i profili definitivi, in maniera ormai frequente nel dibattito pubblico, nonché in ambito politico e istituzionale, per indicare una misura di intervento di natura sociale rispetto a questioni che attengono *eguaglianza/diseguaglianza, benessere/povertà, inclusione/esclusione*, nonché per tratteggiare un'idea di *società* e, al contempo, di *Stato*. In tempi più recenti si è poi fatto frequente il richiamo ad una dimensione internazionale che travalica i confini stessi della statualità e della cittadinanza nazionale.

Molteplici sono le espressioni che vengono adottate e molteplici le versioni che tale concetto conosce: reddito di base (*basic income*), reddito minimo garantito, reddito minimo universale, reddito minimo di inserimento, reddito minimo di attivazione, reddito di autonomia, reddito di autodeterminazione, reddito sociale minimo, reddito di partecipazione (*active basic income*), reddito di esistenza (universale), reddito di dignità, reddito di inclusione, reddito demografico, *demogrant, tax-benefit*, sussidio unico di disoccupazione, dividendo sociale, dividendo collettivo, imposta negativa sul reddito, quota proprietaria di cittadinanza o, ancora, buono di stato, salario minimo, salario sociale, salario del cittadino, salario di cittadinanza, salario di ingresso, minimo vitale, assegno universale (2).

Entro questa pluralità, molteplici divengono anche i profili di *ricostruzione genealogica* e diversi gli autori assunti come progenitori o capostipiti: da Thomas Paine a Charles Fourier, da Bertrand Russell a Dennis Milner, da Oskar Lange a James Meade fino a Milton Friedman, nonché come sostenitori di primo piano: da Philippe Van Parijs ad Anthony Atkinson, da Bruce Ackerman a

universale, Verona, Ombre corte, 2014; G. PERAZZOLI, *Contro la miseria. Viaggio nell'Europa del nuovo welfare*, Roma-Bari, Laterza, 2014. Si vedano anche le osservazioni svolte da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 232-249.

(2) Per orientarsi nell'articolatissimo dibattito degli ultimi anni risultano particolarmente utili G. TOSO, *Reddito di cittadinanza. O reddito minimo?*, Bologna, il Mulino, 2016 e E. GRANAGLIA, M. BOLZONI, *Il reddito di base*, Roma, Ediesse, 2016. Per un quadro delle diverse denominazioni si veda anche, tra gli altri, Ph. VAN PARIJS, *Competing Justifications of Basic Income*, in *Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for a Radical Reform*, edited by Id., London, Verso, 1992, p. 3.

pensatrici femministe come Carole Pateman ⁽³⁾, solo per citarne alcuni.

Nelle diverse epoche storiche, la discussione sul reddito di cittadinanza si interseca con le teorizzazioni relative allo *Stato sociale* — con riferimento alla sua genesi e al suo sviluppo ⁽⁴⁾, ma anche con riferimento alle sue possibili involuzioni e storture, alla sua crisi ⁽⁵⁾ — nonché con la configurazione stessa della *cittadinanza* e dei *diritti sociali*.

Caratterizzato da un dibattito certamente di *longue durée*, scandito in fasi che in questa sede si cercherà di ricostruire — adottando un criterio distintivo, di natura teorica, ossia *universalità/incondizionatezza vs selettività/condizionatezza* ⁽⁶⁾ — il reddito di cittadinanza costituisce, oggi, un'opzione strategica che sta riscuotendo crescente attenzione fra studiosi ed esponenti del mondo politico ⁽⁷⁾. Anche se ancora oscilla tra la caratterizzazione come

⁽³⁾ Lungo quest'asse pare significativa la centralità assunta dal 'reddito di auto-determinazione' all'interno della ampia mobilitazione globale femminista dell'otto marzo 2017; sul punto si veda: *Non un reddito di meno. Reddito di base per l'autodeterminazione*, « QR — Quaderni per il Reddito », marzo 2017, 6 (numero speciale in occasione dello sciopero generale delle donne: 8 marzo 2017): http://www.bin-italia.org/wp-content/uploads/2017/03/QRspecial_8marzo_2017_compressed-1.pdf. Ringrazio Anna Simone per questa indicazione.

⁽⁴⁾ Cfr. *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo*, a cura di C. De Boni, 3 voll., Firenze, Firenze University Press, 2007-2009; G. RITTER, *Storia dello stato sociale* (1989), Roma-Bari, Laterza, 1999, 2011³; A. RAPINI, *Lo Stato sociale*, Bologna, Archetipolibri, 2010; F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci, 2013².

⁽⁵⁾ Per una sintetica ma esaustiva mappa delle diverse critiche allo Stato sociale rinvio a L. BACCELLI, *Lavoro, cittadinanza, Welfare State: una prospettiva critica sul reddito minimo garantito*, in *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di Gf. Zanetti, Roma, Carocci, 2003, pp. 77-91, in part. pp. 81-82.

⁽⁶⁾ Traggo questo criterio fondamentale da TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., in part. pp. 14-17.

⁽⁷⁾ Anche se al momento il reddito di cittadinanza esiste solamente in Alaska (dal 1976), in collegamento con le rendite petrolifere, è un fatto che negli ultimi anni esso è entrato prepotentemente nelle agende politiche di numerosi Paesi: basti pensare al caso emblematico del referendum svizzero del 5 giugno 2016 con il quale si proponeva l'introduzione di un reddito di base incondizionato per tutti. Per un'analisi degli esiti (hanno prevalso i No con il 78%) e delle prospettive aperte dalla consultazione si veda: *Thank You Switzerland: dopo il Referendum sul reddito di base in Svizzera*, in « QR —

« simpatica idea di un pugno di originali » e la convinzione che sia uno strumento chiave per la costruzione — entro una logica ‘post-lavorista’ — di un nuovo regime sociale che, rispettando la sfera del mercato, allo stesso tempo tuteli la libertà e l’eguaglianza per gli individui, esso ha indubbiamente acquisito, specie a partire dalla grande crisi del 2008, una rilevante centralità nelle discussioni intorno agli strumenti di riorganizzazione degli assetti attuali dello Stato sociale o, d’altro canto, al suo definitivo superamento.

Secondo molti dei suoi sostenitori, il reddito di cittadinanza rappresenta una proposta di intervento economico generalizzato ed egualitario (ovvero non discriminante) che concorrerebbe a definire, al pari della cittadinanza giuridica, una più piena cittadinanza economica e sociale ⁽⁸⁾. Sotto questo profilo, esso rappresenterebbe uno schema normativo in cui l’assicurazione di un reddito a tutti i cittadini garantirebbe, da un lato, uno standard di vita accettabile e, dall’altro, la possibilità di ordinare le proprie preferenze nei consumi e negli stili di vita entro una società capitalistica ⁽⁹⁾.

Diverse sono tuttavia, come si accennava, le argomentazioni adottate a sostegno di tale strumento ed è dunque utile ricostruirne la forma nel corso del tempo per vagliare poi criticamente implicazioni ed effetti della sua introduzione.

Quaderni per il Reddito », agosto 2016, 5: http://www.bin-italia.org/wp-content/uploads/2016/08/QR5_reddito_svizzera_compressed-1.pdf.

⁽⁸⁾ Secondo la definizione usata dal *Basic Income European Network*, sorto nel 1986 e divenuto nel 2004 *Basic Income Earth Network*, il *basic income* è un reddito corrisposto a tutti su base individuale e in modo incondizionato, cioè a prescindere da verifiche del livello di ricchezza e di occupazione.

⁽⁹⁾ Per un quadro d’insieme — che rinvia ai contributi dei principali protagonisti del dibattito più recente in materia (da Bruce Ackerman e Anne Alstott a Philippe Van Parijs fino a Carole Pateman, solo per citarne alcuni) — si veda *Redesigning Distribution. Basic Income and Stakeholder Grants as Cornerstones for an Egalitarian Capitalism*, edited and introduced by E.O. Wrights, London, Verso, 2006 (in cui numerosi sono i rimandi a Tom Paine: pp. 5, 6, 104, 120, 122, 199, 200); Y. VANDERBORGHT, Ph. VAN PARIJS, *L’allocation universelle*, Paris, La Découverte, 2005. Nella letteratura italiana, si vedano, oltre ai testi citati in precedenza, C. DEL BÒ, *Un reddito per tutti: un’introduzione al basic income*, Como, Ibis, 2004, e, entro una più ampia disamina della « democrazia sociale », L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 392-432, in part. pp. 404-408.

2. 'Preistoria': le radici di un'idea e i suoi profili teorico-filosofici.

Il discorso attorno ad un'idea che possa in qualche modo prefigurare il reddito di cittadinanza ha, ad avviso di molti interpreti, radici antiche. Se c'è chi le fa risalire ad un celebre passo di Thomas More ⁽¹⁰⁾; c'è addirittura chi le riporta all'antica Grecia e « al primo affiorare di esperienze democratiche » ⁽¹¹⁾.

Tuttavia è in epoca moderna, e nel fuoco delle rivoluzioni democratiche, che si ridefiniscono i contorni della cittadinanza e che si esplicita una prima formulazione del *basic income*: ciò avviene con Thomas Paine (1737-1809) ⁽¹²⁾. L'idea di Paine è imperniata su un *diritto al risarcimento* per l'appropriazione originaria che si può far risalire a Gerard Winstanley e al movimento dei *diggers* ⁽¹³⁾ e che si ritroverà, anche se con formulazioni peculiari, dapprima all'interno del socialismo utopistico di Charles Fourier e poi in seno ad alcuni settori del socialismo britannico.

2.1. Thomas Paine e il pedigree inglese della proposta.

Numerosi sono stati gli studiosi che hanno individuato in Paine un precursore o addirittura il primo teorico del concetto di reddito di cittadinanza, facendo esplicito riferimento in particolare ad *Agrarian Justice* (1797) ⁽¹⁴⁾. In quest'opera il rivoluzionario di

⁽¹⁰⁾ TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., pp. 19-20.

⁽¹¹⁾ BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, cit., pp. 25-26.

⁽¹²⁾ Per una trattazione della questione della cittadinanza a partire dalla riflessione di Paine sia consentito rinviare a Th. CASADEI, *Questioni di cittadinanza in un "eclettico meticcio politico": Tom Paine (1736-1807)*, in *Cittadinanze nella storia dello Stato contemporaneo*, a cura di M. Aglietti, C. Calabrò, Milano, FrancoAngeli, 2017, pp. 94-108.

⁽¹³⁾ Ad avviso dello storico del socialismo G.D.H. Cole, a Paine andrebbe pertanto il merito di aver presentato agli inglesi, nella seconda parte dei *Rights of Man*, « il primo vero programma sociale proposto in nome del popolo dal tempo di Winstanley e dei Diggers » (G.D.H. COLE, *Storia del pensiero socialista*, vol. I: *I precursori. 1789-1850* (1953), Bari, Laterza, 1967, p. 26). Un collegamento tra Winstanley e Paine, a partire dall'idea di « piano di assistenza », è istituito anche da G. SCHIAVONE, *Gerrard Winstanley*, in *L'utopia nella storia: la rivoluzione inglese*, a cura di A. Colombo, G. Schiavone, Bari, Dedalo, 1992, pp. 133-159, p. 158.

⁽¹⁴⁾ Si vedano, al riguardo, VAN PARIJS, *Competing Justifications of Basic Income*, cit., pp. 3-43; ID., *Oltre la solidarietà. I fondamenti etici dello Stato sociale e del suo*

origini inglesi affronta il nodo della proprietà e la questione della legittimità della proprietà privata, in particolare terriera: era, questo, un tema cruciale dibattuto all'epoca anche in relazione alle rivendicazioni democratiche e popolari.

Paine, a questo proposito, suggerì la natura incondizionata di un reddito di cittadinanza a partire dal terreno dei diritti. Il suo piano consisteva in due punti fondamentali: *a*) la creazione di un fondo comune nazionale con cui assegnare ad ogni persona, al compimento dei ventun anni, una somma *una tantum* di denaro, come forma di parziale compenso e indennizzo per la perdita della sua eredità naturale (l'unica eredità accettabile per Paine) a causa dell'introduzione della proprietà fondiaria; *b*) il pagamento di una somma costante ad ogni persona dall'età di cinquanta anni in avanti.

Diritti e risorse, nella logica painiana, andavano distribuiti secondo uno schema di compensazione volto a rendere la società più equa.

La fecondità della teorizzazione di Paine è evidente nel dibattito odierno intorno alle misure redistributive volte ad una riforma del *welfare* a partire da una logica di indennizzo che si traduce in distribuzione di quote di denaro: significativo è, a questo proposito, il richiamo diretto a Paine nell'ambito dell'articolata discussione sul *basic income* ma anche il fatto che il suo nome sia associato all'idea di una « quota proprietaria di cittadinanza »⁽¹⁵⁾.

Differenziate sono, tuttavia, le valutazioni dei teorici e degli interpreti contemporanei.

Van Parijs, uno dei maggiori sostenitori del *basic income*, ha

superamento (1992), in *Redditi per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, a cura di BIEN Italia, Roma, Manifestolibri, 2009, pp. 187-203, in part. pp. 195-198. In Id., *Il basic income e i due dilemmi del Welfare State*, in « Filosofia e Questioni Pubbliche », 2000, 2, pp. 17-48, si definisce Paine « precursore del basic income » (p. 22). Analogamente: *The Origins of Left-Libertarianism. An Anthology of Historical Writings*, P. Vallentyne, H. Steiner (eds.), vol. 1, Basingstoke, Palgrave, 2000, pp. 7, 9-10. Frequenti sono pure le citazioni tratte da Paine in *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997.

⁽¹⁵⁾ Sui tratti precipui, sulle analogie e sulle differenze tra *basic income* e « quota proprietaria di cittadinanza », entro un'ampia trattazione del tema dell'eguaglianza, si veda E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 453-501.

presentato le idee di Paine come un felice tentativo di combinare la difesa delle libertà individuali con una più equa distribuzione delle risorse, perché ognuno possa godere del mondo in piena libertà, stimolando un nuovo approccio liberale, all'insegna dell'egalitarismo, ai problemi della società di mercato.

Secondo Adrian Little ⁽¹⁶⁾, d'altra parte, Paine pareva più interessato alla compensazione di chi era emarginato che a un cambiamento del sistema e all'eliminazione della proprietà; le sue proposte esprimevano dunque, più che una prospettiva di riscatto e di emancipazione — attraverso una effettiva cittadinanza sociale —, un rimedio, del tutto parziale, di tipo assistenzialistico.

Paine, in effetti, non contestò mai l'economia di mercato, anzi ne esaltò sempre le potenzialità positive, seconda una visione progressiva e comunque ottimistica. Egli propose una forma di giustizia compensativa che non poteva condurre ad un'eguaglianza assoluta e all'abolizione della proprietà privata; il suo tentativo era volto, entro una prospettiva di liberalismo radicale, ad 'umanizzare' il sistema di mercato.

Nonostante alcuni limiti d'analisi della società di mercato capitalistica (non comprese fino in fondo le dinamiche del lavoro salariato entro la nuova realtà della fabbrica) e un'elaborazione ancora embrionale, Paine ha prefigurato — al di là delle diverse interpretazioni — una serie di strumenti affini, ma non del tutto omologabili (soprattutto se si presta attenzione alle modalità di attuazione pratica): un set di « principi di giustizia » entro una teoria dell'equità (un approccio che si ritrova nelle teorizzazioni di John Rawls); una « quota proprietaria di cittadinanza » consistente nel pagamento ad ogni cittadino di una somma in conto capitale (la prospettiva elaborata da Ackerman); una forma di « reddito minimo garantito » (*basic income*) prescindendo da qualsiasi condizione che non sia quella della cittadinanza (secondo l'interpretazione di Van Parijs). Si tratta di strumenti che, riproponendosi oggi al centro del dibattito in materia di *welfare*, attestano almeno due elementi di interesse: la vitalità della riflessione painiana sui temi della giustizia sociale e, in particolare, della richiesta di istituzionalizzare gli obbli-

⁽¹⁶⁾ A. LITTLE, *The Politics of Compensation. Tom Paine's Agrarian Justice and Liberal Egalitarianism*, in « Contemporary Politics », 1 (1999), pp. 63-73, p. 66.

ghi del governo verso i bisogni degli individui (frutto di una concezione dello Stato poggiante su un ideale di obbligazione sociale); e, più in generale, quanto, anche in materia di *welfare*, un'argomentazione basata normativamente su criteri di equità possa travalicare i contesti di elaborazione e continuare a proporsi come possibile soluzione di problemi concreti ⁽¹⁷⁾.

Se la proposta di Paine è formulata *prima* dell'effettiva consacrazione del *lavoro come diritto*, quella di Charles Fourier (1772-1837), solo per fare un esempio all'interno dell'articolata prospettiva del socialismo utopistico ⁽¹⁸⁾, si colloca nel pieno del confronto su questo aspetto cruciale per la configurazione degli assetti statuali e per la dinamica sociale che ad essi si connette.

2.2. *Nel cuore dell'Ottocento: Charles Fourier e un « minimo di sussistenza abbondante » (l'utopia del lavoro piacevole nel contesto francese)* ⁽¹⁹⁾.

L'argomentazione di Fourier, riecheggiando motivi painiani, si

⁽¹⁷⁾ Tra i contributi che propongono una 'riattualizzazione' di Paine attraverso il *basic income*, e un rilancio del suo pensiero in chiave politica, si veda anche S. QUILLEY, *What's Left? Citizen's Income and Thomas Paine (1737-1809)*, in « Citizen's Income Bulletin », 17 (1994), pp. 2-4. Cfr. G. CLAEYS, *Thomas Paine. Social and Political Thought*, Boston, Unwin Hyman, 1988 pp. 95-96, 99-100. Un'ulteriore conferma della presenza delle tesi di Paine nel dibattito odierno sulle questioni di *welfare* è offerta anche in M. COUSIN, *European Welfare States: Comparative Perspectives*, London, Sage Publications, 2005, p. 79 e p. 223 (proprio con specifico riferimento a *Agrarian Justice* e all'embrionale teorizzazione del *basic income*).

⁽¹⁸⁾ Sotto questo profilo, altri autori che potrebbero essere presi in esame, come suggerisce TRIPODINA (*Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., p. 46 in nota), sono, in Inghilterra, William Cobbett (1763-1835) e George Julius Poulett Scrope (1797-1876) (cfr. TH.A. HORNE, *Welfare Rights as Property Rights*, in *Responsibility, Rights and Welfare. The Theory of the Welfare State*, edited by J.D. Moon, Boulder & London, Westview Press, 1988, pp. 107-132), in Francia, Jean Baptiste André Godin (1817-1888), in Belgio, Joseph Carlier (1816-1896). Per quest'ultimo, « il diritto alla proprietà della terra rappresenta il fondamento di un diritto incondizionato al reddito garantito » (il richiamo è a J. CHARLIER, *Solution du problème social ou constitution humanitaire*, Bruxelles, Tous les libraires du royaume, 1848).

⁽¹⁹⁾ Per un quadro d'insieme di tale contesto: C. DE BONI, *Alla ricerca dello Stato sociale: politica ed economia nel pensiero francese della prima metà dell'Ottocento*, Padova, Cedam, 1999. Più in particolare: E. ANTONETTI, *Le vie dell'intervento dello stato:*

basa sull'assunto che la violazione del diritto di ognuno a cacciare, pescare e allevare bestiame sul terreno comune comporta il fatto che la civiltà è in debito di mezzi di sussistenza nei confronti di tutti coloro che non sono in grado di provvedere da soli alle proprie necessità essenziali ⁽²⁰⁾.

Come è stato ben illustrato in uno studio recente di Laura Tundo ⁽²¹⁾, l'idea che Fourier elabora è

quella di assicurare alla popolazione una misura — che egli chiama *minimum* — indirizzata a dare concretezza al diritto al lavoro. Il *minimum* si presenta anzitutto come un provvedimento di natura risarcitoria che la società riconosce ai suoi associati, un equivalente dei diritti originari ormai perduti: 'dovuto in compensazione dei sette diritti naturali' goduti dall'uomo delle origini e dei quali i civilizzati sono stati spogliati, ed è 'inseparabile dalla condizione dell'attrazione industriale'. Ma acquista rapidamente un ruolo originale diventando una modalità proporzionale, 'garantita e graduata', ordinata a rendere possibile il fine generale del lavoro di tutti: la sua forma di base è 'un anticipo rimborsabile fatto a ciascun socio povero' ⁽²²⁾.

La fondazione, la motivazione e il fulcro argomentativo con cui il provvedimento del *minimum* è proposto sono i medesimi adoperati da Fourier per sostenere il *diritto* al lavoro. Al punto che sembra

il diritto al lavoro. Le teorizzazioni dei diritti sociali in Francia tra Luigi Filippo e la Seconda Repubblica, in DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo*, cit., vol. I, pp. 117-153, in part. pp. 119-122. Della stessa autrice si veda anche: *Il lavoro tra necessità e diritto: il dibattito sociale nella Francia tra due rivoluzioni, 1830-1848*, Milano, FrancoAngeli, 2004.

⁽²⁰⁾ Cfr. C. FOURIER, *La Fausse industrie*, Paris, Bossange pér, 1836. Come osserva Tripodina, l'idea di un diritto al valore della terra uguale per tutti appare, entro contesti ideologici diversi, anche negli scritti di Herbert Spencer (1820-1903) sulla riforma agraria, nella difesa della tassa unica di Henry George (1839-1897) e dei 'georgisti', e ancora negli scritti giuridici di Léon Walras (1834-1910), « uno dei padri fondatori delle scienze economiche e matematiche » (TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., p. 46 in nota).

⁽²¹⁾ L. TUNDO, *Lavoro e minimum nell'utopia di Fourier: la prima idea di salario d'ingresso*, in « Notizie di Politeia », 2 (2017), 126, pp. 152-164.

⁽²²⁾ Le citazioni da Fourier sono tratte dalle *Ceuvres Complètes*, 12 voll., Paris, Anthropos, 1966-68, rispettivamente dal vol. II, p. 64 e dal vol. VI, pp. 339, 353. In una riflessione della *Théorie de l'unité universelle*, una delle più corpose opere fourieriane, si trova anche una connotazione più assistenzialistica del provvedimento, definito « le premier préservatif du mal », la prima misura adeguata a prevenire la caduta dei lavoratori associati o societari in condizione di miseria, volta ad « assicurare al popolo il lavoro in caso di salute, e di soccorso, un *minimum* sociale, in caso di malattia » (ivi, vol. III, p. 276).

possibile definire il *minimum* un indiretto equivalente del diritto al lavoro, una misura che, in condizioni specifiche, rende quello concreto e praticabile.

Tre sono le condizioni indispensabili, indicate da Fourier, per assicurare il *minimum* alla popolazione: organizzare e rendere attivo « un régime d'attraction industriel »; offrire a ciascuno la possibilità/garanzia del lavoro come equivalente dei « diritti naturali »; associare « gli interessi del popolo a quelli dei grandi », ovvero far convergere l'interesse di ricchi e poveri senza escludere alcuno dall'impresa associativa. Egli stabilisce una stretta relazione fra il *minimum* e il *libéralisme* (« Il liberalismo non può isolarsi dal minimum proporzionale »); fra il *minimum* e la *liberté* (« Senza il minimum [la libertà] sfocia nei sette flagelli limbici, nell'egoismo generale e nella doppiezza dell'azione sociale »); nonché fra il *minimum* e lo spirito liberale in genere (« La bussola dello spirito liberale è la garanzia del minimum proporzionale puntellata dall'attrazione industriale ») (23).

Si tratta di una misura risarcitoria, di garanzia e di assistenza, direttamente rivolta a recuperare al lavoro produttivo la fascia di popolazione emarginata, considerata implementabile entro il modello sociale fondato sull'*attraction industrielle* e sul *mécanisme sociétaire*, al di fuori dei quali sortirebbe effetti indesiderati come la *fainéantise* (24). Entro un'ottica di integrazione, il *minimum* ha il profilo di un'intuizione originale finalizzata a dare concreta fruizione a quel 'diritto al lavoro' che la « Civiltà », mutuando un'espressione fourrieriana, non ha ancora formulato né può garantire.

Riassumendo, dunque, secondo Fourier, il *minimum* è:

a) un prezioso veicolo di implementazione del diritto al lavoro e copre, nella forma dell'anticipo, il costo di inserimento nell'associazione, dove ciascun lavoratore entra con una o più quote di « capitale iniziale »;

b) ciò che consente un pieno ed effettivo esercizio della libertà personale. Che qui è intesa sia negativamente, come assenza di impedimenti materiali al suo esercizio, la povertà anzitutto; sia positivamente, come attivazione di possibilità.

(23) Ivi, vol. III, pp. 350, 394.

(24) Ivi, vol. I, p. 24; vol. VI, pp. 3, 10.

In tutti e due i casi il *minimum* e il suo legame con il lavoro diventano condizione di *effettività* della libertà personale.

Oltre all'allievo Victor Considerant (1808-1893) nel contesto francese (25), anche in altri paesi europei non mancano gli estimatori di Fourier che ne sviluppano alcune delle principali intuizioni. Fra questi Joseph Charlier (26), avvocato a Bruxelles, approfondisce lo studio della dottrina, e restando molto vicino alla proposta originaria, vede nel primitivo e universale diritto al possesso della terra il fondamento di un diritto al reddito necessario per vivere, un *revenu garanti*, ridenominato in seguito *dividendo territoriale*, del quale accentua la valenza di diritto incondizionato rispetto a quella di assistenza. Negli stessi anni '40-'50 dell'Ottocento l'idea del *minimum* sollecita l'interesse di John Stuart Mill, « il quale apprezza il rigore metodologico di Fourier nel dettagliare le proposte e nel controbattere le obiezioni, e più di un contenuto del suo progetto, a partire dalla lucida analisi della condizione femminile e delle cause storico-culturali della subordinazione sociale e politica di quel sesso » (27).

Sarà J.-B. André Godin a interpretare « con una certa libertà il *minimum* entro la prassi del *Familistère de Guise*, accentuandone il

(25) Considerant, allievo fra i più attivi, guida l'École Sociétaire e s'impegna, con la rivista « La Phalange » e con una serie di scritti e di conferenze, in un'intensa opera di divulgazione delle tesi di Fourier. Riguardo al *minimum*, Considerant osserva: « Condizione *sine qua non* per la legittimità della Proprietà è dunque che la Società riconosca al Proletario il diritto al lavoro e che gli assicuri almeno gli stessi mezzi di sostentamento, per l'esercizio di una data attività, che questo esercizio gli avrebbe potuto procurare nello Stato primitivo » (TUNDO, *Lavoro e minimum nell'utopia di Fourier*, cit.). Su Considerant: J. BEECHER, *Victor Considerant and the Rise and Fall of French Romantic Socialism*, Berkeley, University of California Press, 2001.

(26) J. CHARLIER, *Solution du problème social ou constitution humanitaire, basée sur la loi naturelle et précédée de l'exposé des motifs*, Bruxelles, Greuse, 1848.

(27) Nella seconda edizione del suo *Principles of Political Economy*, Mill si riferisce, nel concetto e nella terminologia, alla misura del *minimum* facendone già a metà Ottocento un principio di politica economica. Rileva l'appassionata condanna di una civiltà costruita sull'oppressione delle donne P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., Roma-Bari, Laterza, 1999-2001, vol. III, p. 373, il quale segnala, su questo punto, la vicinanza tra il filosofo francese e Mill, un aspetto ben evidente nell'opera di Anna Maria Mozzoni.

carattere assistenziale e previdenziale » (28): l'impresa si fa carico dei costi necessari « all'educazione e all'istruzione dell'infanzia, al sostegno degli orfani e alla pensione degli invalidi » (29). Si mette così « in atto un modello di previdenza cui concorrono in modo paritario i versamenti dell'impresa e quelli delle quote trattenute sul salario familiare. Con i relativi fondi, amministrati da appositi *comités*, il *Familistère* garantisce un accurato servizio medico, l'indennità di malattia più un sostegno ulteriore a chi vive all'esterno dello stabilimento industriale, una pensione di invalidità, l'adozione degli orfani » (30).

L'esperienza di Guise, applicando il principio della solidarietà alla comunità dei lavoratori, anticipa alcune delle acquisizioni del *Welfare* novecentesco, e orienta l'intuizione fourieriana decisamente nella direzione dell'assistenza e della previdenza, anziché in quella di un « reddito incondizionato », a dimostrazione di come le teorizzazioni sul *minimum* possano strutturare, potenzialmente, esperienze istituzionali con caratteristiche anche molto diverse.

2.3. *Nei primi del Novecento: le proposte laburiste e l'idea di un « reddito modesto » in Bertrand Russell.*

Nei primi anni del Novecento il reddito di cittadinanza conosce molteplici formulazioni nel contesto inglese entro diverse configurazioni del socialismo che tendono a distanziarsi dalle intonazioni utopistiche per concretizzarsi in proposte che possano essere attuate non più in esperimenti di piccola scala ma entro la più ampia scala statale.

Si muove in questa direzione, per esempio, Bertrand Russell

(28) Fin dal 1843 J.-B. André Godin aderisce all'*École Sociétaire* e finanzia il progetto di Considerant di fondare un Falansterio in Texas, avvia poi nel '46 a Guise una fonderia industriale che si sviluppa rapidamente e nel '59 — sempre a Guise — inizia la costruzione del *Familistère*, ispirato al progetto fourieriano a cui resta legato il suo nome. Il *Familistère* è rimasto attivo per vent'anni e la sua realizzazione, al tempo considerata straordinariamente avanzata, è descritta direttamente da Godin in *La richesse au service du peuple. Le Familistère de Guise*, Paris, Bibliothèque démocratique, 1874 (testo ristampato, con l'aggiunta di illustrazioni, nel 1979 da Guy Durier).

(29) Cfr. *ivi*, cap. XXVI, pp. 76-80.

(30) TUNDO, *Lavoro e minimum nell'utopia di Fourier*, *cit.*

(1872-1970). Il suo riferimento ad un reddito di cittadinanza, per quanto piuttosto generico, è inserito in una riflessione più ampia sul modo migliore di organizzare il lavoro coniugando la libertà individuale, che per Russell è sacra, con una maggiore giustizia sociale. Negli anni '10 egli ha esplicite simpatie per il gildismo, nel quale intravede la possibile 'quadratura del cerchio'. Nell'autogoverno d'impresa dovrebbero convergere uguale partecipazione attiva e libertà del lavoro, a differenza dell'impresa nazionalizzata, meta del socialismo statalista, che realizzerebbe semplicemente il passaggio della proprietà dal privato allo Stato senza alterare, come pensava anche il socialista liberale Carlo Rosselli, la natura gerarchica del governo d'impresa ⁽³¹⁾.

Lo spirito libertario spinge Russell, in tensione con la sua posizione radicalmente antistatalista, a ritenere che « un piccolo reddito, sufficiente al necessario per vivere, dovrà essere assicurato a tutti, indipendentemente dal lavoro, e un reddito più alto — tanto più alto quanto lo permetta la quantità complessiva dei beni prodotti — verrà dato a chi vuole impegnarsi in qualche lavoro che la comunità riconosca utile » ⁽³²⁾.

Una prima formulazione esplicita si deve però a Dennis Milner (1892-1956), un quacchero, membro del Labour Party, che con un *pamphlet* scritto insieme alla moglie Mabel elaborò una proposta per un vero e proprio programma incentrato sul reddito di base ⁽³³⁾. La proposta fu discussa da parecchi intellettuali inglesi vicini a G.D.H.

⁽³¹⁾ Cfr., su questi aspetti, C. CALABRÒ, *Liberalismo, democrazia, socialismo: l'itinerario di Carlo Rosselli*, Firenze, Firenze University Press, 2009, pp. 58-71, che ringrazio per il dialogo su questi aspetti. Ho potuto mettere a punto la rilevanza di questo snodo sul piano storico-concettuale durante una lezione seminariale da lui coordinata su *Lavoro, reddito, diritti: la questione del 'basic income' in chiave storico-politica*, nell'ambito del corso di Storia del pensiero politico e sociale contemporaneo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Pisa, il 25.11.2015.

⁽³²⁾ E aggiunge che « questa proposta avrebbe il vantaggio di combinare la libertà con la giustizia » (*Road to Freedom: Socialism, Anarchism and Syndicalism*, London, George Allen & Unwin, 1918, pp. 19-20). Cfr. M. NACCI, *Strade per la felicità. Il pensiero politico di Bertrand Russell*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012, pp. 149-173.

⁽³³⁾ *Scheme for a State Bonus: A Rational Method of Solving the Social Problem* (1918). Cfr. D. MILNER, *Higher Production by a Bonus on National Output. A Proposal for a Minimum Income for All Varying with National Productivity*, London, Allen & Unwin, 1920.

Cole — al quale si deve, secondo Philippe Van Parijs⁽³⁴⁾, la prima utilizzazione dell'espressione *basic income*⁽³⁵⁾ — e nel periodo 1918-1922 fu condivisa nel *milieu* intellettuale laburista prima di essere abbandonata e sostituita da una visione diversa del *Welfare State* imperniata, precipuamente, sul « ruolo sociale dello Stato »⁽³⁶⁾.

Essa fu condivisa anche da economisti riformisti come Bertram Pickard (1892-1973)⁽³⁷⁾ e, soprattutto, come James Meade (1907-1995)⁽³⁸⁾ che più tardi — insieme alla « ribelle di Cambridge » Joan Violet Maurice (1903-1983), moglie di un altro economista: Austin

(34) P. VAN PARIJS, *A Short History of Basic Income*: www.basicincome.org. Cfr. M. AVOLETTI, *Basic income: profilo storico e teorie fondative dalle Poor Laws al Basic Income Earth Network*: www.bin-italia.org; C. VERCELLONE, *Reddito di cittadinanza e lavoro sociale*, in *Reddito per tutti*, cit., pp. 141-166, in part. pp. 146-147. Si veda, infine, S. SHAFARMAN, *A Brief History of Basic Income Ideas*: <http://basicincome-europe.org/ubie/brief-history-basic-income-ideas/>.

(35) Il riferimento è a G.D.H. COLE, *Principles of Economic Planning*, London, MacMillan & Co., 1935, in cui la tesi fondamentale è che tale istituto supera ogni tipo di selettività e si fonda esclusivamente sulla cittadinanza. Van Parijs è tornato sul legame tra *basic income* e laburismo nel suo *Basic Income and Social Democracy*, in « Social Europe », 11 aprile 2016: <https://www.socialeurope.eu/2016/04/44878/>.

(36) Cfr. C. CALABRÒ, *La cittadinanza in Inghilterra da The English Constitution al Welfare State*, in *Cittadinanze*, cit., p. 133; la citazione è tratta da W. BEVERIDGE, *Relazione sull'impiego integrale del lavoro in una società libera*, in ID., *La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, a cura di M. Colucci, Roma, Donzelli, 2010, p. 103. Da un'altra angolazione, un'affilata disamina critica del *welfare state* come « politica del capitale vivente », con particolare riguardo al Piano Beveridge e al contesto culturale in cui esso si radica, è sviluppata in M. ESPOSITO, *Politiche di salvezza. Teologia economica e secolarizzazione nel governo del sociale*, Milano-Udine, Mimesis, 2015, pp. 69-83.

(37) Amico di Meade, assieme ai coniugi Milner, egli fondò « nel 1919 un'associazione la cui missione era quella di propagandare l'idea del 'bonus statale', una sorta di reddito di base *ante litteram*, da corrispondere ad ogni membro della società in modo del tutto incondizionato. Il bonus statale avrebbe dovuto coprire le spese di sussistenza di ciascuno e sarebbe stato finanziato da imposte commisurate alla capacità contributiva di ognuno » (TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., pp. 46-47).

(38) Cfr. W. VAN TRIER, *Who Framed Social Dividend? A Tale of the Unexpected*, Universitaire Faculteiten Sint Ignatius Antwerpen, Seso, 1989; ID., *State Bonus or Basic Income in the Age of Reconstruction*, Universitaire Faculteiten Sint Ignatius Antwerpen, Seso, report 91/260, 1991; *Proceedings of the Second International Conference on Basic Income*, edited by W. Van Trier, Bien-Birg, London-Antwerp, 1990. Si veda anche E. MORLEY-FLETCHER, *Per una storia dell'idea di minimo sociale*, in « Quaderni della Rivista Trimestrale », 1980-81, 64-66, pp. 298-321.

Robinson (1897-1993) — ne articolerà la specifica versione del *dividendo sociale*.

Siamo giunti così ad uno snodo chiave mediante il quale dalle teorizzazioni prevalentemente teorico-filosofiche si passa ad un'articolazione in chiave economica del reddito di cittadinanza; sollecitando precise intenzionalità politiche, essa verrà veicolata all'interno di ideologie divergenti come il keynesismo e il liberismo, continuando a costituire un nodo irrisolto nell'alveo delle prospettive socialiste che si cimentano con la dimensione giuridico-istituzionale.

3. *'Storia': il ruolo della scienza economica, tra orizzonte socialista, matrici keynesiane e curvature liberiste (nel segno dei Premi Nobel).*

Durante la grande crisi degli anni Trenta, è soprattutto entro una visione che mira a coniugare prospettiva socialista e principio della libertà che il reddito di cittadinanza conosce sul piano della teorizzazione economica una particolare attenzione. Successivamente, a partire dagli anni Settanta e dopo la fase di pieno sviluppo del *Welfare State*, mediante l'idea dell'imposta negativa, esso tornerà, come un fiume carsico, sulla scena, questa volta coniugato con un impianto ideologico-politico di tipo liberista.

3.1. *Dalla crisi degli Anni Trenta alla crisi degli Anni Settanta: da Oskar Lange a James Meade (e oltre).*

Negli Stati Uniti è soprattutto Oskar Lange (1904-1965) ad avanzare una proposta articolata nei termini di un reddito universale basato sul riconoscimento « che il capitale e il progresso della produttività sono prodotto della cooperazione sociale, appartengono a tutti e quindi danno diritto ad un *dividendo sociale* per tutti i membri della collettività »⁽³⁹⁾. La proposta di reddito di cittadinanza è concepita, in questo contesto, come regola distributiva di

⁽³⁹⁾ O. LANGE, *Sulla teoria economica del socialismo* (1938), in *Teoria economica e economia socialista*, a cura di M. Dobb, A.P. Lerner, O. Lange, Roma, Savelli, 1975, pp. 76-83. Cfr. I. NOBILE, *Oltre il lavoro salariato: il reddito di cittadinanza tra utopia e realtà*, in «Crisi e conflitti — periodico on line», 2008: <http://www.humanitech.it/wp-uploads/2008/02/redditicittadinanza.pdf>.

una parte del prodotto sotto forma di rimessa in denaro per tutti. Pre-condizioni di tale politica di quote sociali, risultano essere sia la costruzione di un'economia pianificata sia anche motivazioni cooperativiste e di matrice solidarista. Essa, generalizzando e sviluppando radicalmente la proposta keynesiana di « socializzazione di una certa ampiezza dell'investimento », venne presentata in opposizione alla « nozione capitalistica-neoliberale di reddito di sussistenza » (il reddito minimo), ma anche come un'alternativa — nel segno di un *altro* movimento operaio — agli allora nascenti sistemi di *Welfare State*, imperniati su strumenti regolativi e di controllo degli instabili e iniqui meccanismi di accumulazione ⁽⁴⁰⁾.

Come è stato osservato ⁽⁴¹⁾, Lange da « marxista eterodosso » si spinge « ben oltre la logica keynesiana (della *Teoria generale*) di un semplice rovesciamento delle tesi neoclassiche sulla disoccupazione 'involontaria' e la capacità d'auto-regolazione del mercato », giacché mette in discussione il rapporto salariale capitalistico ⁽⁴²⁾ nell'ottica della trasformazione dei modi di produzione.

⁽⁴⁰⁾ Questa la lettura interpretativa offerta in VERCELLONE, *Reddito di cittadinanza e lavoro sociale*, cit., pp. 144-147, il quale individua « l'elaborazione teoricamente più articolata del reddito di cittadinanza in Marx », in particolare nei *Grundrisse*, soprattutto nel « Frammento sulle macchine », e nella *Critica del Programma di Gotha* (ivi, pp. 145-146). Analogamente, si vedano A. FUMAGALLI, *Per una nuova interpretazione del basic income*, in *Reddito per tutti*, cit., p. 132, e TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., pp. 49-50. Al contrario, Luca Baccelli colloca il reddito di cittadinanza « in una prospettiva radicalmente 'antimarxiana': nella concezione di Marx la produzione non costituiva solo la 'base' della società e l'ambito d'origine delle principali patologie sociali, ma anche il luogo dove si formano e operano i principali attori sociali e nel quale si avviano i processi di 'rivoluzione sociale', secondo la dialettica forze produttive/rapporti di produzione. Le concezioni soggiacenti al RMG [reddito minimo garantito] sembrano implicare un disinteresse o un profondo scetticismo, riguardo alla possibilità di modificare le condizioni date della produzione capitalistica, se non la considerano come la forma 'naturale' dell'economia » (BACCELLI, *Lavoro, cittadinanza, Welfare State*, cit., pp. 83-84). Ciò sembra preludere — prosegue il ragionamento — a una ulteriore emarginazione del mondo del lavoro dai decisivi conflitti politici, « se non ad una vera e propria *neutralizzazione politica* dei lavoratori in quanto tali » (cfr. ivi).

⁽⁴¹⁾ VERCELLONE, *Reddito di cittadinanza e lavoro sociale*, cit., p. 147.

⁽⁴²⁾ A. FUMAGALLI, *Teoria economica, postfordismo e reddito di cittadinanza*, in *La democrazia del reddito universale*, cit., p. 58. Cfr. P. DIEUAIDE, C. VERCELLONE, *Reddito minimo e reddito garantito: morte e resurrezione di un dibattito*, in *Tute bianche. Disoccupazione di massa e reddito di cittadinanza*, a cura di A. Fumagalli, M. Lazzarato, Roma, DeriveApprodi, 1999, pp. 146-147.

Nello stesso lasso di tempo, una complessa articolazione del dividendo sociale si trova poi, come anticipato, in Joan Robinson e in James Meade, entrambi appartenenti a quel 'Circolo di Cambridge' che avrebbe contribuito a determinare la rivoluzione culturale di cui la *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta* di John Maynard Keynes costituisce il manifesto.

Nell'*Introduzione* alla sua *Teoria dell'occupazione* pubblicata nel 1937, Robinson illustra con molta chiarezza la proposta del dividendo sociale come alternativa ad un assetto di *welfare* incentrato sui pubblici servizi:

Alle mentalità convenzionali questo progetto sembra oltremodo fantastico per essere preso sul serio, e i suoi promotori gli hanno reso un pessimo servizio, sostenendolo con argomenti eccessivamente complicati e scarsamente persuasivi. Ma esso tuttavia si raccomanda da sé al senso comune. Se c'è disoccupazione da una parte, e bisogni insoddisfatti dall'altra, perché non potrebbero eliminarsi vicendevolmente, col semplice accorgimento di fornire a coloro che lo desiderano la possibilità di acquistare i prodotti dei lavoratori che altrimenti resterebbero disoccupati?

Come funzionerebbe un tale meccanismo? In pratica [...] produrrebbe il desiderato effetto di espandere il consumo, e perciò l'occupazione, nella stessa maniera di un ordinario deficit di bilancio. Le sterline settimanali supplementari verrebbero spese, in tutto o in parte, in alimenti, vestiti e divertimenti, il commercio prospererebbe, i prezzi salirebbero e la disoccupazione diminuirebbe. Oltre a ciò, l'incremento cumulativo nello sforzo di moneta, comporterebbe una discesa del tasso di interesse (sempre che il panico venisse evitato) e, incoraggiando l'investimento, si darebbe un ulteriore stimolo all'attività economica ⁽⁴³⁾.

Si tratta di una proposta di « corresponsione incondizionata e universale » di reddito di base — non a caso approfondita in quegli stessi anni da Juliet Rhys-Williams (1898-1964) membro del Partito liberale inglese (e in seguito del Partito conservatore), nonché della Commissione Beveridge ⁽⁴⁴⁾ — *alternativo* a quel Rapporto Beve-

⁽⁴³⁾ Traggo la citazione da TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., pp. 47-48.

⁽⁴⁴⁾ J. RHYS-WILLIAMS, *Something to Look Forward To: a Suggestion for a New Social Contract*, London, Macdonald, 1943. La sua proposta è quella di un *Basic Income* nella forma di una *negative income tax*: sul punto si veda T. FITZPATRICK, *Freedom and Security: An Introduction to the Basic Income Debate*, New York, St. Martin's Press, 1999, p. 42. Cfr. anche GRANAGLIA, BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., p. 38, le quali non mancano di osservare come la scrittrice mutò poi posizione a favore di un reddito condizionato al lavoro (dunque nella versione di un « reddito minimo garantito »).

ridge che ha ispirato la riorganizzazione dello Stato sociale inglese nel secondo dopoguerra e di fatto conformato, sulla scia di Richard Titmuss (1907-1973) e Thomas Marshall (1893-1981), una specifica « antropologia giuridica ».

L'autore che in questo periodo ha maggiormente associato il proprio nome al *dividendo sociale* è tuttavia il Premio Nobel per l'Economia (nel 1977, insieme a Bertil Ohlin ⁽⁴⁵⁾) Mead, già membro della sezione economica della Società delle Nazioni, prima dello scoppio della Seconda guerra mondiale, e poi docente alla London School of Economics e all'Università di Cambridge ⁽⁴⁶⁾.

La proposta è anche in questo caso molto semplice, nella sua radicalità: tutti dovrebbero ricevere mensilmente un trasferimento monetario di pari ammontare e graduato sulla base dell'età, non sottoposto a tassazione e sostitutivo delle prestazioni previdenziali e assistenziali vigenti, mentre i redditi di natura diversa al dividendo sociale dovrebbero essere tassati in base a un rinnovato sistema tendenzialmente proporzionale e senza sgravi d'imposta (deduzioni del reddito complessivo e/o detrazioni dall'imposta) ⁽⁴⁷⁾.

(45) « Per i contributi pionieristici alla teoria del commercio internazionale e dei movimenti internazionali di capitali ».

(46) Come precisa Toso, già nel 1935 Meade, nell'ambito di un documento programmatico preparato per il Partito laburista inglese, « aveva ipotizzato l'introduzione di un dividendo sociale, coperto con imposte, come strumento di contrasto della povertà a sostegno della domanda aggregata ». La proposta è presente nella sua *An Introduction to Economic Analysis and Policy* (1936) e poi riproposta in numerose occasioni: nel libro *Planning and the Price Mechanism: The Liberal-Socialist Solution* del 1948 (in cui si discute anche la proposta di Rhys-Williams), nella *Sidney Ball Lecture* del 1972, pubblicata negli *Oxford Economics Papers*, nel Rapporto conclusivo della Commissione da lui presieduta sulla riforma della tassazione diretta inglese nel 1978; ancora, nella lezione tenuta presso l'Università di Southampton in memoria dell'amico Thomas Marshall, comparsa sul «Journal of Social Policy» nel 1984 e nei suoi scritti su *Agatoptopia* del 1989; da ultimo, nel saggio *Full Employment Regained? An Agatoptopian Dream* del 1995, che Meade presentò, un mese prima della sua scomparsa, in un Seminario presso l'Institute for fiscal studies di Londra (TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., pp. 48-49).

(47) Per una recente e originale reinterpretazione di Meade, tuttavia scettica rispetto alla proposta di un reddito di cittadinanza, si veda N. BELLANCA, *Isocrazia. Le istituzioni dell'eguaglianza*, Roma, Castelvecchi, 2016, in part. pp. 7, 41, 43, 47-48, il quale rileva una *ratio* molto diversa tra « dividendo sociale » e « reddito di cittadinanza »: « Mentre il secondo è finanziato dal gettito fiscale, e prima o dopo alimenta il

Il dividendo sociale è sostitutivo dei programmi di spesa per la sicurezza sociale e presenta, nelle argomentazioni di Meade, un duplice vantaggio: « garantisce un livello certo e minimo di reddito, senza generare gli effetti di stigma sociale, tipici della selettività, e si configura come un sistema relativamente semplice da amministrare, dal momento che non richiede alcuna valutazione della condizione economica dei beneficiari » (48).

Sono queste le ragioni per le quali la proposta di dividendo sociale di Meade, che insiste nel collegamento, già istituito da Fourier, fra un *minimum* interpretato come « reddito di base » e la piena espansione della libertà personale, continua tuttora a suscitare interesse negli ambienti che mirano ad una qualche combinazione tra principi liberali e prospettiva socialista (49).

3.2. *La svolta liberista contro il welfare state: Milton Friedman, la Scuola di Chicago e l'imposta negativa.*

Se il dividendo sociale, che nasce nel contesto culturale e politico del keynesismo, è associato ad una tassazione del reddito riformata in senso proporzionale, si apre la possibilità di integrare i due lati del bilancio pubblico: spesa per trasferimenti e prelievo fiscale in unico istituto. Nasce così, entro un paradigma liberale, l'imposta negativa sul reddito, ossia il programma *tax-benefit* integrato per eccellenza, che incorpora in un unico istituto il reddito di cittadinanza e la sua fonte di finanziamento. È ad un altro Premio Nobel per l'Economia (questa volta nel 1976), Milton Friedman (1912-2006), che può essere attribuita la paternità di tale propo-

debito pubblico, il primo è finanziato esclusivamente da una fonte extrafiscale — i proventi del patrimonio pubblico — che viene incrementata nel tempo mediante rendite, profitti, interessi e dividendi. Inoltre il dividendo collettivo nasce dalla socializzazione della proprietà accompagnata a una gestione della Banca centrale e/o dei privati » (p. 49). Per ulteriori rilievi critici al *basic income* (e ai suoi possibili effetti) si veda ivi, p. 54.

(48) TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 51, il quale opportunamente rileva come sia complesso « predire l'impatto della misura sull'offerta di lavoro e sull'occupazione ».

(49) Per un'interessante ricostruzione della storia e dei diversi significati di 'dividendo sociale', attenta alle loro implicazioni anche in relazione agli scenari contemporanei, si veda VAN TRIER, *Who Framed Social Dividend? A Tale of the Unexpected*, cit.

sta ⁽⁵⁰⁾: essa è teorizzata nel suo *bestseller Capitalismo e libertà* del 1972.

Nelle intenzioni l'imposta negativa avrebbe dovuto sostituire i numerosi istituti assistenziali, in moneta o in natura, del sistema di protezione sociale statunitense e, in una prospettiva di medio periodo, anche il comparto previdenziale.

Tale proposta — che non mancherà di trovare seguaci nell'alveo del liberalismo più marcatamente orientato verso posizioni liberiste (come, in Italia, quelle di Antonio Martino ⁽⁵¹⁾) — viene vista come uno strumento in grado di tutelare il principio della libertà individuale e, al tempo stesso, di incentivare gli individui a liberarsi dal peso opprimente delle burocrazie statali e delle politiche di regolazione pubblica. Sul piano prettamente ideologico-politico, l'ideale perseguito è quello di « fare piazza pulita dell'intricato sistema di *welfare* esistente a favore di un unico programma di spesa non categoriale, ancorché selettivo in base al reddito e alla numerosità familiare, rivolto ai poveri in quanti tali ».

⁽⁵⁰⁾ Come nota Toso, « per la verità, di aliquote d'imposta negative aveva già parlato George Stigler (1911-1991) — anch'egli insignito del Premio Nobel per l'Economia [nel 1982] e figura di spicco, come Friedman, della Scuola economica di Chicago — in un articolo sull'« American Economic Review » del 1946, in cui discute di politiche di contrasto alla povertà alternative alla legislazione sul reddito minimo » (Toso, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 57). Il modello dell'imposta negativa in Stigler è tuttavia solo abbozzato e meno radicale, rispetto a quella di Friedman, è la sua visione in materia di politiche redistributive. Sotto questo profilo, la sua prospettiva è più vicina a quella di James Tobin (1918-2002), Premio Nobel nel 1981: egli scrive sull'imposta negativa tra il 1965 e il 1967 non assegnando, tuttavia, ad essa un ruolo sostitutivo delle politiche assistenziali e previdenziali vigenti (cfr. *ivi*, pp. 59-60).

⁽⁵¹⁾ Allievo di Friedman a Chicago, docente di discipline economiche, Martino è stato dal 1988 al 1990 Presidente della « Mont Pelerin Society », l'organizzazione internazionale fondata da Friedrich von Hayek, nonché in seguito esponente politico del centro-destra e parlamentare con importanti incarichi di governo a metà degli anni Novanta e nei primi anni Duemila. Si veda A. MARTINO, *Milton Friedman*, Teramo, Giunti & Lisciani, 1994. Cfr., nella letteratura italiana, A. VILLANI, *Concezioni liberali di giustizia: Milton Friedman*, Milano, I.S.U. Università cattolica, 1998. Più in generale: P. VERNAGLIONE, *Il libertarismo: la teoria, gli autori, le politiche*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2003, pp. 393-402, pp. 512-513.

La formulazione che si rinviene nel capitolo XII di *Capitalismo e libertà* ⁽⁵²⁾ è paradigmatica:

Se l'obiettivo è quello dell'alleviamento della povertà, noi dobbiamo dar vita a un programma inteso per assistere i poveri [...]. Il programma, cioè, dovrebbe essere diretto ad assistere i singoli in quanto tali e non come membri di un dato gruppo professionale o di un dato gruppo di età o di un dato gruppo di livello salariale o di date industrie od organizzazione sindacali. [...] Il congegno che meglio di altri sembra giustificato sotto il profilo puramente tecnico è quello dell'imposta negativa sul reddito. [...] I vantaggi di questo congegno sono evidenti. Si tratta, innanzitutto, di un congegno specificamente inteso alla soluzione del problema della povertà; fornisce l'aiuto nella formula più utile all'individuo, cioè in contanti; ha carattere generale e potrebbe essere sostitutivo della miriade di misure speciali oggi vigenti; rende esplicito il costo sopportato dalla collettività; opera al di fuori del mercato [...].

L'imposta negativa — dal tratto marcatamente individualista e sganciata da ogni vincolo sociale — presenta tratti strutturali propri. Essa è innestata in un sistema economico di mercato che va lasciato libero di sprigionare tutte le sue energie.

Diversamente dal « reddito di cittadinanza », nasce come strumento di sostegno al reddito familiare, non richiede di specificare il reddito-soglia in termini di reddito medio e neppure di eguagliare i tassi di imposta e sussidio. Essa ha poi, tra le altre, la caratteristica intrinseca di « schema integrato spesa-imposta, mentre il reddito di cittadinanza può essere erogato come mero trasferimento a prescindere dal ricorso alla via tributaria ». Tale istituto condivide, d'altra parte, diversi elementi con un'idea di « reddito minimo garantito ». Si rivolge, infatti, ai soggetti con risorse sotto una determinata soglia e in questo senso si configura come una « misura selettiva » e *non* incondizionata e universale. Ha così « lo stesso tasso di andamento di un reddito minimo graduato, il che impone tra l'altro, di compiere le medesime scelte in termini di definizione della soglia, unità di riferimento e andamento del tasso del sussidio richieste dal reddito minimo » ⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Friedman ritornerà sulla sua proposta in almeno tre occasioni: nel 1964, nel 1969 e nel 1980 ispirando proposte che hanno avuto una grande eco politica (cfr. Toso, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 59).

⁽⁵³⁾ Per queste notazioni si veda GRANAGLIA, BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., pp. 45-46, p. 43.

4. *Il 'presente': reddito di cittadinanza vs diritti sociali?*

Al di là delle formulazioni esaminate, riconducibili all'elaborazione di singole figure o, tutt'al più, a ristrette cerchie di intellettuali, è a partire dagli anni Ottanta del Novecento — con la presa d'atto della crisi del modello di Stato sociale keynesiano ⁽⁵⁴⁾ — che l'idea di reddito di cittadinanza è tornata a suscitare un interesse non occasionale e a penetrare con forza crescente nel dibattito pubblico, acquisendo progressivamente la configurazione di una proposta, non solo valida sul piano filosofico, ma anche realizzabile ⁽⁵⁵⁾ e adatta a offrire risposte di inclusione sociale ⁽⁵⁶⁾.

Quello che interessa più da vicino in questa sede riguarda le proposte che ruotano attorno all'idea di un'erogazione monetaria assegnata, secondo alcuni criteri, indipendentemente dal lavoro ⁽⁵⁷⁾: essa viene indicata come risposta alle condizioni di povertà e alle carenze degli assetti di *welfare* e, implicitamente, come possibile strumento per la definizione di un nuovo assetto istituzionale, *oltre lo Stato sociale* ⁽⁵⁸⁾.

A partire dalle tensioni insite nella nozione di cittadinanza —

⁽⁵⁴⁾ Per un inquadramento si veda BACCELLI, *Lavoro, cittadinanza, Welfare State*, cit., in part., per la messa a fuoco degli elementi di crisi, pp. 79-80 e, per le diverse critiche, pp. 81-82.

⁽⁵⁵⁾ Per questo passaggio in termini di percezione, si veda ad esempio C. DEL BÒ, *Il reddito di cittadinanza tra mito e realtà*, in « Il Mulino », 2013, 63, pp. 790-797.

⁽⁵⁶⁾ Indicativa a questo riguardo è la teorizzazione di un *basic income* anche entro prospettive femministe come quella di Carole Pateman, della quale si possono vedere: *Freedom and Democratization. Why Basic Income is to be Preferred to Basic Capital*, in *The Ethics of Stakeholding*, edited by K. Dowding, J. De Wispelaere, S. White, Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 2003, pp. 130-148; *Another Way Forward: Welfare, Social Reproduction, and a Basic Income*, in *Welfare Reform and Political Theory*, edited by L.M. Mead, C. Beem, New York, Russell Sage Foundation, 2005, pp. 34-64; *Why Republicanism*, in « Basic Income Studies. An International Journal of Basic Income Research », 2 (2008), 2, pp. 1-6 (all'interno di un fascicolo dedicato a « Basic Income and the Republican Legacy » e curato da David Casassas); *Democrazia, diritti umani e basic income nell'era globale*, in *Reddito per tutti*, cit., pp. 258-263.

⁽⁵⁷⁾ TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., pp. 12-13, 206-214.

⁽⁵⁸⁾ Riprendo qui le considerazioni svolte in Th. CASADEI, *Diritti sociali e "processo de-costituente"*, in « Ragion pratica », 47 (2016), pp. 541-552 (all'interno di una sezione monografica dedicata a *Diritti sociali veri diritti?*).

di complessa definizione in un'epoca storica di grandi migrazioni ⁽⁵⁹⁾ — e soprattutto dalla crisi del paradigma lavoristico, sono diverse le proposte sviluppate, connesse, apparentemente, a prospettive ideologiche anche molto lontane tra loro ⁽⁶⁰⁾: auspicando il superamento del potenziale conflitto tra retribuzione e reddito garantito si punta, in ogni caso, alla garanzia di un « minimo vitale », di un « diritto all'esistenza » o, più comprensivamente, ad un « reddito di cittadinanza », che rimanda poi alle due fondamentali tipologie che sono state richiamate sin dall'inizio di questo contributo e che sovente sono sovrapposte senza particolare attenzione, come si è osservato, ai profili definitori: il « reddito di base » (*basic income*) e il « reddito minimo garantito » ⁽⁶¹⁾.

4.1. *Dal « Collectif Fourier » al paradosso del surfista di Malibù: le argomentazioni di Philippe Van Parijs.*

La ripresa più recente del dibattito sul reddito di cittadinanza risale al lavoro di un gruppo di studiosi belgi (sociologi, economisti,

⁽⁵⁹⁾ Sotto questo profilo, appare rilevante lo sforzo sistematico compiuto da Patricia MINDUS: *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014 (a cui si rimanda anche per l'ampia letteratura recente in materia di *citizenship studies*).

⁽⁶⁰⁾ Sullo stato del più recente dibattito si vedano l'interessante dossier dell'OFCE — Observatoire français des conjonctures économiques, *Revenu universel. L'état du débat*, coordonné par G. Allègre-H. Sterdyniak, OCFE ebook, 2017: http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/ebook/ebook_10-03-2017.pdf; e la sezione monografica, a cura di G. Pisani, E. Leonardi, contenuta in « Etica e Politica », 1 (2017): http://www2.units.it/etica/2017_1/EP_2017_1.pdf.

⁽⁶¹⁾ Più in specifico, circa gli argomenti addotti a sostegno del reddito di base, oltre al volume di Tripodina (in part. pp. 37-52), si vedano: L. COCCOLI, *Filosofia e reddito di base. Tentativi di giustificazione*, in « Progetto lavoro », 14 (2012), pp. 31-33 (il quale individua tre diverse giustificazioni teoriche del *basic income*: quella « liberale », quella « post-operaista », quella « femminista »); R. TARGETTI LENTI, *Reddito di cittadinanza e minimo vitale*, in « Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze », 2 (2000), pp. 205-239 (il quale indica come motivazioni filosofico-politiche quella « comunitaria », quella « egalaritaria », quella « libertaria »). Per una serie di motivazioni normative, imperniate sul principio dell'eguaglianza, si veda N. RIVA, *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 102-113. Per una disamina delle argomentazioni *pro* e *contra* si veda, da ultimo, GRANAGLIA-BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., pp. 157-179.

filosofi) che nel 1984, partecipando ad un concorso dedicato a *Il posto del lavoro nell'avvenire*, definisce le coordinate teoriche entro cui verranno poi sviluppate le argomentazioni a sostegno del *basic income*, tra le quali spicca la proposta di Van Parijs ⁽⁶²⁾.

Nell'opera che organizza sistematicamente queste elaborazioni, *Real Freedom for All* (1995), l'intelligente belga intraprende la ricerca dei principi-guida di una società i cui membri possano dirsi effettivamente liberi ⁽⁶³⁾.

Il mezzo indicato da Van Parijs è appunto l'*Universal Basic Income*, un reddito di base universale, erogato regolarmente da un governo a ogni membro adulto della comunità; *monetario*, non in beni e servizi ⁽⁶⁴⁾, ma convertibile in ciascuno di essi, secondo quanto ogni soggetto ritiene di aver bisogno per sé; *indipendente* dalle condizioni reddituali di partenza, ovvero *incondizionato*, non riservato solo ai cittadini, ma esteso a tutti i residenti stabili, secondo il più alto livello sostenibile dalla società ⁽⁶⁵⁾.

Secondo Van Parijs, esso ha peculiari caratteristiche in quanto viene corrisposto: *a*) agli individui e non alle famiglie; *b*) a prescindere da qualunque reddito proveniente da altre fonti (lo potrebbero dunque ricevere anche le persone più ricche in assoluto); *c*) a prescindere da ogni prestazione lavorativa passata o presente, o dalla volontà (dell'assegnatario) di accettare un lavoro qualora questo gli venga offerto ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 45.

⁽⁶³⁾ Cfr. Ph. VAN PARIJS, *Real Freedom for All: What (if Anything) can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 25; *Éthique économique et sociale*, C. Arnsperger, Ph. Van Parijs (edd.), Paris, La Découverte, 2003. Il co-fondatore della rete mondiale BIEN Van Parijs e il suo ex studente e ora collaboratore Yannick Vanderborght hanno dato alle stampe una nuova pubblicazione ribadendo le tesi elaborate già a metà degli anni ottanta del Novecento: *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2017.

⁽⁶⁴⁾ Considerato il valore universale dell'istruzione e della tutela della salute, Van Parijs ritiene che una parte del reddito di base si possa attribuire in forma di *voucher* destinati a finanziare questi servizi.

⁽⁶⁵⁾ « Uno è realmente libero, in opposizione a chi è formalmente libero, nella misura in cui possiede i mezzi, non soltanto il diritto, di fare qualunque cosa può voler fare » (VAN PARIJS, *Real freedom for All*, cit., pp. 26-27).

⁽⁶⁶⁾ VAN PARIJS, *Competing Justifications of Basic Income*, cit. In altri termini, il *basic income* è una dotazione di risorse erogata dallo Stato in forma continuativa a

L'articolata proposta di Van Parijs, che richiama per alcuni versi l'ispirazione fourieriana, e sulla quale il lavoro di ricerca continua presso l'Università Cattolica di Lovanio, rappresenta un importante tentativo di portare il discorso su temi nodali della realtà sociale ed economica contemporanea, e in particolare di declinare i problemi della tutela della libertà personale con un funzionamento della società che consenta un amplissimo pluralismo nella scelta degli stili di vita.

Fourier — come si è visto — attraverso il *minimum* instaura un rapporto diretto del soggetto con il lavoro; la sua erogazione poi ha senso soltanto all'interno di un sistema strutturale coerente, come quello dell'*Association* dove il *travail* è *attrayant*, fatto spontaneamente, per piacere e passione, sostenuto da un'antropologia che scongiura di per sé l'eventuale volontà di fuga dal lavoro, e dove il diritto al lavoro converge a escludere discriminazioni; nella sua concezione ottimistica è prevista, inoltre, una prospettiva di crescita economica con una produzione almeno quadruplicata di ricchezza cui attingere risorse per il *minimum*.

Van Parijs non teme di spingersi oltre: entro il suo orizzonte, il diritto all'esistenza si esprime nei termini di diritto alle condizioni necessarie per « fare cosa si potrebbe voler fare »⁽⁶⁷⁾ e l'esito potrebbe essere anche, paradossalmente, quello di fare per la vita intera surf a Malibù⁽⁶⁸⁾, ovvero di vivere nella sola dimensione del tempo libero (dal lavoro e dalle sue fatiche). Il surfista, a prescindere dal fatto che occupi il suo tempo sulle spiagge di Malibù, ha il pieno

ciascun membro a pieno titolo della società, *senza condizioni* (ID., *Real Freedom for All*, cit., p. 35, corsivo mio).

⁽⁶⁷⁾ VAN PARIJS, *Real Freedom for All*, cit., p. 23.

⁽⁶⁸⁾ La difesa dei surfisti si trova in Ph. VAN PARIJS, *Why Surfers Should be Fed. The Liberal Case for an Unconditional Basic Income*, in « Philosophy and Public Affairs », 20 (1991), pp. 101-131, e confuta, al di là di molte affinità nella critica al *welfare state*, le posizioni di John Rawls: di quest'ultimo, al riguardo, si veda *The Priority of Right and Ideas of the Good* (1988), in *Collected Papers*, edited by S. Freeman, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 449-472, in particolare p. 455 (trad. it. *La priorità del giusto e idee del bene*, in *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, pp. 204-233, in particolare p. 211) e in J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 181-182 (trad. it. *Liberalismo politico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994, p. 334).

diritto alla sua porzione di denaro e, sotto questo profilo, l'elemento discreetivo dell'incondizionatezza è portato alle sue conclusioni più estreme e radicali così come definitivamente scomponibile è il nesso tra reddito e lavoro, ossia tra reddito e dimensione esistenziale del lavoro.

4.2. *Anthony B. Atkinson e la proposta di un basic income parziale: il reddito di partecipazione.*

Se, da un lato, tante correnti di pensiero, nonché tanti Premi Nobel per l'Economia, di orientamento diverso, convergono sulla proposta del reddito di cittadinanza o su schemi analoghi (stante la pluralità di espressioni adottate, la molteplicità dei modi di intenderlo, nonché le diverse intenzionalità politiche che lo accompagnano), dall'altro, diverse sono anche le ragioni che ne ostacolano l'introduzione all'interno degli Stati o l'adozione, addirittura, su scala sovra-nazionale. Le principali possono essere ricondotte a due ambiti: uno di natura economico-finanziaria, per cui l'introduzione del *basic income* implica un problema di costi per il bilancio pubblico e quindi elevate aliquote di imposta necessarie per la sua copertura (a meno di smantellare, come propongono i liberisti più conseguenti, ogni struttura connessa ai servizi sociali); l'altro di natura etica, per cui l'introduzione del *basic income* implica una radicale messa in discussione dell'etica del lavoro e della centralità del lavoro in relazione alla sfera della cittadinanza.

Per far fronte a queste contestazioni sono state via via avanzate, da parte degli studiosi sensibili all'universalismo della proposta ma anche ai profili etici e finanziari sollevati, alcune ipotesi di *basic income* per così dire 'parziale' che cercano di temperare i vantaggi di uno schema non selettivo accettando però un compromesso sul piano dell'incondizionalità. Una delle formulazioni più articolate in tal senso è rappresentata dal 'reddito di partecipazione' elaborato a metà degli anni novanta da un allievo di Mead: Anthony B. Atkinson (1944-2017) ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Presidente della Royal Economic Society, della Econometric Society, della European Economic Association e della International Economic Association, Atkinson è stato a lungo docente di Economia Politica all'Università di Cambridge. Tra le sue

Già in una lezione magistrale, tenuta significativamente in occasione della Conferenza internazionale che celebrava i cinquanta anni del Rapporto Beveridge, nel 1992, Atkinson propose una visione del reddito di cittadinanza non alternativa ma *complementare* alle forme di sostegno esistenti, imperniate sulla logica dei diritti sociali ⁽⁷⁰⁾.

Tale proposta preserva il carattere universalistico e individuale del reddito di base, condizionandolo però ad un principio di partecipazione al mercato del lavoro, inteso in senso molto ampio: lavoratore dipendente o autonomo, disoccupato che cerca lavoro, lavoratore che per limiti d'età va in pensione, inabile al lavoro, chi è coinvolto in programmi di formazione, chi svolge lavoro di cura; infine — questo l'aspetto innovativo della proposta — chi è impegnato nei mondi del volontariato. Il concetto di lavoro sotteso a questo 'reddito di base attivo' (*active basic income*) — che comunque Atkinson preferisce chiamare 'reddito di partecipazione' (*participation income*) — è da intendersi anche nel senso del lavoro non pagato. Ad essere escluso è, d'altro canto, il « surfista di Malibù ». L'argomentazione dell'economista inglese cerca così di risolvere l'obiezione etica al *basic income* rinviando ad un'idea di reciprocità e di cittadinanza attiva.

Il progetto di Atkinson — che nei primi anni novanta suscitò interesse anche nel gruppo dirigente del Partito laburista guidato da John Smith prima dell'avvento di Tony Blair e dell'avvio di una nuova fase, ispirata da principi riconducibili al neoliberalismo, del Labour Party — non è privo di aspetti controversi: la proposta, attraente, di includere il lavoro volontario fra le occupazioni che valgano ai fini della partecipazione, ad esempio, presenta una difficoltà di definizione e di verifica di questa forma di attivismo ma anche un impatto rilevante sul versante delle remunerazioni di chi

opere più note: *Per un nuovo Welfare state: la proposta reddito minimo/imposta unica*, introduzione di N. Rossi, Roma-Bari, Laterza, 1998, e *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2015. Per un'esposizione delle tesi di Atkinson, a cui mi appoggio in questa parte della trattazione si vedano, nuovamente: TOSO, *Reddito di cittadinanza*, cit., pp. 62-68; GRANAGLIA-BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., pp. 47-48, 188.

⁽⁷⁰⁾ La proposta è stata poi ampiamente illustrata nell'articolo *The Case for a Participation Income*, in « The Political Quarterly », 1996, 1, pp. 67-70.

svolge sul mercato lavori simili a quelli svolti a titolo volontario (si pensi al lavoro e ai servizi di cura) ⁽⁷¹⁾.

4.3. *'Ridare linfa' ai diritti sociali.*

Nel contesto contemporaneo, rispetto ad una visione sociale e istituzionale che riconosca e valorizzi i diritti sociali nell'arena dei poteri pubblici, secondo una consolidata tradizione costituzionalistica, sembra essersi affermata la prevalenza di una visione che tende ad 'oscurare' e 'rimuovere' la portata sociale dei diritti e delle relazioni, nonché il vincolo sociale che sta alla base della cittadinanza. Ciò implica il concepire i rapporti come scambi privatistici tra individui 'puri' nell'arena del mercato, nazionale e internazionale ⁽⁷²⁾, ma anche nelle nuove arene cittadine, ove la competizione tra assetti e servizi privati si fa strada a scapito dei servizi pubblici locali.

Da questo punto di vista, appare inscalfibile la colonizzazione di dimensioni della politica, così come della soggettività, da parte dell'economia di mercato, che è, prima di ogni altra cosa, una specifica modalità di creazione e organizzazione del mondo e delle condotte di vita. A tale colonizzazione non pare essere immune la logica che sottende le varie proposte di reddito di cittadinanza, diverse tra loro ma — *tutte* — accomunate da una matrice monetaria e, in fondo, da una medesima implicazione: la neutralizzazione politica delle soggettività collettive, a cominciare da quelle di lavoratori e lavoratrici.

⁽⁷¹⁾ Cfr., su questo punto, GRANAGLIA-BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., pp. 188-189.

⁽⁷²⁾ Per una proposta sul reddito di cittadinanza su scala nazionale ed europea si veda G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, cit. Nella stessa direzione si muove la proposta del Comitato scientifico del Bin-Italia, *Per un reddito minimo garantito europeo*, 23 marzo 2017: <http://www.bin-italia.org/un-reddito-minimo-garantito-europeo/>. Cfr., per una panoramica, G. BUSILACCHI, *Welfare e diritto al reddito. Le politiche di reddito minimo nell'Europa a 27*, Milano, FrancoAngeli, 2013. Su scala globale: *Basic Income Worldwide: Horizons of Reform*, edited by C. Pateman, M.C. Murray, Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 2012. Da ultimo si possono vedere anche A. STERN, W. KRAVITZ, *Raising the Floor. How a Universal Basic Income Can Renew Our Economy and Rebuild the American Dream*, New York, Public Affairs, 2016; G. STANDING, *Basic Income: and how We Can Make it Happen*, London, Penguin, 2017.

Sotto questo profilo, continuare ad interrogarsi sullo statuto concettuale dei diritti sociali, rilanciarne le finalità e l'efficacia, anche in uno scenario sovranazionale e globale, rappresenta la tensione ad un'ideale di organizzazione delle istituzioni — certamente più esigente delle proposte del *basic income* — imperniato sulle cause dell'insicurezza sociale e volto, come ha molto efficacemente indicato Robert Castel (73), sia a riconfigurare le protezioni sociali sia a rendere sicuro il lavoro e le sue condizioni (74). Interrogarsi sui beni e sui servizi *pubblici*, sulle forme della cittadinanza *sociale* — in un'ottica non individualistica e privatistica — contribuisce a riattivare una visione della protezione — e della solidarietà collettiva — intesa come « condizione basilare affinché tutti possano continuare ad appartenere ad una società di simili » (75).

Ciò significa, anche, non rinunciare ad interrogarsi su azioni che possano incidere sullo stato delle politiche per l'occupazione, sulle forme e le modalità di produzione del lavoro, nonché sulle forme di accesso ai mondi del lavoro, sulla regolazione della più complessiva struttura dei mercati: si pensi, solo per fare qualche esempio, alla rete dei servizi pubblici per l'impiego e ai programmi della *Youth Guarantee*.

In una situazione come quella odierna, « ove la nuova *lex mercatoria* è assunta a *Grundnorm* internazionale » e il predominio dell'*homo oeconomicus* costituisce una delle cause fondamentali dell'« assedio » alla democrazia (76), quel che può fare la differenza è una « restaurazione del ruolo di governo della sfera pubblica e della sua separazione dalla sfera privata contro le tendenze pervasive della seconda rispetto alla prima » (77).

Ciò pare possibile riaffermando il primato costituzionale e politico dei diritti sociali ovvero il loro potenziale non solo assistenziale ma anche partecipativo e, più in generale, emancipativo, nel

(73) R. CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che cosa significa essere protetti* (2003), Torino, Einaudi, 2004, pp. 72-92.

(74) Cfr. J.L. REY, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Dykinson, 2007.

(75) S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 84-85.

(76) M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata*, Roma, DeriveApprodi, 2014, pp. 88-99.

(77) FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 583.

segno — giuridicamente garantito e concretamente agito — dell'autonomia di ogni soggetto e dell'autonomia collettiva (con riferimento anche al diritto del lavoro). Questa via implica lo sforzo di occuparsi non solo della povertà individuale e della sua eventuale prevenzione o, come in genere avviene, delle forme per alleviarla, ma anche del contrasto alle dinamiche strutturali che creano povertà, vulnerabilità, emarginazione, esclusione e assenza complessiva di opportunità (78).

Le diverse proposte di reddito di cittadinanza come erogazione monetaria non pongono in discussione, in alcun modo, le strutture economiche e sociali vigenti e di fatto rischiano di prefigurare dei palliativi — in genere realizzati, si pensi anche al caso italiano, in via sperimentale, su scala territoriale ridotta, e comunque sulla base di vincoli selettivi e, soprattutto, controversi (al pari degli equivoci terminologici) (79) — mentre vengono smantellate le forme

(78) È in questa direzione che si muovono, per esempio, le argomentazioni contenute in *Combattere la povertà. Lavoro non assistenza*, a cura di R. Bellofiore, L. Pennacchi, Roma, Ediesse, 2014.

(79) Sul caso italiano, oltre ai testi citati di Toso e di Granaglia, si vedano: S. LIETO, D. MONE, *Il reddito di cittadinanza. Per un contributo sull'effettività dei diritti sociali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004, pp. 88, 93; E. VIVALDI, A. GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in « Diritto e società », 2014, 1, pp. 115-151. Cfr., da ultimo e per un riferimento all'attualità politica, C. DEL BÒ, M. RICCIARDI, *Che cos'è davvero il reddito di cittadinanza*, in « Il Mulino », 17 febbraio 2017: http://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:3798; R. CARLINI, *Il reddito di cittadinanza*, in « Rocca », 15 marzo 2017. In data 9 marzo 2017 il Senato ha approvato l'introduzione del 'reddito di inclusione sociale' (Reis): <http://www.redditoinclusione.it/cose-il-reis/>. Per una presentazione della proposta: C. GORI *et. al.*, *Il reddito d'inclusione sociale (REIS): la proposta dell'Alleanza contro la povertà in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016. La misura è articolata in un beneficio economico e in una componente di servizi alla persona, assicurati dalla rete dei servizi e degli interventi sociali. Per la componente economica, è previsto un limite di durata, con possibilità di rinnovo, subordinato alla verifica del persistere dei requisiti, ai fini del completamento o della ridefinizione del percorso previsto dal progetto personalizzato. Si tratta di una misura che erogherà circa 400 euro al mese su base familiare, poco più di cento euro a persona, e che non arriva a coprire tutti i cittadini in condizioni di povertà assoluta: dei quasi cinque milioni ne ha diritto più o meno il 30%. Il provvedimento è finanziato con 1,6 miliardi di euro. I beneficiari del 'reddito di inclusione' dovranno essere inseriti in progetti personalizzati predisposti da « un'équipe multidisciplinare » per svolgere lavori che si presumono socialmente utili in cambio del beneficio economico. Tale misura, in realtà, pare

di concreta tutela connesse ai diritti sociali e ai pubblici servizi, ovvero il cuore pulsante dello Stato sociale come chiave di legittimazione dello Stato contemporaneo.

In questi casi ciò che pare passare in secondo piano, o addirittura essere eluso, è il *vincolo sociale* che sta alla base della condivisione dello spazio pubblico democratico, quel che di fatto consente, mediante la concezione dei diritti (indivisibili e interdipendenti) come sistema alla base dello Stato sociale, di attivare un insieme di « strumenti contro la vulnerabilità »⁽⁸⁰⁾, contro la povertà e l'esclusione. Le proposte che si muovono sul piano della redistribuzione monetaria, più che fornire effettiva tutela e garanzia per i diversi bisogni⁽⁸¹⁾, paiono assecondare le logiche mercantili dell'*ideologia* liberista e neo-liberale⁽⁸²⁾, e riportare le 'lancette della storia' a prima dello Stato sociale, con tutte quel che ne consegue in termini di condizioni materiali ed esistenziali delle persone.

costituire solo « una rimodulazione di strumenti già esistenti, non un welfare più inclusivo ma solo uno spostamento di risorse da una platea all'altra. Appare del tutto evidente l'impossibilità di configurarla come un reddito di base, essendo gli stanziamenti assolutamente insufficienti persino a coprire l'intera platea di persone in condizioni di povertà assoluta, e dunque, a maggior ragione, quelle in povertà relativa, compresi disoccupati, inoccupati, *neet* e *working poors* » (così la relatrice di minoranza Nunzia Catalfo nella sua relazione in Commissione Lavoro).

⁽⁸⁰⁾ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 43.

⁽⁸¹⁾ Per una disamina dei limiti della proposta del *basic income*, inteso come risposta alternativa al sistema dei diritti e dei servizi sociali, nonché per alcune argomentazioni a supporto di una rinnovata visione dello Stato sociale mi permetto di rinviare a CASADEI, *I diritti sociali. Un profilo filosofico-giuridico*, cit., pp. 71-85.

⁽⁸²⁾ Cfr. G. PECES-BARBA, *Diritti sociali: origini e concetto* (2000), in ID., *Etica pubblica e diritti fondamentali*, a cura di M. Zezza, con un prologo di M.G. Losano, Milano, FrancoAngeli, 2016, pp. 145-163, in part. pp. 149-150.

La dimensione giuridica

BERNARDO SORDI

DALL'ATTIVITÀ SOCIALE AI PUBBLICI SERVIZI:
ALLE RADICI OTTOCENTESCHE DELLO STATO SOCIALE

1. Pavia 1878: una nuova scienza per l'« azione sociale positiva e diretta dello Stato ». — 2. Né Stato socialista, né Stato gendarme: giuridicizzare l'ingerenza dello Stato. — 3. Le prestazioni degli enti amministrativi. — 4. La città moderna e i suoi servizi. — 5. Difendere la sovranità: l'ostracismo verso il *service public*.

1. *Pavia 1878: una nuova scienza per l'« azione sociale positiva e diretta dello Stato »* ⁽¹⁾.

È un giovane di ventotto anni a tenere a Pavia, il 2 aprile del 1878, una prolusione dal titolo impegnativo: *La scienza dell'amministrazione. Oggetto, limiti, ufficio*, e a riprendere il tema, a pochi mesi di distanza, il 18 novembre, con il discorso: *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo e la sua sede nel sistema delle scienze politiche*. Difficile pensare che si trattasse di grandi avvenimenti accademici. Il corso era tenuto per incarico; nella primavera era iniziato in ritardo, su espressa autorizzazione ministeriale, per problemi familiari; il prolusore, che otto anni prima si era laureato in giurisprudenza a Torino, con una tesi sulla rappresentanza delle minoranze, era alle primissime esperienze didattiche; aveva sino a quel momento peregrinato per l'Europa, soggiornato prima a Berlino, per tre semestri, tra il 1872 ed il 1874, quindi in Inghilterra, per approdare infine, nello stesso 1874, alla Direzione di Statistica, diretta da Luigi Bodio al Ministero di

⁽¹⁾ Queste pagine prendono spunto da una pista di ricerca tracciata, anni fa, con acume e intelligenza da Cesare Mozzarelli (Mantova 1947 — Milano 2004). Alla sua memoria, di pregevole studioso del diritto pubblico e delle istituzioni politiche e di amico indimenticato, il saggio è dedicato.

agricoltura, industria e commercio: il Ministero che lo autorizzava, appunto, a tenere i primi incarichi universitari, a Pavia e a Roma.

Diverse circostanze spingevano, però, a non circoscrivere ad una stanca ritualità accademica questo primo ingresso del nostro personaggio, da semplice professore incaricato, nel ristretto mondo universitario dell'Italia liberale. Vi spingeva, certo, l'intelligente attivismo del Nostro: autore, già negli anni precedenti, di significative rassegne, su riviste importanti — *l'Archivio giuridico*, la *Nuova Antologia* —, in cui metteva a frutto i suoi viaggi di studio, analizzando le riforme amministrative prussiane degli inizi degli anni Settanta e le classi agricole dell'Inghilterra e del Galles. E subito pronto a raccogliere, nel 1880, per i tipi di Loescher, in un volume autonomo ⁽²⁾, le sue coraggiose spigolature scientifiche tra economia, diritto, statistica. Pronto, soprattutto, nello stesso 1880, a lanciare l'iniziativa di una rivista d'autore, *l'Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, sulla base di un disegno interdisciplinare fortemente ispirato dalle fonti frequentate in Germania e cifra caratteristica del suo progetto intellettuale e politico, destinato ad entrare presto in rotta di collisione con il montante specialismo disciplinare ⁽³⁾.

Vi spingevano anche circostanze estrinseche, come la previsione ministeriale, pochi anni dopo, nel 1885, della obbligatorietà dell'insegnamento della scienza dell'amministrazione nelle facoltà italiane di giurisprudenza: « un ambiguo riconoscimento ufficiale » ⁽⁴⁾, che rendeva particolarmente delicato il problema dell'identità scientifica della nuova disciplina e della sua non facile confinazione con il diritto amministrativo, e che conferiva immediata attualità ai titoli delle due prolusioni pavesi.

⁽²⁾ Saranno i *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino-Roma, Loescher, 1880.

⁽³⁾ C. MOZZARELLI, *L'Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche (1880-1883). Viaggio breve nella cattiva coscienza*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, p. 7 e ss.

⁽⁴⁾ Sul regolamento Coppino dell'11 ottobre 1885, come decisivo spunto per il dibattito, ampiamente C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, Marsilio, 1981, p. 19 e ss.

Ma, soprattutto, Carlo Francesco Ferraris ⁽⁵⁾, — questo, come si sarà facilmente capito, il nome del personaggio — era riuscito, con quei due rapidi discorsi introduttivi, a cogliere un preciso *Zeitgeist*, a fiutare una faglia sempre più profonda di trasformazione, nelle politiche e nelle istituzioni degli Stati europei, inserendosi con una certa originalità in un indirizzo scientifico, assai più ampio, che proprio agli inizi degli anni Settanta aveva preso forza in Germania e che iniziava a mettere al passo, in una peculiare sovrapposizione di « modernity and traditionalism » ⁽⁶⁾, questione sociale e scoperta del paese, prime politiche pubbliche securitarie ed interventismo economico, destinati ad allargare la consueta raggiera dei compiti dello Stato e, soprattutto, le tipologie di attività dei pubblici poteri. Quella *ingerenza* di cui Ferraris dava non solo una prima rappresentazione, ma che ipotizzava anche come oggetto di una nuova e specifica scienza sociale. Quella ingerenza che era destinata a turbare per non poco tempo i sonni dei giuristi.

E, così, anche grazie a qualche preziosa relazione personale — forte e duratura quella con Sidney Sonnino, con cui stringe un intenso carteggio ⁽⁷⁾, più deferente quella con Fedele Lampertico e Luigi Luzzatti, esponenti di spicco della ‘Scuola lombardo-veneta’ ⁽⁸⁾ e fondatori, nel 1875, del *Giornale degli economisti*, cui presto si aggiungeranno i contatti con la nutrita schiera dei collaboratori dell’*Annuario* —, Ferraris era venuto a costituire se non un punto di riferimento, almeno un ponte sottile tra economisti e

⁽⁵⁾ Le notizie biografiche sopra riferite sono riprese dal felice ritratto di P. BENEDEUCE, *Ferraris, Carlo Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 46, Roma, Enciclopedia italiana, 1996, pp. 712-18.

⁽⁶⁾ M. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State. Social Policy in Germany to 1945*, Heidelberg-New York, Springer, 2013, pp. 59-60; E. EICHENHOFER, *Geschichte des Sozialstaats in Europa. Von der « sozialen Frage » bis zur Globalisierung*, München, Beck, 2007, pp. 50-55. Lo sbocco si avrà alcuni anni più tardi, con le celebri leggi sociali bismarckiane: la legge sull’assicurazione malattie, nel 1883; la legge sugli infortuni sul lavoro, nel 1884; la legge sulla invalidità e vecchiaia, nel 1889.

⁽⁷⁾ Lo utilizza ampiamente P. BENEDEUCE, *Linguaggio e stile dell’autore pubblico nelle carte Ferraris*, in *I linguaggi delle istituzioni*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Cuen, 2001, pp. 92-127.

⁽⁸⁾ Colpevole, nella dura requisitoria di Francesco Ferrara, di aver importato in Italia le tesi del socialismo della cattedra: *Il germanismo economico in Italia*, in « Nuova Antologia », 26 (1874), p. 982 e ss.

giuristi, malgrado le malcelate diffidenze degli uni e degli altri: un ponte all'insegna dei processi di recezione culturale del germanismo economico e amministrativo ⁽⁹⁾.

Era infatti, prima di tutto, un indirizzo scientifico, quello con il quale ci si dichiarava simpatetici. Hermann Roesler, Adolph Wagner e l'intero *Verein für Sozialpolitik*, che aveva iniziato la sua attività pochi anni prima, nell'ottobre 1872, con il congresso di Eisenach ⁽¹⁰⁾, ma soprattutto Lorenz von Stein, venivano direttamente invocati da Ferraris per avvalorare la scelta programmatica e metodologica dell'ingerenza. Il suo procedere non era quindi quello del giurista, chiamato a dare un assetto sistematico a presenze normative consolidate, ancora in gran parte da realizzare nello Stato unitario, ma quello dello scienziato sociale che intuiva un processo di trasformazione, nella penisola forse ancora più descritto e temuto che realmente vissuto, preconizzando nuove politiche economiche e sociali che, preso atto di un'ormai impossibile armonia prestabilita, prevedessero un inedito protagonismo dello Stato.

A due anni di distanza dall'ascesa della Sinistra al potere, se la creazione del mercato nazionale conta, sin dall'unificazione, già un cospicuo intervento legislativo ⁽¹¹⁾, lo Stato sociale è ancora impalpabile. Nell'Italia liberale, il « soccorrere alle classi meno agiate » ⁽¹²⁾ segue ancora le logiche pre-industriali della 'carità legale'; è mosso da obiettivi esclusivamente paternalistici e securitari e passa ancora quasi per intero attraverso il tessuto di opere pie e di enti caritatevoli ereditato dal novero dei corpi morali di antico stato.

Non si procede induttivamente, né lo si può fare: non esistono

⁽⁹⁾ Si tratta di una vicenda più volte ripercorsa: un utile quadro di sintesi in G. CIANFEROTTI, *1914. Le università italiane e la Germania*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 61 e ss.

⁽¹⁰⁾ A. ROVERSI, *Il magistero della scienza. Storia del Verein für Sozialpolitik dal 1872 al 1888*, Roma, FrancoAngeli, 1984, p. 21 e ss.

⁽¹¹⁾ Una sintesi efficace in S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 56-61.

⁽¹²⁾ Come veniva definito il fine delle opere pie e degli istituti di carità e beneficenza, nell'art. 1 della « Grande Legge » 3 agosto 1862, n. 753, sull'amministrazione delle opere pie. Il provvedimento è ben contestualizzato da G. SILEI, *Lo Stato Sociale in Italia. Storia e documenti*, vol. I, *Dall'Unità al fascismo (1861-1943)*, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2003, p. 23 e ss.; pp. 79-84.

ancora significative istituzioni dell'ingerenza che devono trovare il loro posto all'interno della persona giuridica dello Stato. Sono i problemi a premere, non le risposte, che restano ancora di là da venire. Spingono quelle che Ferraris definisce « le res della pubblica amministrazione »⁽¹³⁾, « le materie amministrative in senso politico »⁽¹⁴⁾: « il pauperismo », « la prostituzione », « l'emigrazione », « l'analfabetismo »...⁽¹⁵⁾. Proprio in Italia, la scoperta del paese, da Stefano Jacini a Pasquale Villari, da Sidney Sonnino a Leopoldo Franchetti sino a Jessie White Mario, i cui contributi Ferraris faceva propri, aveva messo in luce situazioni sociali di impreveduta drammaticità: aveva svelato « una secolare eredità di miserie »⁽¹⁶⁾. L'articolazione conflittuale delle classi sociali e « quel complesso di problemi che si denomina la questione sociale » impongono, ai primari obiettivi di autoconservazione della classe dirigente, che lo Stato riservi « il suo sussidio specialmente alle (classi) meno favorite dalla fortuna »⁽¹⁷⁾.

Solidarismo e difesa sociale procedono dunque di pari passo. I bisogni di « uguaglianza sostanziale » corrono paralleli alla necessità di salvaguardare le distinzioni sociali, « stoltamente negate dal socialismo »⁽¹⁸⁾, e di cementare un sistema sociale improvvisamente avvertito come vulnerabile e precario. I mentori tedeschi di Ferraris hanno già posto sul tappeto la questione della « soziale Frage », che impone con urgenza « die Hebung der unteren Klassen »⁽¹⁹⁾: una elevazione delle classi subalterne e non proprietarie che chiama in causa direttamente il pubblico potere e la sua « soziale Verwal-

⁽¹³⁾ C.F. FERRARIS, *La scienza dell'amministrazione. Oggetto, limiti, ufficio*, in ID., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, cit., p. 9.

⁽¹⁴⁾ C.F. FERRARIS, *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo e la sua sede nel sistema delle scienze politiche*, ivi, p. 53.

⁽¹⁵⁾ FERRARIS, *La scienza dell'amministrazione*, cit., p. 15.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 37.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 17; p. 19.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 22.

⁽¹⁹⁾ A. WAGNER, *Rede über die soziale Frage* (gehalten auf der freien kirchlichen Versammlung evangelischer Männer in der K. Garnisonkirche zu Berlin am 12. Oktober 1871), Berlin, Wiegandt & Grieben, 1872, p. 22, da leggere nella fine contestualizzazione di A. BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective*, in « Archives européennes de sociologie », II (1961), pp. 246-51.

tung », pernio strategico di uno « Stato che lavora » e che, temperando il conflitto tra proprietà e non proprietà, tra lavoro e capitale (20), deve ormai farsi carico di delicatissimi compiti di mediazione sociale. Di certo, occorre far presto, secondo un allarme che proprio Sonnino ha lanciato, sin dall'indomani della Comune di Parigi: « la cosa urge. La questione sociale si fa ogni giorno più difficile e complessa » (21). Sullo sfondo già si agita « la questione operaia », che lo stesso Ferraris preconizza possa assumere « presso di noi il carattere di un grande movimento sociale » (22).

L'ingerenza dello Stato è, senza incertezza alcuna, la rotta da seguire. È allo Stato che compete di avviare, anche secondo Lampertico, « un'azione riparatrice delle armonie perturbate » (23), magari anche solo in funzione sussidiaria ed integrativa di quel tessuto di corpi intermedi che già svolgono compiti di amministrazione sociale, come ritiene Marco Minghetti: « la trasformazione moderna delle industrie ha portato nella società de' nuovi mali, ai quali la legge dello Stato dee al possibile soccorrere, in virtù di quell'ufficio di tutela e di educazione che gli appartiene là dove manca l'opera dei privati e dell'associazione » (24).

Quella rotta è in ogni caso tutta da tracciare. La si può però affidare ora, sull'esempio tedesco, ad una scienza apposita: una scienza dell'amministrazione che, pur abbandonando il grandioso

(20) L. VON STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, I, *Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften*, Stuttgart, Cotta, 1888³, p. 25; ivi, III, *Die Verwaltung und das gesellschaftliche Leben*, p. 45.

(21) S. SONNINO, *Del governo rappresentativo in Italia*, Roma, 1872, in Id., *Scritti e discorsi extraparlamentari*, a cura di B.F. Brown, Roma-Bari, Laterza, 1972, p. 54.

(22) C.F. FERRARIS, *Note sulle associazioni di mestiere in Italia*, in Id., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, cit., p. 409.

(23) F. LAMPERTICO, *Economia dei popoli e degli Stati*, II, *Il lavoro*, Milano, Treves, 1875, p. 315, nel capitolo dedicato alla « legislazione delle industrie [...] che veramente compete allo Stato in concorso di ogni altra forza sociale, per compiere la missione economica 'positiva' » (p. 312).

(24) M. MINGHETTI, *La legislazione sociale* [1882], in Id., *Scritti politici*, a cura di Raffaella Gherardi, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1986, p. 769. Una posizione poi ribadita nella celebre lettura di Spencer effettuata in *Il cittadino e lo Stato*, in « Nuova Antologia », 1885, ora in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 795-826.

disegno di Lorenz von Stein di un'unitaria scienza dello Stato ⁽²⁵⁾ e ponendosi in necessaria dialettica con un diritto amministrativo, già ampiamente radicato nello Stato unitario, avesse « come scopo ultimo delle sue investigazioni » proprio « la questione sociale »: una questione sociale, che grazie all'insostituibile funzione ausiliaria della statistica e delle inchieste ⁽²⁶⁾, doveva esser studiata già nelle sue possibili vie di sbocco, nelle sue soluzioni.

Questa « scienza dell'amministrazione » non può essere, quindi, né una scienza speculativa, né una scienza classificatoria; deve essere scienza operativa, programmatica, concreta. La scienza di cui si discute è indubbiamente *Staatswissenschaft*, scienza dello Stato, distinta e separata però dal diritto amministrativo: scienza, dunque, non di forme ma « dell'azione » ⁽²⁷⁾; una scienza dell'ingerenza; una « scienza dell'azione sociale positiva e diretta dello Stato » ⁽²⁸⁾; una scienza che, seguendo Roesler, si può tranquillamente definire « scienza dell'amministrazione sociale » ⁽²⁹⁾. Ed il progetto d'indagine e di studio, che alla scienza dell'amministrazione si assegna, trascende ampiamente le manifestazioni del potere amministrativo e l'esecuzione di legge, l'organizzazione ed il contenzioso amministrativo ⁽³⁰⁾, traducendosi in un ampio programma di politica economica che spazia dalla regolazione della proprietà immobiliare e mobiliare, alla disciplina dei prezzi, delle imprese, del credito; dai mezzi di comunicazione alle invenzioni industriali; dall'agricoltura alle manifatture; sino alla previdenza e al mutuo

⁽²⁵⁾ I canali seguiti da Ferraris nella recezione delle fonti tedesche sono ben tracciati da G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 87-93.

⁽²⁶⁾ D. MARUCCO, *L'amministrazione della statistica nell'Italia unita*, Roma-Bari, Laterza, 1996; I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico giuridico 1861-1900*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim*, e pp. 93-96 con specifico riferimento a Ferraris.

⁽²⁷⁾ FERRARIS, *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo*, cit., p. 55.

⁽²⁸⁾ FERRARIS, *La scienza dell'amministrazione*, cit., p. 31.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 12.

⁽³⁰⁾ FERRARIS, *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo*, cit., p. 71.

soccorso, da un lato; la disciplina dei rapporti di lavoro, dall'altro ⁽³¹⁾.

L'ingerenza, dunque, non seleziona e distingue obiettivi economici e sociali. Li racchiude, più semplicemente, in un abbraccio complessivo, unificandoli in un nuovo, formidabile, protagonismo dello Stato.

2. *Né Stato socialista, né Stato gendarme: giuridicizzare l'ingerenza dello Stato.*

Nei « tempi fertili » degli anni Ottanta ⁽³²⁾, in cui anche il diritto civile e penale si dimostravano assai sensibili a recepire, nel linguaggio giuridico corrente, positivismo, solidarismo, evoluzionismo, il successo della scienza dell'amministrazione sembrava spianato. « Scoperta della complessità del sociale » e « critiche sociali al Codice » ⁽³³⁾, al monumento stesso dell'individualismo liberale, serpeggiano, insistentemente, persino tra i custodi dell'ordine costituzionale dei privati. Anche i civilisti sono pronti ad invocare uno Stato « moderatore e pacificatore tra le classi sociali contendenti » ⁽³⁴⁾.

L'ingerenza assume così, presto, nonostante gli anatemi liberistici di Francesco Ferrara, le foggie di una tendenza inarrestabile. Si mette in movimento lo stesso legislatore, che vara una prima serie di provvedimenti settoriali, fra cui spiccano la legge speciale per Napoli nel 1885, la legge sulle società di mutuo soccorso nel 1886, seguite

⁽³¹⁾ Su questa amplissima elencazione delle sfere di ingerenza, già la lucida analisi di S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia, Marsilio, 1979, pp. 184-90.

⁽³²⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 13 e ss., per le due celebri prolusioni di Enrico Cimbali ed Enrico Ferri, nei rispettivi campi del civile e del penale.

⁽³³⁾ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 40 e ss.

⁽³⁴⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1885, p. 54, in un passo ben valorizzato da M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, p. 407.

nell'ambito del riformismo crispino da un solido corpus di leggi di amministrazione sociale, dalla legge sulle istituzioni di beneficenza e assistenza alla legge sulle casse di risparmio, sino alla legge sulla sanità pubblica ⁽³⁵⁾. Il già ricordato regolamento Coppino del 1885, dal canto suo, sembrava poter offrire alla scienza dell'amministrazione, sul piano disciplinare, una solida presenza tra i saperi giuridico-economici.

Ferraris aveva dunque intercettato, con quasi un decennio di anticipo, grazie alle sue aggiornate frequentazioni in terra tedesca, un progressivo smottamento delle istituzioni verso l'amministrazione sociale. È ormai divenuto infatti un « esimio scrittore » ⁽³⁶⁾, cui si riconosce il merito di essersi inoltrato « con felice ardimento in un campo quasi affatto inesplorato in Italia » ⁽³⁷⁾. Ma la sua proposta metodologica viene drasticamente accantonata ⁽³⁸⁾, scontrandosi — come è ben noto — con il divergente progetto orlandiano, che — come tante, troppe, volte si è scritto — segnava la definitiva vittoria del formalismo e del metodo giuridico: un cliché interpretativo che, proprio con riferimento all'attività sociale, deve essere tuttavia più attentamente puntualizzato.

Di certo, per Orlando, il monopolio giuridico del diritto amministrativo sul soggetto Stato non può essere messo in discussione. Alla scienza dell'amministrazione non può dunque essere lasciata, come Ferraris pretendeva, l'intera azione pubblica. Il dis-

⁽³⁵⁾ Su questi provvedimenti, il riferimento essenziale è: *Archivio Isap* ns. 6, *Le riforme crispine*, IV, *L'amministrazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁽³⁶⁾ Dal 1885, anche per il sostegno di Luigi Luzzatti, è professore ordinario di statistica a Padova, secondo polo, dopo Pavia, della 'Scuola lombardo-veneta'. Di Padova sarà rettore dal 1891 al 1896 (BENEDEUCE, *Ferraris, Carlo Francesco*, cit., pp. 714-15).

⁽³⁷⁾ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1892², p. 39 in nota; ID., *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in « *Archivio giuridico* », 38 (1887), p. 365.

⁽³⁸⁾ Lo stesso accade in Germania per il progetto di Roesler, uno dei mentori di Ferraris. Ben contestualizza la scarsa fortuna di Roesler in patria, a causa del crescente specialismo disciplinare e di alcune debolezze del suo impianto concettuale, M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, tm. II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 583-85. Ed, ivi, p. 580, sul parallelo tentativo di Stein di « tenere insieme un sapere che stava invece ormai frammentandosi ».

senso tra i due autori non verte tuttavia sul rilievo dell'ingerenza, sul quale entrambi convergono, sull'onda di un indirizzo, alla vigilia dell'età crispina, ampiamente condiviso, ma esclusivamente sulla « posizione sistematica »⁽³⁹⁾, che per Orlando connette, indissolubilmente, sovranità dello Stato, Stato giuridico, diritto amministrativo e che proprio per questo non può abbandonare ad un'altra disciplina settori portanti della funzione pubblica.

La scienza dell'amministrazione, da cabina di regia dell'intera azione integratrice dello Stato, retrocede su di una posizione meramente accessoria; non può divenire scienza giuridica; può ancora innalzare il vessillo dell'ingerenza, può dirsi « scienza dell'ingerenza sociale dello Stato »⁽⁴⁰⁾, ma di un'attività eventuale e non necessaria, distante dai rotismi indefettibili della sovranità, al cui interno soltanto si celebrano i fasti del giuridico. L'irreversibile declino della scienza dell'amministrazione, a questo punto era già tracciato⁽⁴¹⁾; il suo statuto epistemologico definitivamente compromesso.

L'ingerenza, tuttavia, non spariva dalla sistematica amministrativa. Tutt'altro⁽⁴²⁾. Troppo consolidato il processo storico della sua espansione, divenuto « ormai trionfante ed incontrastabile »; strategico lo « sviluppo sincrono ed armonico » di individuo e Stato; mal posto « il dilemma » tra Stato socialista e Stato gendarme⁽⁴³⁾. L'ingerenza è ormai parte integrante di uno Stato « energicamente costituito e forte di una feconda e molteplice attività »⁽⁴⁴⁾; « non

⁽³⁹⁾ ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit., p. 370.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 397.

⁽⁴¹⁾ Nonostante il significativo tentativo di Giovanni Vacchelli di far convergere proprio « nel compimento delle funzioni sociali » « il punto di incidenza » della scienza dell'amministrazione. G. VACCHELLI, *La scienza dell'amministrazione come scienza autonoma*, in « Archivio giuridico », 52 (1894), p. 64.

⁽⁴²⁾ Anche se con diverse sfaccettature, come dimostrava lo stanco sussultare del dibattito sulla confinazione tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, negli anni Novanta. Cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 141-48.

⁽⁴³⁾ ORLANDO, *Principii*, cit., p. 267.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 268.

appare (fenomeno) transitorio o passeggero, ma imposto da una specie di fatalità che i volenti conduce e i nolenti trascina » (45).

Posta sul confine tra sociale e statuale e, dunque, per Orlando, al limitare del giuridico, l'ingerenza sta assumendo sempre di più forme giuridiche, seguendo l'espandersi progressivo dell'ordine giuridico verso quelle che Ferraris aveva definito le « res dell'amministrazione ».

La tenuta del sistema è messa in salvo dalla distinzione tra attività giuridica ed attività sociale, tra compiti essenziali e non essenziali all'idea della personalità dello Stato. Il diritto amministrativo presidia il confine; si identifica con « la dichiarazione e l'esecuzione della volontà dello Stato ». Ma « uopo è che esista un *diritto dell'amministrazione sociale* che sarà parte importantissima del diritto amministrativo in genere » (46). Anche il diritto — e sul versante pubblicistico, il compito è indiscutibilmente del diritto amministrativo — deve far fronte all'impetuoso avanzare dell'ingerenza, catturando al suo interno quelle porzioni di tutela economica e sociale che lo Stato già esercita in forme ed istituti giuridici.

Certo, qui il sistema è del tutto assente. Si tratta soltanto di un contenitore, vasto ed eterogeneo, che si è creato per aggregazioni successive, per l'incalzare dei bisogni e della modernizzazione, i cui contenuti spaziano dall'amministrazione sociale propriamente detta, all'industrialismo municipale, alle prime forme di governo dell'economia. Un campo che si dispiega, in modo residuale e per successive aggiunte, ora normative, ora meramente fattuali, oltre lo schema della funzione, al di là dell'*attività giuridica*, dell'immediata manifestazione di sovranità, ma che comprende, pur sempre, attività svolte e gestite direttamente dall'apparato amministrativo pubblico.

Il sistema esce dunque dal proprio asfittico recinto; il giurista si sporca le mani; deve rinunciare alle sue opzioni sistematiche, limitandosi ad un più modesto compito di inventariazione, che — come i *Principii* di Orlando anche quantitativamente attestavano — si dimostra aperto e disponibile, attento e selettivo, pronto a seguire

(45) V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, SEL, 1900, p. 75.

(46) Ivi, p. 42.

e a catalogare, settore per settore (47), il dispiegarsi dell'ingerenza (48).

Sottratto agli imperativi sistematici, separato grazie ad una cintura impermeabile dai principi della sovranità, l'inventario delle forme dell'ingerenza è una sorta di valvola respiratoria delle rigidità sistematiche, pronta a registrare, in modo semplicemente accumulativo, il crescere dell'amministrazione sociale. Secondo un *modus procedendi* non troppo dissimile da quello dei civilisti, alle prese con l'infittirsi della legislazione sociale che lambisce un'ancora grezza materia lavoristica: assolutamente inflessibili nel difendere il baluardo del codice, e l'incrollabile stabilità della costituzione civilistica, dal transeunte fluttuare delle risposte legislative al premere di nuovi e sinora sconosciuti bisogni sociali, sino a respingere le prime leggi sociali come « leggi extravaganti » verso i lidi del diritto pubblico (49). Ma proprio perché sensibili allo spirito del tempo, altrettanto disponibili a restituire la trama di una complessità crescente che si andava sempre più sostituendo ad una perdita semplicità.

Sul versante pubblicistico, protetto da un solido armamentario argomentativo a difesa della sovranità e del suo nucleo imperativo, il diritto amministrativo sembrava sufficientemente solido dal regimare, alle porte del proprio sistema, le disordinate manifestazioni giuridiche dell'ingerenza (50).

(47) Ivi, p. 277 e ss., dove si passano in rassegna « le forme diverse dell'attività sociale », chiamate a provvedere ai « bisogni fisici, economici, spirituali ». Un quadro sinottico, espressivo della rilevanza e della notevole articolazione dell'attività sociale, è nel « Prospetto della partizione sistematica del diritto amministrativo », sulla cui base Orlando lancerà nel 1897 la grande iniziativa del *Trattato*. Vedilo in calce ad ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 104-105.

(48) In questo senso, davvero, l'ingerenza non era altro che un concetto utilizzato dai giuristi ottocenteschi per descrivere l'espansione del pubblico potere oltre e al di là delle « potestà limitate » dello Stato monoclasse: M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 11.

(49) Seguiamo la suggestiva ricostruzione di CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 112 e ss.

(50) Una significativa testimonianza viene presto offerta dall'ottavo volume del *Trattato* di Orlando (Milano, SEL, 1905), con le ampie trattazioni di Vittorio Brondi (*La beneficenza legale*); Antonio Longo (*Le istituzioni pubbliche di beneficenza*); Filippo Virgili (*Istruzione pubblica*); Augusto Graziani (*Ordinamento dell'istruzione superiore*).

3. *Le prestazioni degli enti amministrativi.*

Un importante sforzo sistematico, in realtà, ci fu, nel campo del diritto amministrativo sociale: la « teoria delle prestazioni degli enti amministrativi », che Santi Romano, all'inizio del secolo ⁽⁵¹⁾, inserisce come sesta tra le nove « teorie », la cui « costruzione » segnava, per la scienza giuridica italiana, il definitivo passaggio al sistema e alla parte generale, consentendo alla « indagine scientifica » di realizzare « una classificazione dei vari rapporti di diritto pubblico cui la pubblica amministrazione dà luogo » ⁽⁵²⁾.

Si trattò di un notevole tentativo di offrire una prima qualificazione giuridica dei rapporti tra amministrazione e cittadini, nei nuovi settori dell'assistenza e beneficenza pubblica, dell'istruzione, dei servizi postali e telegrafici, del servizio ferroviario, della sanità. Quella ingerenza, sino ad un attimo prima avvertita come inarrestabile protagonista dei tempi presenti, ma pure isolata e tenuta alla larga dal sistema, come dimensione pre-giuridica, eminentemente sociale, veniva in certo qual modo decongiunturalizzata, resa parte integrante del rapporto Stato-cittadino, ricondotta al « fine ultimo dell'intera attività amministrativa »: « il rendimento di pubblici servizi » ⁽⁵³⁾.

Non senza, tuttavia, una brusca metamorfosi rispetto al progetto e alle spinte originarie e a quell'immagine quasi maieutica di uno Stato chiamato ad armonizzare il conflitto, riparare le disuguaglianze più macroscopiche, prestare soccorso.

Non solo la congerie dei fatti sociali, che statistica ed inchieste avrebbero avuto il compito di registrare scientificamente, per indirizzare al meglio l'azione sociale dello Stato, veniva interamente distillata, neutralizzata e sostanzialmente estromessa dalla trattazione, una volta reciso ogni nesso della costruzione giuridica con l'analisi sociale ed economica.

⁽⁵¹⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, SEL, 1906², p. 331 e ss. Lo notavamo già in L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 415-18, da cui riprendiamo alcune delle considerazioni che seguono.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. XII, nella *Prefazione* alla seconda edizione.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 331.

Ma persino l'azione sociale dello Stato era dissezionata, scarificata, privata di ogni rilievo di politica economica generale e ridotta alla sua essenza prestazionale. L'ingerenza perdeva la sua originaria dimensione macro economica ed il suo significato sociale, abbandonava il suo incerto orbitare tra Stato e società, e veniva per intero catturata all'interno del rapporto giuridico. Era la prestazione, non il pubblico servizio, concetto troppo generico ed indeterminato, e dunque inservibile per il giurista, a catturarne l'attenzione. Il pubblico servizio rimaneva espressione di senso comune, non riusciva a divenire « una figura giuridica vera e propria »⁽⁵⁴⁾.

Lo sguardo del giurista si concentra così, esclusivamente, sul rapporto con il cittadino *uti singulus*, ricreando nello stesso mondo prestazionale dell'attività sociale, il rapporto bilaterale tra Stato e cittadino, tipico della relazione autorità-libertà. Divenuti inarrivabili, per il diritto, i grandi obiettivi di soluzione della questione sociale, diventano irrilevanti anche le ipotesi dei servizi indistintamente resi alla collettività: per esempio, quel servizio di illuminazione pubblica che il progressivo abbandono del gas illuminante per l'elettricità aveva, proprio in quegli anni, trasformato, all'improvviso, in terreno di notevole contenzioso tra amministrazione e concessionari. L'attenzione si concentra esclusivamente sulla prestazione individualmente resa dall'amministrazione al soggetto privato, trasportando di peso nel mondo dell'amministrazione sociale, sinora interamente popolato da soggetti collettivi, scosso dal conflitto tra le classi, 'riparato' dall'azione dei corpi morali, l'algido modello civilistico del rapporto giuridico come rapporto « fra i subbietti »⁽⁵⁵⁾ individuali.

Ad operare, anche in questo campo, è il consueto processo dogmatico di trasformazione pubblicistica dei costrutti propri del diritto privato, che non esita ad enucleare persino quei « poteri speciali di supremazia » della *öffentliche Anstalt*, presi di peso dalle pagine di Otto Mayer⁽⁵⁶⁾. Si dissolveva così la stessa tematica

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padova, Milani, 1914, (rist. anast., Padova, Cedam, 1992), pp. 655-56.

⁽⁵⁶⁾ ROMANO, *Principii*, cit., pp. 341-42. Sul rilievo dogmatico dell'*Anstalt* come volano di registrazione della crescita dell'amministrazione per servizi, se del caso, B.

generale dei servizi pubblici ⁽⁵⁷⁾, resa invisibile come specifica tipologia di attività e di organizzazione, dal momento che la qualificazione giuridica dell'attività sociale riduceva a fenomeno puntuale — il così detto « rapporto giuridico di prestazione » — persino le attività non giuridiche e di natura tipicamente economica e sociale proprie dei soggetti pubblici: attività che si distendevano, ben altrimenti, od in una vera e propria gestione imprenditoriale o nell'organizzazione di un primissimo impianto di servizio sociale.

Sulla scia di Romano, la scienza giuridica italiana applicò così alla dimensione prestazionale gli stessi criteri seguiti per la sistemazione dogmatica dell'attività autoritativa. Sul singolo rapporto giuridico, in modo inevitabile, si scaricava la natura pubblica del soggetto erogante, con tutte le ricadute consuete in termini di specialità. Nonostante l'analogia con le prestazioni fornite da corpi e soggetti privati, « il diverso subbietto che le rende ne altera la natura giuridica, in maniera più o meno apparente » ⁽⁵⁸⁾: le prestazioni erano perciò di diritto pubblico; il servizio, servizio amministrativo; la controprestazione dovuta dall'utente, una tassa.

La qualificazione giuridica seguiva il modello dell'amministrazione imperativa, mettendo in secondo piano anche le specifiche modalità di gestione che un servizio indirizzato a soddisfare utilità e bisogni collettivi avrebbe richiesto, specialmente se esercitato — come nel caso di poste e ferrovie ⁽⁵⁹⁾ — in regime monopolistico: un monopolio pubblico, nella titolarità di un soggetto amministrativo, che trovava la sua ragion d'essere nella necessità di grandi capitali, di unità di esercizio, di connessione con il suolo pubblico, ma che doveva giustificarsi poi — come anni prima aveva ricordato Federico

SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 213 e ss.

⁽⁵⁷⁾ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, p. 30.

⁽⁵⁸⁾ ROMANO, *Principii*, cit., p. 334.

⁽⁵⁹⁾ Divenute, nel 1905, proprio con Carlo Francesco Ferraris ministro dei lavori pubblici nel primo governo Fortis, servizio di Stato, a seguito della nazionalizzazione dell'esercizio ferroviario e dell'istituzione dell'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato.

Cammeo — per il suo « scopo politico-sociale » di provvedere a « servizi di necessità generale » ⁽⁶⁰⁾.

L'*attività sociale* veniva normalizzata all'interno del rapporto giuridico individuale oppure confinata alle trattazioni esegetiche ⁽⁶¹⁾: in entrambi i casi, l'ingerenza, come nuova, impetuosa, proiezione dell'azione pubblica e vettore dello Stato sociale, non riusciva a conquistare, nella scienza giuridica italiana, una sua parte generale, perdendo, quasi del tutto, i suoi originari contenuti sociali ed economici.

Svaniva la possibilità di coltivare un diritto dell'amministrazione sociale.

4. *La città moderna e i suoi servizi.*

Ben più delle elucubrazioni sistematiche dei giuristi, era comunque la pratica ⁽⁶²⁾, con la sua tangibile fattualità, a dimostrare l'urgenza e la rilevanza dell'amministrazione sociale. Sul tornante tra Otto e Novecento, una gran parte delle spinte del « movimento sociale contemporaneo » si concentra nella dimensione comunale. « La città moderna » ⁽⁶³⁾, per dimensione demografica, per l'estensione dei fenomeni di inurbamento e, soprattutto, per la « crescente intensificazione della vita urbana » e l'infittirsi dei rapporti sociali e della loro sempre più stretta interdipendenza, presenta caratteri del tutto diversi dai precedenti aggregati urbani, divenendo così il principale laboratorio dei nuovi bisogni collettivi. Qui, si scaricano i problemi dell'industrializzazione e dei nuovi agglomerati operai; qui, si modifica il rapporto tra città e campagna; qui, matura una nuova psicologia collettiva; qui, si sperimentano le innovazioni

⁽⁶⁰⁾ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in « Archivio giuridico », 54 (1895), p. 304; p. 311.

⁽⁶¹⁾ Vedi, *retro*, nota 50.

⁽⁶²⁾ Lo notava asciuttamente lo stesso Giolitti nella relazione al Senato sul disegno di legge di assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni (*AP*, Senato del Regno, Legislatura XXI, 2^a Sessione 1902-903. Documenti, n. 151, p. 1).

⁽⁶³⁾ Riprendiamo i titoli dei primi due paragrafi della Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sull'assunzione comunale dei pubblici servizi. La relazione si può leggere in *AP*, Camera dei Deputati, Legislatura XXI, 2^a Sessione 1902. Documenti. Disegni di legge e relazioni, n. 1-A, pp. 1-56.

tecnologiche; qui, l'iniziativa individuale viene sempre di più integrata dai « mezzi sociali ».

Lo rivela con grande lucidità, nel 1902, la Relazione alla Camera sul progetto di legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi: un testo di notevole interesse, ricco di analisi ravvicinate, di intensi sguardi comparativi e, soprattutto, di grande consapevolezza sulla rilevanza del processo di trasformazione sociale ed istituzionale in corso. La sottoscrive, come relatore, Angelo Majorana, che dà qui una delle migliori prove dell'indirizzo sociologico del diritto pubblico ⁽⁶⁴⁾, al tempo stesso confermando la significativa consonanza con l'impostazione orlandiana sul rilievo (e sui limiti) dell'attività sociale:

tramvie rapidissime congiungono le più remote estremità [...]; il telefono penetra in tutte le case; il gas, e meglio la elettricità, con un unico sistema di fasci di luce, rompono ovunque, in pubblico e in privato, le tenebre [...]; alla massima parte degli obbietti di comune interesse provvede la rappresentanza cittadina; scuole, igiene, mendicizia, spettacoli [...] perfino, dopo morte, l'autorità municipale cura l'adempimento di uno fra i più pietosi doveri sociali, trasportando le spoglie esanimi dei cittadini a quel cimitero dove, tra i cipressi, fiorisce la città dei defunti... ⁽⁶⁵⁾.

Il « movimento sociale contemporaneo », certo, è ben più ampio dell'orbita cittadina ed, all'inizio del Novecento, ha ormai al suo attivo un solido pacchetto di 'leggi sociali' che scardinano i tradizionali principi codicistici:

legislazione sul lavoro delle donne e dei fanciulli, dapprima; sugli infortuni del lavoro, di poi, prevedendo anche quegli professionali; garanzie per la vecchiaia; ordinamento del contratto di lavoro, uscendo dai confini che il diritto civile ha segnato per la locazione di opera; disposizioni sociali per il lavoro agrario; provvidenze molteplici per avvivare la produzione; riconoscimento, ed anche creazione, di enti novelli, nei quali si uniscano i lavoratori che acquistino una maggior potenza produttrice così assicurandosi una maggior quota di retribuzione; tendenza a sostituire la compartecipazione agli utili al nudo e crudo salariato... ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ *Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del diritto pubblico*, a cura di G. Pace Gravina, Macerata, EUM, 2011.

⁽⁶⁵⁾ Relazione Majorana, cit., p. 8.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 2. Quella legislazione sociale e quelle assicurazioni sociali che non sfuggivano all'attenzione — sia pur prevalentemente descrittiva — del *Trattato di Orlando*: cfr. F. ARCA, *Legislazione sociale*, in *Primo trattato completo di diritto ammi-*

Ma l'ingerenza, in questa fase di esordio dello Stato sociale, sul piano amministrativo, è prima di tutto fenomeno cittadino; è il comune ad ospitare le più incisive trasformazioni delle funzioni amministrative; è il comune il destinatario naturale dell'attività sociale: appunto, « il campo che un ordinamento ideale dei comuni dovrebbe riserbare, assai largamente, alla loro attività » (67).

Un campo che si presenta già esteso, che preme da vicino sul legislatore, perfettamente consapevole della rilevanza pratica del fenomeno, ma portavoce al tempo stesso delle antiche diffidenze verso quell'espansione dei compiti comunali, ritenuta responsabile della « eccessiva progressione dei bilanci comunali » e delle allarmate perplessità sul diffondersi di una sorta di « collettivismo municipale » (68).

L'industrialismo municipale non riesce a fugare del tutto l'aura di sospetto che pervicacemente l'accompagna. La legge, prudentemente, ne tiene conto; si presenta come riforma dal « carattere facoltativo, graduale e sperimentale », che ha il solo scopo di « far entrare nella legalità uno stato di fatto altrettanto esteso quanto incoerente » (69). Non tralascia gli obiettivi di contenimento delle attività industriali dei comuni ed in questa prospettiva adotta « la cauta procedura e le salde guarentigie » (70) che ne devono ora circondare l'esercizio diretto.

nistrativo italiano, VI, 1, Milano, SEL, 1930, pp. 1-318; A. DE VALLES, *Le assicurazioni sociali*, ivi, pp. 323-375.

(67) ORLANDO, *Principii*, cit., p. 212, secondo un giudizio ampiamente condiviso dalla cultura giuridica dell'epoca. Una ricostruzione analitica del dibattito giuridico sulla municipalizzazione, negli importanti studi di F. RUGGE, *Trasformazione della funzione dell'amministrazione e cultura della municipalizzazione*, in *Archivio Isap* n.s. 3, *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, 1985, II, p. 1233 e ss.; Id., *Un nuovo pubblico. Profili giuridico-amministrativi dell'imprenditorialità municipale in età giolittiana*, in *La municipalizzazione in area padana. Storie ed esperienze a confronto*, a cura di A. Berselli, F. Della Peruta, A. Varni, Roma, FrancoAngeli, 1988, pp. 19-42.

(68) A. SALANDRA, *Il riordinamento delle finanze comunali* [1878], in Id., *Politica e legislazione*, a cura di Giustino Fortunato, Bari, Laterza, 1915, p. 37 e ss.; G. RICCA SALERNO, *Collettivismo municipale*, in « Nuova Antologia », IV sr., LXXII (1897), pp. 300-24.

(69) Relazione Majorana, cit., p. 14; p. 15.

(70) C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Hoepli, 1905, p. 14: Camillo Mezzanotte, relatore del disegno di legge al Senato, si era fatto paladino, già in sede parlamentare, di una interpretazione restrittiva, sostenendo il

Si trattava comunque di un provvedimento di notevole importanza, grazie al quale « il nostro diritto pubblico amministrativo, con prudente metodo sperimentale », dimostrava di « adattarsi alle esigenze dei tempi nuovi » ⁽⁷¹⁾ e che introduceva nel diritto amministrativo un nuovo istituto di carattere generale — l'assunzione diretta —, stabilendo procedimento, limiti, condizioni, nonché le strutture organizzative tipiche — l'azienda municipalizzata — per l'esercizio dei servizi pubblici municipali che, in certi casi, tassativamente indicati, poteva avvenire anche con « diritto di privativa ».

Senza indulgere a petizioni di principio, che potessero rinfocolare la sempre problematica e controversa delimitazione dei compiti dello Stato, la legge deliberatamente rifuggiva — come non si mancò subito di far osservare ⁽⁷²⁾ — da qualsiasi definizione di pubblico servizio, ma al tempo stesso fotografava, con oggettività, l'ampiezza e la rilevanza delle nuove attività ormai assunte e fatte proprie dalle amministrazioni municipali ⁽⁷³⁾.

carattere tassativo e non dimostrativo dell'enumerazione contenuta all'art. 1 (*infra*, nota 73).

⁽⁷¹⁾ Relazione Giolitti, cit., p. 9. Due mesi più tardi veniva approvata anche la legge Luzzatti sulle case popolari (L. 31 maggio 1903, n. 254), che facendo ancora pernio sui comuni e su modelli cooperativi, introduceva agevolazioni fiscali e creditizie per l'acquisto di abitazioni da parte dei lavoratori, prima pietra di quell'edilizia popolare che anni dopo, in uno scritto celebre, Mario Nigro definirà « servizio pubblico di protezione sociale » (M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico. Considerazioni generali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1957, ora in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 321 e ss.; p. 386).

⁽⁷²⁾ C. CAMERA, A. MAGNANI, *Commento alla Legge 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca San Casciano, Cappelli, 1903, p. 28.

⁽⁷³⁾ Significativa l'accurata elencazione contenuta nell'art. 1 della L. 29 marzo 1903, n. 103: « costruzione di acquedotti e distribuzione di acqua potabile; impianto di esercizio di illuminazione pubblica; fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; telefoni; farmacie; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; trasporti funebri; molini e forni normali; macellazione; mercati pubblici; bagni e lavatoi pubblici; fabbrica e vendita di ghiaccio; asili notturni; omnibus; automobili pubblici; forza motrice idraulica ed elettrica; pubbliche affissioni; essiccatoi di granoturco e relativi depositi; semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere ». La norma avrebbe avviato la « ricerca della nozione 'oggettiva' di servizio pubblico (che) tormentò tutta la successiva dottrina » (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, p. 142).

Almeno a livello comunale, spinta dalla vitalissima realtà della ‘città moderna’, l’ingerenza aveva fatto definitivamente breccia nell’effettività del pubblico potere.

5. *Difendere la sovranità: l'ostracismo verso il service public.*

L’attività sociale aveva finito quindi per oscillare, in Italia, tra la compressione teorica della sua possibile rilevanza sistematica e la notevole fortuna pratica dei meccanismi concreti di risposta ad un montante bisogno sociale, che avevano trovato nella dimensione comunale non solo il principale laboratorio di sperimentazione istituzionale, ma anche il luogo più deputato alla svolgimento dei compiti sociali (74).

La differenza con la Francia si faceva subito evidente. Oltralpe, nello stesso torno di anni che aveva visto in Italia la parabola dell’ingerenza, Maurice Hauriou, per primo, aveva contribuito a svelare, « à coté de la puissance publique qui commande », il nuovo volto di un’amministrazione che si è ormai fatta carico non solo dei destini della sovranità, ma ormai anche della « vaste entreprises coopératives des services publics » (75). Emergono una inedita « gestion administrative » ed un « travail administratif » che, muovendosi oltre il rapporto di sudditanza e ricercando la collaborazione degli amministrati, realizzano la soddisfazione dei bisogni elementari della cittadinanza grazie alla prestazione di utilità collettive direttamente erogate da apparati amministrativi.

Era stato quindi Léon Duguit, forte di un’intensa frequentazione con il solidarismo di Émile Durkheim, a spingere lo sguardo

(74) Lo ribadirà ancora Giolitti alla Camera, il 15 marzo 1913, nel corso della discussione sul bilancio del Ministero dell’Interno, con riferimento alla crescente domanda di ospedalizzazione: « quanto alla spedalità non è funzione che possa assumere lo Stato; non è possibile che si possa riversare sullo Stato uno dei doveri più elementari dell’ente comunale ». Riprendiamo la citazione dal bel saggio di M. SORESINA, *Sanità pubblica (all. C)*, nel numero monografico di « Storia, amministrazione, costituzione », 2015, dedicato al 150° dell’unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248), p. 210, che ricostruisce il lento e contrastato sviluppo dell’ospedale come « machine à guérir » nell’Italia liberale.

(75) M. HAURIOU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, p. III; p. 5 e ss.

del giurista ben all'interno del *mouvement social*, disegnando la cornice di teoria generale al grande dibattito tra *puissance* e *service*, ben oltre il pur rilevante contributo fondativo di Maurice Hauriou e della stessa giurisprudenza del *Conseil d'État*, sollecitata dai grandi commissari di governo dell'epoca, Romieu, Teissier, Pichat.

Il *service public* era divenuto la chiave di volta di una nuova teoria generale, tanto da respingere lo stesso dogma della personalità giuridica dello Stato. L'ingerenza era stata presa a tal punto sul serio che il concetto stesso di pubblico poteva discendere ora proprio da una nuova « règle de droit » di solidarietà sociale tra governanti e governati, in grado di legittimare il potere politico. Il *service*, forte del nuovo tesoro di legittimità racchiuso nella prestazione dei servizi essenziali all'esistenza della collettività, diveniva allo stesso tempo il fondamento e il limite del potere di governo.

Sul piano dogmatico, una nuova nozione fondamentale sorreggeva d'ora in poi il diritto pubblico, abbracciando per intero tutte le manifestazioni tradizionali della statualità, dalla legge, alla sentenza, all'atto amministrativo. Ogni atto dello Stato doveva risponderne ad un comune « but de service public » (76).

Il *service* racchiudeva al suo interno la *puissance*, esprimeva la sintesi pubblicistica dell'amministrazione. Un nuovo, unitario, regime di diritto pubblico si dimostrava in grado di assorbire la nuova realtà delle prestazioni e le nuove regole della responsabilità, conservando la centralità del giudice speciale e le ragioni dell'autorità (77).

I risultati di questa riflessione saranno sviluppati in campo amministrativo dagli epigoni di Duguit, cui sarà diretta in primo luogo la celebre *Préface* di Hauriou all'undicesima edizione dei *Précis* del 1927: *La puissance publique et le service public* (78). Soltanto a questo momento, il futuro della solidarietà apparirà

(76) L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, p. 53.

(77) Ci si limita a considerazioni di sintesi. Per il loro sviluppo, MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 418-427; B. SORDI, *Hauriou e Duguit: "deux duellistes en République"*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2016, 1, pp. 33-40.

(78) F. MELLERAY, *Que sont devenues les écoles de Duguit ?*, in *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du Doyen Léon Duguit*, Id. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 373 e ss.

completamente dominabile dal diritto amministrativo. Scriverà Gaston Jèze nel 1925: « le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe nécessairement des règles juridiques spéciales. On peut donc affirmer que, dans tout pays qui est arrivé à la notion du service public [...], c'est-à-dire dans tout pays civilisé, il y a un droit administratif » (79).

Quasi nulla, di questo dibattito amministrativo francese, transitava, negli stessi anni, in Italia (80).

Lo impedivano, in primo luogo, le perplessità di teoria generale, per nulla propense ad abbandonare il dogma della personalità dello Stato e a rimpiazzarlo con quello di servizio pubblico, nonostante l'attenzione che dal versante italiano si era prestata all'opera di Duguit e a quella di Hauriou, grazie in particolare agli scritti di Ugo Forti sul « realismo nel diritto pubblico » (81).

Lo impediva, in secondo luogo, la convinzione che il *service public* costituisse una nozione utile nel riparto di giurisdizione — tutto interno al sistema francese — tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma priva di significato nel sistema italiano di giustizia amministrativa che tanto spazio — almeno sulla carta — ancora riconosceva al giudice ordinario.

Lo impediva, infine, il concentrarsi delle attenzioni sistematiche sul « rapporto giuridico di prestazione », secondo l'indirizzo avviato da Santi Romano. Anche la prima monografia, che aveva l'ardire di intitolarsi ai pubblici servizi, continuava a perimetrare, all'interno dell'attività sociale, come servizio pubblico, quell'attività che si traduce « in una prestazione dell'amministrazione verso il cittadino », mentre trasformazione dei compiti pubblici e profili

(79) G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, I, *La technique juridique du droit public français*, Paris, Giard, 1925³, p. 1.

(80) Fa eccezione lo sguardo attento di Gioele Solari, che proprio a Duguit e ad Hauriou riconosce l'elaborazione di « nuove teorie » « sulla gestione amministrativa, la quale tende a preparare la sostituzione dello Stato gerente allo Stato carabinieri »: *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* [1906], edizione postuma a cura di Paolo Ungari, Milano, Giuffrè, 1980, p. 231.

(81) Sul punto, se si vuole, B. SORDI, *Léon Duguit et l'Italie*, in *Autour de Léon Duguit*, cit., p. 277 e ss.

organizzativi rimanevano sullo sfondo, privi di uno specifico rilievo giuridico ⁽⁸²⁾.

La letteratura italiana in materia di servizi pubblici rimase così, a lungo, anche quantitativamente, modesta ed impiegò le sue migliori energie nel definire i confini tra funzioni e servizi, tralasciando l'esame della sostanza economica delle prestazioni e dei servizi erogati, i relativi profili organizzativi, così come, in genere, l'indagine dei rapporti tra amministrazione ed utenti. La stessa nozione di servizio pubblico in senso oggettivo nacque da questi sforzi definitivi, dalla necessità di delimitare quegli scopi di « giovare ai singoli nella loro vita fisica, economica e intellettuale » che di volta in volta lo Stato decideva di includere nelle proprie finalità ⁽⁸³⁾.

Per il resto, quel « terreno » venne « inspiegabilmente trascurato » ⁽⁸⁴⁾; il suo studio rimase a lungo « frammentario » ⁽⁸⁵⁾; vivrà un breve sussulto definitorio ⁽⁸⁶⁾ a seguito dell'introduzione degli art. 358 e 359 del codice penale, entrati in vigore nel 1930, che aggiungevano all'unica fattispecie presente nel codice Zanardelli — quella di pubblico ufficiale —, le due nuove figure dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente un servizio di pubblica necessità.

Quasi dimentico dei costanti progressi dello Stato sociale, il diritto amministrativo italiano si chiudeva all'interno dello « Stato-

⁽⁸²⁾ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, 1, Milano, SEL, 1930, pp. 379-628. La citazione è a p. 437.

⁽⁸³⁾ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 3, Milano, SEL, 1935 (I ed., Milano, SEL, 1920), p. 4.

⁽⁸⁴⁾ R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 23.

⁽⁸⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. II, p. 708, in un giudizio espressamente riferito allo « studio dei mezzi e degli istituti che riflettono la cura di interessi di natura economica ».

⁽⁸⁶⁾ Vi spicca un celebre saggio di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in « Archivio giuridico », 1933, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, pp. 135-68. Sulla divaricazione dei sentieri con l'ordinamento francese ed il conseguente convergere della dottrina italiana verso una nozione meramente residuale di servizio pubblico, già le lucide osservazioni di F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, Torino, Utet, 1970, p. 218.

cittadella » ⁽⁸⁷⁾; rinunciava persino alle coraggiose proiezioni orlandiane, evitando con pervicacia di trasportare sul piano della sistematica giuridica « les transformations du droit public ».

⁽⁸⁷⁾ Secondo la celebre ed efficacissima espressione di M.S. GIANNINI, *Vita ed opere di Guido Zanobini*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XV (1965), pp. 14-15.

EBERHARD EICHENHOFER

JURISTEN UND SOZIALSTAAT IN DER WEIMARER REPUBLIK

1. Einleitung. — 1.1. Fragestellung. — 1.2. Weimarer Republik. — 1.3. Ausblick auf die weiteren Erörterungen. — 2. Soziale Bestimmung der Weimarer Republik. — 2.1. Revolution — Neubeginn zwischen Kontinuität und Enttäuschung. — 2.2. Soziale Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung. — 2.3. Schwacher später Widerhall: Von deutscher Republik (Thomas Mann). — 3. Juristen als Denker des Sozialstaats. — 3.1. Gustav Radbruch. — 3.2. Hugo Sinzheimer. — 3.3. Eduard Heimann. — 3.4. Hermann Heller. — 3.5. Austromarxismus und Hans Kelsen. — 3.6. Rudolf Smend. — 3.7. Die verbindende Vision eines Sozialstaats. — 4. Kritiker. — 4.1. Karl Korsch. — 4.2. Carl Schmitt. — 4.3. Kritiker des Weimarer Sozialstaats von links und rechts. — 5. Vision nimmt Gestalt an.

1. *Einleitung.*

1.1. *Fragestellung.*

Die Weimarer Republik (1918-1933) entstand infolge weitreichender gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Veränderungen in Deutschland; sie veränderte ihrerseits das Land. Sie überwand ein autoritäres, vordemokratisches, in Klassen zerfallenes und von Klassendünkel geprägtes Kaiserreich und setzte an dessen Stelle ein parlamentarisches und auf das Wohlergehen der ganzen Bevölkerung ausgerichtetes Gemeinwesen.

Diese revolutionären Veränderungen fanden in der Weimarer Reichsverfassung ihren Ausdruck und Niederschlag. Einige Juristen — Männer, keine Frauen — versuchten, die seit deren Ausrufung vorwiegend, wenn auch nicht nur im Arbeits- und Sozialrecht eingetretenen und heute mit « Sozialstaat » umschriebenen Veränderungen der Rechtsordnung zu verstehen, begrifflich zu erfassen wie systematisch zu begreifen.

Die Vorstellung vom « Sozialstaat » entstand in Deutschland

erst nach 1949 mit dem Grundgesetz (Art. 20, 28 GG), das — damals auch international neu — die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat ausweist. Das GG suchte sich von Weimar abzusetzen und wollte ihm nicht nachfolgen. Die Republik verstand sich als « Volksstaat » und verfolgte daher soziale Ziele; an deren Ende wurde der Begriff des « sozialen Rechtsstaats » geprägt. Die Weimarer Republik gab dem Sozialstaat damit programmatische Gestalt und Richtung, wiewohl sie sich selbst als solchen niemals bezeichnet hatte. Dies macht die damaligen Bemühungen um den Sozialstaat auch für die Gegenwart bedeutsam.

Im Mittelpunkt der folgenden Darlegungen stehen Autoren, welche die vom « Volksstaat » zum sozialen Ausgleich geschaffenen Veränderungen in den Gesamtzusammenhang des Rechts einordnen und so klären, wie sie auf die Rechtsordnung insgesamt zurückwirken. Es ging diesen Autoren mithin weder um die Erschließung der Sozialgesetzgebung im Detail, noch deren Erläuterung, sondern um die dieser Aufgabe vorangehende Frage, wie die Sozialgesetzgebung den Charakter der Rechtsordnung veränderte.

Sie verstanden sich nicht als Gesetzespositivisten, sondern versuchten dem aus sozialen Motiven gesetzten Recht geisteswissenschaftlich auf den Grund zu gehen. In dieser Klärung liegt die prinzipielle Bedeutung der damaligen Bestrebungen. Sie sind im Folgenden nachzuzeichnen. Die Auswahl der dargestellten Autoren richtet sich nicht nach deren Nachwirkung. Diese war bei manchem Kritiker des Sozialstaats weit größer als bei dessen Analysten, die mitunter erst ausgangs des 20. Jahrhunderts von der deutschen Rechtswissenschaft entdeckt worden sind. Die Auswahl richtet sich vielmehr nach deren Bedeutung für die Entwicklung einer Theorie des sozial gestaltenden Rechts und folgt daher subjektiven Maßstäben.

1.2. *Weimarer Republik.*

Die Weimarer Republik galt vielen Zeitgenossen und gilt auch den Nachgeborenen noch heute als missglückt und gescheitert. Deren Anspruch und Versuch, Deutschland zu einer sozial ausgeglichenen, demokratischen, den Menschenrechten verpflichteten und dadurch zivilisierten Republik werden zu lassen, scheiterte und

endete in der NS- Diktatur; darin wurden Demokratie, sozialer Ausgleich und Menschenrechte vernichtet und jegliche Zivilisation ging zuschanden.

Die Weimarer Republik einzig als misslungen zu verstehen, verkannte jedoch das in ihr Zukunftsweisende. Inzwischen gilt das Deutschland der 1920er Jahre in Technik, Wissenschaft, Alltagskultur, Architektur, Literatur und Malerei weltweit als Inbegriff der « klassischen » Moderne. Auch die politischen und rechtlichen Institutionen der Weimarer Republik nahmen in vielem vorweg, was sich erst nach 1945 weltweit entfaltete: Die Konsumgesellschaft mit ausgeprägt sozialer Ausrichtung.

Während ihre zahlreichen Kritiker glauben machen wollten und wollen, am Ende der Weimarer Republik sei deren « Zeit » endgültig vorbei gewesen, weil sie für ein überlebtes Gesellschafts- und Staatsmodell des 19. Jahrhunderts gestanden habe, ist heute klar: die Weimarer Republik war ihrer Zeit voraus, weil sie die Voraussetzungen der erst nach dem 2. Weltkrieg weltweit entstandenen gesellschaftlichen und rechtlichen Institutionen schuf. Das lässt sich an deren Sozialstaatsdenken erweisen.

1.3. *Ausblick auf die weiteren Erörterungen.*

Der wohlfahrtsstaatliche und emanzipatorische Auftrag war pointiert und originell in der Weimarer Reichsverfassung vorgezeichnet (2) und fand eindrucksvolle Interpreten (3). Sie konnten aber den geräuschvollen Einwänden ihrer Kritiker nicht die Stirn bieten (4), deren Ansichten wirkten aber mächtig in der Nachkriegszeit und damit auch in die Gegenwart nach (5).

2. *Soziale Bestimmung der Weimarer Republik.*

2.1. *Revolution — Neubeginn zwischen Kontinuität und Enttäuschung.*

Die Weimarer Republik entstand am Ende des Ersten Weltkriegs. Er brachte vordem unbekannte und unvorstellbare Zerstörungen hervor und ließ eine sozial und politisch tief gespaltene Gesellschaft zurück. Tod und Verwundung, Hunger und Mangel

und dessen bürokratische Verwaltung prägten das Leben der Menschen ⁽¹⁾. Die Weimarer Republik beendete einen opfer- und entbehrungsreichen Krieg.

Sie wurde am 9. November 1918 in Berlin vor dem Reichstag ausgerufen. Dies geschah durch den damaligen Staatssekretär im Kabinett des Reichskanzlers und Vorsitzenden der sozialdemokratischen Reichstagsfraktion Philipp Scheidemann im unmittelbaren Anschluss an die Bekanntgabe des Thronverzichts des Kaisers. Die Republik beendete mit einem bedingungslosen Waffenstillstand einen zerstörerischen und aussichtslosen Krieg, bei dem bis zum Schluss umstritten blieb, ob er zur Verteidigung oder Eroberung geführt wurde.

Die Gesellschaft des Kaiserreichs war eine Klassengesellschaft — nicht nur in Kapital und Arbeit, sondern auch in zahlreiche Untergruppen der Arbeiterschaft, der Angestellten, Beamten, Händler, Handwerker untergliedert, aber auch in Nord und Süd, Ost und West, Stadt und Land gespalten. Darin nahmen Militär und Adel eine Sonderstellung ein. Trotz der Spaltung war die Gesellschaft durch die Legitimität des Staates, bürgerliche Werte und den allen nützenden wirtschaftlichen Erfolg verbunden ⁽²⁾.

Die armen Bevölkerungsschichten trugen die menschlichen Opfer und wirtschaftliche Einbußen des Krieges, wogegen die Wohlhabenden in und von ihm profitierten ⁽³⁾. Lebensmittelknappheit, Teuerung und Erhöhung der Arbeitsbelastungen mündeten spätestens 1917 bei der Zivilbevölkerung wie den Soldaten in eine grassierende Erschöpfung. Daraus erwuchs die Sehnsucht nach Frieden ⁽⁴⁾. Nach zunächst vergeblichen Bemühungen um einen Friedensschluss veränderten spätestens der Eintritt der USA in den Krieg und der 14- Punkte — Plan ihres Präsidenten Woodrow Wilson für einen Frieden auf der Basis des Selbstbestimmungsrechts

⁽¹⁾ Thomas NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, München, Bd. 2: *Machtstaat vor der Demokratie*, München, 1998, S. 850 ff.

⁽²⁾ Thomas NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, München, Bd. 1: *Arbeitswelt und Bürgergeist*, München, 1998, S. 414-427.

⁽³⁾ Ursula BÜTTNER, *Die überforderte Republik, 1918-1933*, Bonn, 2008, S. 21 ff.

⁽⁴⁾ Jörn LEONHARD, *Die Büchse der Pandora. Geschichte des Ersten Weltkrieges*, München, 2014³, S. 800 ff.

der Völker und der Demokratie die militärische wie politische Lage von Grund auf.

Im September 1918 gelangte die von den Generälen Ludendorff und Hindenburg geführte Oberste Heeresleitung zu der späten Erkenntnis, dass Deutschland die militärischen Mitteln fehlten, um seine Gegner noch zu bezwingen, sondern unmittelbar vor einer nicht mehr abwendbaren militärischen Niederlage stehe. Deshalb drang sie geradezu panikartig und unter Flucht aus der eigenen Verantwortung ⁽⁵⁾ auf die unmittelbare Neubildung einer Reichsregierung, welche die daraus erwachsenden Folgen auf sich nehmen möge ⁽⁶⁾.

Es kam zur Bildung einer sich auf die Zustimmung der seit 1917 im Reichstag zusammenarbeitenden Fraktionen der Sozialdemokratie, dem Zentrum und den Fortschrittsliberalen stützenden, von Prinz Max von Baden geführten und Minister aus den genannten Fraktionen in sich aufnehmenden Reichsregierung. Ihre Aufgabe lag in dem Waffenstillstand, der Demobilmachung und Bewältigung der Kriegsfolgen. Unmittelbar vor Ausrufung der Republik ernannte Max von Baden den Vorsitzenden der Mehrheitssozialdemokratie Friedrich Ebert, zum Reichskanzler und verschaffte damit der ersten Regierung der Republik einen Hauch von legitimitätsbe gründender Kontinuität ⁽⁷⁾. Die Revolution von oben sollte der Revolution von unten zuvorkommen ⁽⁸⁾.

Ende Oktober kam es zu einer parlamentarischen Legitimierung der Reichsregierung durch deren Bindung an das Vertrauen des Reichstages; dies geschah sehr spät — für das Kaiserreich zu

⁽⁵⁾ Wilhelm HOEGNER, *Die verratene Republik, Deutsche Geschichte 1919-1933*, München, 1979, S. 33; NIPPERDEY, Anm. 1, S. 863.

⁽⁶⁾ HOEGNER, Anm. 5, S. 19 ff.; BÜTTNER, Anm. 3, S. 31 ff., LEONHARD, Anm. 4, S. 873 ff.; NIPPERDEY, Anm. 1, S. 861 ff.

⁽⁷⁾ BÜTTNER, Anm. 3, S. 30; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik*, in DERS., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt/Main, 1991, S. 306 ff.: Revolution erscheint als « Konsolidierung und Erhaltung der staatlichen Einheit » (S. 318); HOEGNER, Anm. 5, S. 29; NIPPERDEY, Anm. 1, « das war Kontinuität in der Revolution » (S. 868 ff.).

⁽⁸⁾ NIPPERDEY, Anm. 1, S. 863; Ernst TROELTSCH, *Die Fehlgeburt einer Republik, Spektator in Berlin 1918 bis 1922*, Frankfurt/Main, 1993, S. 6 f.; Willibalt APALT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München, 1946, S. 37.

spät! Angesichts des nach der Russischen Revolution ausgebrochenen Bürgerkrieges und des mit dem sich abzeichnenden Krieg eingetretenen wirtschaftlichen Verfalls versuchte die deutsche Politik nach dem 9. November 1918 die vor dem Waffenstillstand aufgekommene revolutionäre Bewegung der Arbeiter- und Soldatenräte zu mäßigen und auf die Ziele einer demokratischen und sozialen Revolution zu verpflichten. Die Sozialdemokratie wurde zur « getriebenen und treibenden Kraft »⁽⁹⁾ zugleich.

Es gelang, dem sich seit Ausrufung der Republik aus Mehrheits- und Unabhängigen Sozialdemokraten gebildeten Rat der Volksbeauftragten, die revolutionäre Bewegung der Arbeiter- und Soldatenräte zu kanalisieren, die Demobilisierung wie die Umstellung von Kriegs- auf Friedensproduktion in die Wege zu leiten, und die elementaren Forderungen der Arbeiterschaft nach Einführung des Acht-Stundentages und einer kollektiven Festsetzung von Löhnen und Arbeitsbedingungen zu verwirklichen⁽¹⁰⁾.

Der Rat der Volksbeauftragten organisierte schließlich die Wahlen zur Nationalversammlung. Im Januar 1919 ging daraus mit einer Dreiviertel-Mehrheit die aus Mehrheitssozialdemokratie, Zentrum und Deutsche Demokratische Partei gebildete Weimarer Koalition hervor. Die Rechte (DVP und DNVP) erreichte nur 15% der Sitze. Die Sozialdemokratie, welche sich bereits im Kaiserreich zu einer parlamentarischen, reformsozialistischen Bewegung entwickelte, in deren Mittelpunkt der Staat als Träger sozialer Reformen die Ziele der umfassenden Teilhabe aller, namentlich der Arbeiterschaft, sichern sollte, machte diese nun zur « Staatspartei schlechthin »⁽¹¹⁾. Sie leitete das « Ideal, den Staat zu dem werden zu lassen, was er seinem sittlichen Zweck hätte sein müssen »⁽¹²⁾. Sie konnte

(9) Christoph GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997, S. 15.

(10) Ulrich HERBERT, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, München, 2014, S. 177 ff.

(11) Kurt SCHUMACHER, *Der Kampf um den Staatsgedanken in der deutschen Sozialdemokratie*, (Diss. rer. pol. Münster 1920), Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1973, S. 92; vgl. auch Eduard BERNSTEIN, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, Stuttgart, 1921².

(12) SCHUMACHER, Anm. 11, S. 92.

sich « alles sozialistische Werden nur für, mit, durch den Staat vorstellen »⁽¹³⁾.

Die Nationalversammlung konstituierte sich am 2. Februar 1919 in Weimar, weil Berlin Ziel von Aufständen war. Sie wählte Friedrich Ebert zum Reichspräsidenten und Philipp Scheidemann zum Reichskanzler. Ihre zentralen Aufgaben lagen in der Beratung und Verabschiedung der Verfassung und des Friedensvertrages von Versailles.

Die Republik hatte damit einen Neuanfang gewagt, der sich freilich in Verwaltung, Justiz, Militär und Wirtschaft auf die aus dem Kaiserreich überkommenen Beschäftigten und Strukturen stützte und zugleich die an die Revolution gerichteten Hoffnungen der aufbegehrenden Arbeiter und Soldaten in vielem und vielfach enttäuschte. Daraus entstand ein Gründungsfehler, — nämlich zwischen den rechten und linken Gegnern der Republik stehend — unablässig um Zustimmung im Einzelfall wie im Grundsatz nachsuchen zu müssen.

Die Republik scheiterte schließlich an einer sich schon im Kaiserreich entfalteten Grundhaltung, in der sich ein aggressiver Nationalismus, Pangermanismus und Antisemitismus, eine nationalistische Volkstums — Ideologie und Herrenmoral antiliberaler, antimarxistischer und antipazifistischer Ausrichtung zusammenfanden sowie an kommunistischen Widersachern, die in der Nachfolge Lenins jede Reform als Verrat an den Zielen des Marxismus anprangerten⁽¹⁴⁾.

2.2. *Soziale Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung.*

Anlässlich der Beratungen der Nationalversammlung über die Verfassung kam es zu Veränderungen im Hinblick auf die Grundrechte. Während der von Hugo Preuss⁽¹⁵⁾ auf Bitten Reichspräsi-

⁽¹³⁾ Ebd., S. 126.

⁽¹⁴⁾ Marin BROZAT, *Die deutschen Eliten auf dem Weg in den 2. Weltkrieg*, München, 1989, S. 32-46.

⁽¹⁵⁾ Hugo Preuss (1860-1925), Autor der WRV- Entwürfe, Habilitation Berlin 1889, 1906 Privatdozent, 1910 Professor an der Berliner Handelshochschule, seit 1895 Mitglied der S Berliner Stadtverordnetenversammlung, 1910 Mitglied des Berliner Magistrats, seit 1914 darin zuständig für die Kriegsopferfürsorge, Wissenschaftliches

dent Eberts ausgearbeitete Entwurf keine Grundrechte vorsah, weil die 1848er Revolution politisch auch daran gescheitert war, dass sich die Verabschiedung der Verfassung unter dem Streit über die Abfassung der Grundrechte ungebührlich verzögerte und die deutsche Einheit und eine liberale Verfassung nicht mehr verwirklicht werden konnten, drängte Ebert für die Weimarer Reichsverfassung (WRV) auf Grundrechte.

Erste Vorschläge dazu bewegten sich in dem von der Entwicklung der Grundrechte des 19. Jahrhunderts gezogen Rahmen der bürgerlichen und politischen Rechte ⁽¹⁶⁾. Auf Betreiben des Fortschrittsliberalen Friedrich Naumann erhielten die Grundrechte schließlich eine Gestalt, welche sie als eine der ersten Verfassungen der Welt mit umfassenden sozialen Grundrechten ausstattete; nur Mexiko und Finnland hatten zuvor schon 1917 solche ähnlich in ihre Verfassungen aufgenommen.

Friedrich Naumann wollte die Republik zum « Volksstaat » ⁽¹⁷⁾ machen; er sollte in der Verfassung einen angemessenen Ausdruck finden ⁽¹⁸⁾. Demgemäß sollte von den Grundrechten eine « volkspädagogische Wirkung » ⁽¹⁹⁾ ausgehen und die Verfassung als « volkstümlicher Staatskatechismus » ⁽²⁰⁾ wirken. In seinem « Versuch volksverständlicher Grundrechte » ⁽²¹⁾ lautete eine For-

Wirken auf der Basis von Gierkes Genossenschaftstheorie Kommunale Selbstverwaltung als Basis der Demokratie, 1919 Innenminister im Kabinett Scheidemann, « Volksstaat » statt Obrigkeitsstaat seine Vision.

⁽¹⁶⁾ Walter PAULY, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen, 2004, 25 ff.

⁽¹⁷⁾ Friedrich NAUMANN, *Auf dem Weg zum Volksstaat*, Rede vor dem Deutschen Reichstag vom 15. Mai 1917, *Verhandlungen der Nationalversammlung*, Bd. 336, S. 171 ff., S. 176 ff.; Ernst Rudolf HUBER, *Friedrich Naumanns Weimarer Grundrechts-Entwurf, Der Versuch eines Modells der Grundrechte gegenwärtigen Daseins*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Okko Behrends, Malte Dieselhorst, Hermann Lange, Detlef Liebs, Joseph Georg Wolf, Christian Wollschläger (Hg.), Göttingen, 1975, S. 384.

⁽¹⁸⁾ Eberhard EICHENHOFER, *Soziale Grundrechte — verlässliche Grundrechte?*, in *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung — was ist geblieben?*, ders. (Hg.), Tübingen, 1999, S. 207, 211.

⁽¹⁹⁾ Friedrich NAUMANN, Rede in der Nationalversammlung vom 31. Juli 1919.

⁽²⁰⁾ Ebd.

⁽²¹⁾ Friedrich NAUMANN, *Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung*, Bd. 336, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Nr. 391 (120), S. 171 ff.

derung: « Deutschland muss trotz seiner Armut sozialpolitisch ein Vorbild der Welt bleiben und werden » (22). Die Verfassung möge das 'soziale Zeitalter' formen, um das Volk « in seinen Gruppenindividuen vor sich zu sehen und diese Gruppenindividuen als solche in ihrer Gleichberechtigung zu erkennen » (23). Die Verfassung solle « eine Art Verständigungsfriede zwischen Kapitalismus und Sozialismus » (24) werden und « das neue 'soziale Grundrecht' müsse ein Staatsbekenntnis, ein 'soziales Staatsideal' enthalten » (25). Demgemäß enthält die WRV zahlreiche Bestimmungen und Maximen sozialpolitischen Gehalts. Deren Präambel nennt Freiheit, Gerechtigkeit, inneren und äußeren Frieden und enthält die an den Staat gerichtete Verpflichtung, « den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern ».

In deren 5. Abschnitt « Das Wirtschaftsleben » ist bestimmt: « Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern » (Art. 151 WRV). Ferner war darin vorgesehen: « Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht » (Art. 157 WRV). « Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten » (Art. 161 WRV). « Der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen » (Art. 164 WRV). « Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarun-

(22) PAULY, Anm. 16, S. 31.

(23) Ebd., S. 32.

(24) NAUMANN, Anm. 21, S. 180.

(25) PAULY, Anm. 16, S. 33.

gen werden anerkannt. Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat » (Art. 165 WRV).

Mit besonderem Nachdruck nahm sich die Verfassung der Anliegen und Belange der Jugend an: In Art. 119 II WRV war die Förderung der Familien einschließlich der ausgleichenden Fürsorge für Kinderreiche vorgesehen; Unterrichts- und Lernmittelfreiheit (Art. 145 III WRV) waren vorgeschrieben. Weiter heißt es: « Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern » (Art. 121 WRV). « Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen » (Art. 122 WRV). « Für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen sind durch Reich, Länder und Gemeinden öffentliche Mittel bereitzustellen, insbesondere Erziehungsbeihilfen für die Eltern von Kindern, die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden, bis zur Beendigung ihrer Ausbildung » (Art. 146 III WRV). Diese Regeln formulierten die gesellschaftspolitischen Leitlinien der katholischen Soziallehre, des Linkliberalismus und des Reformsozialismus in der Nachfolge Ferdinand Lassalles ⁽²⁶⁾ und umschrieb damit das Weimarer Sozialstaatsprogramm ⁽²⁷⁾. Wes zielte nicht auf eine « marktwirtschaftlich modifizierten Sozialismus, sondern auf eine sozialstaatlich modifizierte Marktwirtschaft » ⁽²⁸⁾. In seiner Verknüpfung von Rechten und Pflichten steht die Weimarer Reichsverfassung in der Tradition Hegels getreu der Maxime: « Der Mensch hat durch das Sittliche insofern Rechte, als er Pflichten, und Pflichten, insofern er Rechte hat » ⁽²⁹⁾.

In der Rezeption der Verfassung dominierte die unverhohlene

⁽²⁶⁾ Christoph GUSY, Anm. 9, S. 342 ff.; HUBER, Anm. 16, S. 384 f., 387 ff.

⁽²⁷⁾ Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, S. 1031.

⁽²⁸⁾ Ebd., S. 1032.

⁽²⁹⁾ HEGEL, *Grundlinien einer Philosophie des Rechts*, § 155.

Ablehnung ⁽³⁰⁾. Die Verfassung enthalte eine Anhäufung von Selbstverständlichkeiten, Parteiprogrammen, Blankett — Erklärungen oder unauflösbaren Widersprüchen zwischen Unvereinbarem ⁽³¹⁾. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts erkannte der Koalitionsfreiheit nur eine individuelle, keine kollektive Wirkung zu ⁽³²⁾ und befand, dass die Bestimmungen über die überbetriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer ⁽³³⁾ oder zur Bodenreform ⁽³⁴⁾ trotz der prinzipiell anerkannten Verbindlichkeit der Verfassung gegenüber dem Gesetzesrecht ⁽³⁵⁾ keine Rechtswirkungen entfalteteten.

Für Hans Kelsen war die Weimarer Reichsverfassung hingegen die « demokratischste Verfassung der Welt »; in ihr sei der « deutsche Staat wirklich das deutsche Volk » ⁽³⁶⁾. Zugleich konstatierte er an deren Ende: « Keine Verfassung der Welt, die ihrem Volk so fremd wäre wie diese, keine, der ein so großer Teil des Volkes so kalt und gleichgültig und ein noch größerer mit so viel Hass und Verachtung gegenübersteht » ⁽³⁷⁾.

Die in der Verfassung ausgesprochenen sozialen Garantien wurden weit überwiegend nicht verwirklicht; sie galten aber dennoch als deren stabiles Element, weil sie die Solidarität als staatliches Grundprinzip formulierten ⁽³⁸⁾. War noch im Kaiserreich die soziale Aufgaben als Teil der staatlichen Schutzfunktion behandelt wurde ⁽³⁹⁾, sollte in den Verfassungsbestimmungen die soziale Ausrichtung des Republik als Zielvorstellung ihren Ausdruck und Nie-

⁽³⁰⁾ PAULY, Anm. 16, S. 63 ff.

⁽³¹⁾ Otto KIRCHHEIMER, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, Frankfurt/Main, 1976.

⁽³²⁾ RGZ 111, S. 199.

⁽³³⁾ RGZ 113, S. 33, 37.

⁽³⁴⁾ RGZ 111, S. 326.

⁽³⁵⁾ RGZ 107, S. 264; 121, S. 285; 111, S. 320, 326; RG JR 1926, S. 578.

⁽³⁶⁾ Hans KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, in DERS., *Demokratie und Sozialismus*, Wien, 1967, S. 60.

⁽³⁷⁾ Ebd.

⁽³⁸⁾ Uwe VOLKMANN, *Solidarität — Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen, 1998, S. 177-183; Friedrich VÖLTZER, *Der Sozialstaatsgedanke in der Weimarer Reichsverfassung*, Diss. Freiburg (Breisgau), Frankfurt/Main, 1992, S. 284 ff.

⁽³⁹⁾ Gerhard ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, München und Leipzig, 1919⁷, § 216.

derschlag finden ⁽⁴⁰⁾ In der rechtswissenschaftlichen Arbeit ging es primär um die Einheit des Staates, die Reichsreform, den Parteienstaat und die Notstandsverfassung ⁽⁴¹⁾.

2.3. *Schwacher später Widerhall: Von deutscher Republik (Thomas Mann).*

Thomas Mann hielt anlässlich des 60. Geburtstages Gerhart Hauptmanns (1922) den Festvortrag « Von deutscher Republik » ⁽⁴²⁾. Er wurde zu einem der wenigen nachdrücklichen öffentlichen Bekenntnisse deutscher Intellektueller zur Weimarer Republik. In dem Text rückt Thomas Mann auch von den Thesen ab, mit welchen er noch während des Ersten Weltkrieges in den « Betrachtungen eines Unpolitischen » ⁽⁴³⁾ hervorgetreten war. Darin propagierte er — reichlich elitär — einen Gegensatz von Kultur und Politik und konstatierte vor allem einen unüberwindlichen Unterschied zwischen deutscher und westlicher Kultur.

In dem Vortrag wird die Republik nun als « innere Tatsache » ⁽⁴⁴⁾ bezeichnet, die den Staat in die Hände jedes Einzelnen legt ⁽⁴⁵⁾: In der Republik ist « der Staat [...] unser aller Angelegenheit geworden » und kein « Geschöpf der Niederlage und der Schande » ⁽⁴⁶⁾. Darin vereinigt sich Kultur mit Zivilisation ⁽⁴⁷⁾, weil sie das Staatsvolk und das Wohl der Bürger miteinander verknüpft und sich beide vielfach wechselseitig befördern ⁽⁴⁸⁾. « Deutsch [...] ist jedenfalls der Instinkt eines staatsbildenden Individualismus, die Idee der Gemeinschaft bei Anerkennung der Menschheit in jedem

⁽⁴⁰⁾ APELT, Anm. 8, S. 352 f.

⁽⁴¹⁾ Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3. Band, München, 1999, S. 101-108.

⁽⁴²⁾ Thomas MANN, *Von deutscher Republik*, in DERS., *Von deutscher Republik*, Frankfurt/Main, 1984, S. 115.

⁽⁴³⁾ Thomas MANN, *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918), Frankfurt/Main, 1968.

⁽⁴⁴⁾ MANN, Anm. 42, S. 127.

⁽⁴⁵⁾ Ebd., S. 128.

⁽⁴⁶⁾ Ebd., S. 130.

⁽⁴⁷⁾ Thomas MANN, *Kultur und Sozialismus*, in DERS., *Von deutscher Republik*, Anm. 41, S. 259.

⁽⁴⁸⁾ MANN, Anm. 42, S. 144.

ihrer Einzelglieder, die Idee der Humanität, die wir innerlich menschlich und staatlich, aristokratisch und sozial zugleich nannten, und die von der politischen Mystik des Slawentums gleich weit entfernt ist wie vom anarchischem Radikal-Individualismus eines gewissen Westens, die Vereinigung von Freiheit und Gleichheit, die 'echte Harmonie', mit einem Worte: die Republik » (49). Für Thomas Mann bedeutet die Republik die Versöhnung von Kultur und Politik, Gemeinschaft und Gesellschaft, Nation und Volk (50): « Die Politisierung der Volksidee, die Hinüberleitung des Gemeinschaftsbegriffs ins gesellschaftlich — sozialistische würde die wirksame, innere und geistige 'Demokratisierung' Deutschlands bedeuten » (51).

In der Deutung des Niedergangs der Weimarer Republik stehen sich unterschiedliche Interpretationen gegenüber. Manche sehen die NS-Herrschaft als Modernisierung (52); für andere war die Ablösung der Weimarer Republik durch das NS-Regime als Überwindung der Modernisierungstendenzen des Staates durch die traditionelle Gesellschaft (53); der mit Hegel verbundene Anspruch einer durch staatliche Reformpolitik von oben angestoßene Befreiung der Menschen durch politische Veränderungen habe namentlich in der Weimarer Republik seinen markanten Ausdruck gefunden (54).

3. *Juristen als Denker des Sozialstaats.*

3.1. *Gustav Radbruch.*

Der während der Weimarer Republik in der Sozialdemokratie als Reichstagsabgeordneter wirkende und 1921-1922 und 1923 amtierende Reichsminister der Justiz auch politisch aktive Gustav

(49) Ebd., S. 142.

(50) MANN, Anm. 46, S. 261-269.

(51) Ebd., S. 268.

(52) Ralf DAHRENDORF, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München, 1966.

(53) Christopher CLARK, *Preußen. Aufstieg und Niedergang*, München, 2008³, S. 741.

(54) Ebd., S. 700 f.

Radbruch⁽⁵⁵⁾ (1878-1949) entwarf eine Theorie des sozialen Rechts. Sie bestimmte die Unzulänglichkeiten der aus dem 19. Jahrhundert überkommenen bürgerlichen Rechtsordnung und entwickelte ein neues Leitbild von Recht. In ihm erscheinen sich die durch die Weimarer Republik ergriffenen Reformen als Ausdruck eines neuen Bildes vom Menschen und eines veränderten Verständnisses von Gerechtigkeit. Seine Überlegungen basieren auf einer rechtsphilosophischen Positionsbestimmung, namentlich der zeitlichen Diagnose des sich zum Sozialen wandelnden Rechts, die wesentlich das Menschenbild, die Gleichheit und die Rechtsformen betreffen.

Diese Deutung erklärt sich zunächst aus Radbruchs Sicht auf das Recht: « Recht ist Menschenwerk und kann wie jedes Menschenwerk nur aus einer Idee begriffen werden [...] Recht ist Kulturerrscheinung, d.h. wertbezogene Tatsache »⁽⁵⁶⁾. Die « letzten Sollenssätze » sind « nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig »⁽⁵⁷⁾. « Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen »⁽⁵⁸⁾.

Das soziale Recht war zunächst eine Kritik an den Unzulänglichkeiten einer individualistischen Rechtsordnung. Das « soziale Recht stellt sich als Sieg der Billigkeit über erstarrte Gerechtigkeit »⁽⁵⁹⁾ dar. Es trägt ein « sozialer Individualismus »⁽⁶⁰⁾, welcher der Kritik an dem auf rechtsformaler Gleichheit folgenden Individualismus entsprang: « Die für alle gleiche Eigentümerfreiheit gestaltete sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit für den Eigentümer an Produktionsmitteln aus einer bloßen Herrschaft über Sachen

⁽⁵⁵⁾ Geb. 1878 in Lübeck, Studium in München, Leipzig und Berlin (1898-1901), danach Staatsprüfung, Promotion und Habilitation (1903), Privatdozent an der Universität Heidelberg 1903-1910, danach apl. Professor, 1914 Ruf nach Königsberg, 1914 freiwilliger Krankenpflege-Dienst, 1915-1918 Soldat, 1919 Ruf nach Kiel, 1926 Rückkehr nach Heidelberg, 1933 Entlassung, 1939 und 1942 Tod der beiden Kinder Renate und Anselm, 1945 Rehabilitierung, Neuaufbau der Heidelberger Juristenfakultät, 1949 in Heidelberg gestorben (Gustav RADBRUCH, *Der innere Weg, Aufriß meines Lebens*, Göttingen, 1961²; zu Radbruch *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Gerd Kleinheyer, Jan Schröder (Hg.), München, 1989³, S. 228.

⁽⁵⁶⁾ Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970, S. 95.

⁽⁵⁷⁾ Ebd., S. 100.

⁽⁵⁸⁾ Ebd., S. 123.

⁽⁵⁹⁾ Ebd., S. 163.

⁽⁶⁰⁾ Ebd., S. 162.

zu einer Herrschaft über Menschen, für die besitzlosen Klassen aber zur Eigentumshörigkeit. Die für alle gleiche Vertragsfreiheit wird für die Besitzenden zur Diktatfreiheit, für die Besitzlosen zu wehrloser Diktatunterworfenheit » (61).

Aus dieser Kritik entstand das sozial gestaltende Recht, das sich an den konkreten Lebenslagen des Menschen ausrichtet. Es wird von Radbruch « soziales Recht » genannt. Dieses kennzeichnete er 1930: « Wir erleben von vielen nicht gewusst und nicht bedacht, eine epochale Umwandlung unseres Rechts, eine juristische Zeitenwende von nicht geringerer Bedeutung als Rezeption und Naturrecht. 'Die Zeit ist gekennzeichnet durch den Übergang vom individualistischen zum sozialen Zeitalter' [...]. Aber wir begreifen die sozialrechtliche Entwicklung nicht in ihrer Tiefe, wenn wir unter sozialem Recht lediglich ein Recht verstehen, das sich Sicherung und Wohlfahrt der wirtschaftlich Schwachen fürsorglich angelegen sein lässt. Das soziale Recht beruht vielmehr auf einer Strukturwandlung allen Rechtserkennens, auf einem neuen Begriff des Menschen: Soziales Recht ist nicht nur ein Recht, das auf das individualitätslose, seiner Eigenart entkleidete, auf das als vereinzelt gedachte, seiner Vergesellschaftung enthobene Individuum zugeschnitten ist, sondern auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen » (62).

Ein auf konkrete gesellschaftliche Rollen — Arbeiter, Unternehmer, Angestellte (63) — zielendes Recht zeige Macht- und Ohnmacht des Einzelnen auf: Nur diese Einsicht erlaube, jene zu überwinden. Dadurch veränderten sich aber nicht nur einzelne Bestimmungen des Rechts, sondern dessen grundlegende Leitbilder: « Während dem individualistischen Recht der Gedanke der Gleichheit zugrunde liegt, ist das soziale Recht auf den Gedanken der Ausglei chung gegründet. Dort herrscht die kommutative, hier die distributive Gerechtigkeit » (64).

« Die Sozialisierung der Rechtsordnung bedeutet, daß das Recht immer mehr aus der Herrschaft der ausgleichenden unter die

(61) Ebd., S. 162 f.

(62) Gustav RADBRUCH, *Vom individualistischen zum sozialen Recht*, in DERS., *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957³, S. 35, 37.

(63) RADBRUCH, Anm. 56, S. 163.

(64) RADBRUCH, Anm. 62, S. 39.

Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit tritt. Sie bedeutet keineswegs, dass, was man bisher Recht nannte, aus dem Bereiche der Gerechtigkeit, d.h. der Gleichheit überhaupt heraustrete, sondern daß an die Stelle der abstrakten Gleichheit von Leistung und Gegenleistung der sie austauschenden Menschen immer mehr die verhältnismäßige Gleichheit tritt, die je nach seiner Eigenart und Lage, seiner Leistung und seiner Bedürftigkeit jeden verschieden, aber doch alle nach einem und demselben Maßstab behandelt » (65). Ein solches Freiheitsverständnis ist nicht auf den « aus der Gemeinschaft losgelösten Übermenschen, sondern die Persönlichkeit in Gemeinschaft » (66) ausgerichtet; es folgt einem « Individualismus, der die Tatsache der Masse in sich aufgenommen und verarbeitet hat » (67). « Der Gedanke des sozialen Rechts bedeutet nicht nur ein Sonderrecht für Minderbemittelte, sondern eine andere Stilform des Rechts überhaupt » (68). « Das soziale Recht ist das Ergebnis einer neuen Auffassung vom Menschen im Recht » (69).

In seiner « Rechtsphilosophie » (70) entwarf er eine rechtsphilosophische Parteienlehre, in der die unterschiedlichen parteipolitischen Strömungen: Anarchismus, Liberalismus, Konservatismus oder Marxismus — durch die sie prägenden unterschiedlichen Leitvorstellungen vom Menschen (71) beschrieben werden. Anarchismus und Liberalismus werden danach vom « isolierten Individuum » geleitet, das von konkreten gesellschaftlichen Bindungen des Menschen absieht und daher auf das « individualitätslose Individuum » ausgerichtet sei (72). Ihr steht die konservative überindividualistische Haltung gegenüber, in der jeder einzelne Mensch primär als ein Teil eines Ganzen (Staat, Volk, Klasse) gesehen wird.

(65) Gustav RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, in DERS., *Der Mensch im Recht*, Anm. 62, S. 13, 17.

(66) Gustav RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus* (1927), Berlin, 1949.

(67) Gustav RADBRUCH, *Der Sozialismus und die geistige Lage der Gegenwart*, in « Neue Blätter für den Sozialismus », Jahrgang III (1932), S. 8, 13.

(68) Gustav RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen, 1959², § 33 I.

(69) Ebd., § 33 I.

(70) Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970⁷, § 8.

(71) Gustav RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, in DERS., *Der Mensch im Recht*, Anm. 62, S. 3.

(72) Ebd., S. 159.

Das Recht stehe vor der grundlegenden Aufgabe, einen der sozialen Wirklichkeit gemäßen juristischen Menschentypus seinen Regelungen zugrunde zu legen ⁽⁷³⁾. Vor diesem Hintergrund sei « der sozial gebundene, der kollektive Mensch als Grundlage des sozialen Rechts » ⁽⁷⁴⁾ zu betrachten.

« Grundgedanken des sozialen Rechts ist nicht mehr der Gedanke der Gleichheit der Personen, sondern der Gedanke der Ausglei chung zwischen ungleichen Personen » ⁽⁷⁵⁾. Denn Gleichheit habe keinen intrinsischen ethischen Gehalt: « Gleichheit ist immer nur Absehen von vorhandener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte » ⁽⁷⁶⁾. Das soziale Recht sei demnach durch vier Eigenheiten gekennzeichnet ⁽⁷⁷⁾: es mache « zunächst hinter der nivellierenden Abstraktion des Personenbegriffs die individuelle Eigenart, die soziale Macht- und Ohnmachtsstellung sichtbar »; dadurch werde « die Stützung sozialer Ohnmacht und die Schrankenziehung gegen soziale Übermacht möglich ». Statt Gleichheit herrsche Ausglei chung, statt kommutativer distributive Gerechtigkeit vor. « Auch die privateste Rechtsbeziehung » erscheint schließlich als « ein gesellschaftliches Verhältnis ». Soziales Recht begründe daher wieder den Einklang zwischen « Rechtsform und Rechtswirklichkeit ».

« Kennzeichen für das soziale Recht ist die Publizierung des Privatrechts, das Eingreifen des öffentlichen Rechts in bisher reine Privatrechtsverhältnisse, z.B. in der Mieterschutzgesetzgebung, Wohnraumbewirtschaftung, Preisüberwachung » ⁽⁷⁸⁾ Es komme auf diese Weise zu einer « Durchwachsung des privaten und öffentlichen Rechts » ⁽⁷⁹⁾ oder « Publizierung des Privatrechts » ⁽⁸⁰⁾. Sozialrechtliches Denken im Strafrecht bedeute das Verbrechen als soziale Erscheinung, antisoziale Handlung und sozial bedingtes Verhalten verstehen. Dementsprechend sei es auf die « Besserung

⁽⁷³⁾ RADBRUCH, Anm. 65, S. 16.

⁽⁷⁴⁾ RADBRUCH, Anm. 68, § 33 V.

⁽⁷⁵⁾ Ebd.

⁽⁷⁶⁾ RADBRUCH, Anm. 56, S. 126.

⁽⁷⁷⁾ RADBRUCH, Anm. 62, S. 39.

⁽⁷⁸⁾ RADBRUCH, Anm. 56, S. 102.

⁽⁷⁹⁾ RADBRUCH, Anm. 62, S. 40.

⁽⁸⁰⁾ Ebd.

der Besserungsfähigen und die Sicherung vor den Unverbesserlichen » auszurichten ⁽⁸¹⁾.

3.2. *Hugo Sinzheimer.*

Hugo Sinzheimer (1875-1945) ⁽⁸²⁾ trat zunächst als Analytiker des sich entwickelnden Arbeits- und namentlich Tarifrechts hervor, hat danach das kollektive Arbeitsrecht durch politische Arbeit in der Nationalversammlung und als Autor beeinflusst; in der zweiten Phase der Weimarer Republik entwickelte er sich zu einem genauen Beobachter und Kritiker der Justiz. Nachdem Philipp Lotmar ⁽⁸³⁾ aus der kollektiven Verbindung der Arbeitnehmer auch eine kollektive Verbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge folgerte, widersprach dieser Deutung Hugo Sinzheimer, weil dem Tarifvertrag diese Wirkung als Akt sozialer Selbstbestimmung nur durch gesetzgeberische Anordnung zugemessen werden könne. Er erklärte sich demgemäß für ein Tarifgesetz aus der Überlegung: « Das Zeitalter des Individuums stirbt ab. Nicht mehr die einzelnen sind es, die fähig sind, ihre Verhältnisse frei zu bestimmen. An ihre Stelle treten

⁽⁸¹⁾ Gustav RADBRUCH, *Autoritäres oder soziales Strafrecht*, in DERS., *Der Mensch im Recht*, Anm. 62, S. 63, 67, 68, 70.

⁽⁸²⁾ In Worms geboren, Studium der Rechte und der Volkswirtschaftslehre in München, Berlin, Freiburg/Br., Marburg und Halle, 1901 Promotion in Heidelberg, seit 1903 wirkte er in Frankfurt/Main als Rechtsanwalt und seit 1919 als Honorarprofessor an der dortigen Universität, Mitglied der Nationalversammlung als Abgeordneter der SPD und Berichterstatter über das Kapitel über das Wirtschaftsleben in der WRV und aktiver Publizist in der Weimarer Republik, 1933 Exil in den Niederlanden, Professuren in Amsterdam und Leiden, Begründer des Tarifrechts (DERS., *Der kollektive Arbeitsnormenvertrag*, 2 Bände, 1907/8) und der Rechtssoziologie, Hans-Peter BENÖHR, *Hugo Sinzheimer (1875-1945). Mitbegründer des Arbeitsrechts*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, Heinrichs, Franzki, Schmalz, Stolleis (Hg.), München, 1993, S. 615; Sandro BLANKE, *Hugo Sinzheimer und das Arbeitsrecht der Weimarer Republik*, in *Weichenstellungen im Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hg.), Recklinghausen, 2013, S. 48.

⁽⁸³⁾ Philipp LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in « Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik », 1900, S. 1-122; vgl. Joachim RÜCKERT, *Philipp Lotmar (1850-1922). Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geist von Freiheit und Sozialismus*, in Heinrichs, Franzki, Schmalz, Stolleis (Hg.), Anm. 82, S. 331; im Sinne Lotmars entschied 1910 das Reichsgericht, dass Tarifverträge eine kollektive Wirkung unter den tarifgebunden entfalte (RGZ 73, S. 92).

in wachsendem Maße die Organisationen, die das soziale Dasein des einzelnen regeln. Diesen neuen Kräften müssen Recht und Staat, Sitte und Politik Rechnung tragen » (84).

Als Mitglied der Nationalversammlung und Berichterstatter für die Wirtschaftsverfassung betonte er während der Verfassungsberatungen die « sozioökonomische Grundlage der Grundrechte » und fragte, welche Bedeutung den Grundrechten gegenüber den sozialen Mächten zukomme (85). Er hat namentlich die in Art. 165 WRV enthaltene Räteverfassung maßgeblich bestimmt (86) und wurde zu einem der führenden Autoren der von Gustav Radbruch angeregten und vom Republikanischen Richterbund herausgegebenen Zeitschrift « Die Justiz » — welche von 1925 bis 1933 erschienen ist (87).

Recht ist nicht primär technisch zu begreifen, sondern angemessen nur im Hinblick auf seine menschlichen, kulturellen und sozialen Wirkungen zu verstehen: « Wir fragen, ob unser Recht überhaupt noch mit den großen Kulturleistungen unserer Zeit zusammenhängt » (88). « Die alten Grundlagen des Rechts sind erschüttert und neue Grundlagen noch nicht gefunden » (89). « Nur wenn auch der Jurist sich ganz in den Wind und das Wetter dieser Zeit stellt, kann er ihrem Geist gerecht werden » (90).

Europas wirtschaftliche Not nach dem 1. Weltkrieg fordere ein « paneuropäisches Zollgebiet und einheitliche Wirtschaft » (91); « die Wirtschaft der Nachkriegszeit wird mit dem Gedanken Eu-

(84) Hugo SINZHEIMER, *Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin, 1977², S. 32.

(85) PAULY, Anm. 16, S. 34.

(86) BENÖHR, Anm. 82, S. 626.

(87) Hugo SINZHEIMER, Ernst FRAENKEL, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Neuwied/Berlin, 1968. Der Band enthält wichtige Artikel aus dieser Zeitschrift, die wesentlich von Hugo Sinzheimer verfasst sind. Die Zeitschrift setzt sich für eine « demokratische und republikanische » — d.h. im Einklang mit der Weimarer Reichsverfassung stehende — Justiz (S.19) ein.

(88) Ebd., S. 21.

(89) Ebd., S. 24.

(90) Ebd., S. 135 f.

(91) Ebd., S. 28.

ropa verbunden sein » (92). Demokratie ist die selbstorganisierte Gesellschaft (93); der « Rechtsgedanke ist das Element des freien Volksstaats » (94). Republik verlangt den Staatsbürger, Menschen, nach sozialem Denken und Einheit: « Republikanischer Geist ist Staatsbürgergeist, ist Menschengest und sozialer Geist. Republikanischer Geist ist vor allem Einheitsgeist » (95). Parteien dürfen nicht nur dem Parteigeist, sondern dem Gesamtwillen verpflichtet sein (96).

Wirtschaftsrecht — zum « Recht der organisierten Wirtschaft » (97) geworden — zeigt: « Die Dämmerung der alten privatrechtlichen Zöpfe ist angebrochen und die Morgenröte eines neuen sozialen Zeitalters zieht herauf » (98). « Das soziale Recht dringt auch immer weiter in die Organisation der Wirtschaft ein. Das soziale Recht auf dem Gebiet der Wirtschaft ist die Herbeiführung von Gemeinschaftsgebilden über den einzelnen Wirtschaften, die dadurch ihre personale Stellung verlieren und eine funktionelle Bedeutung gewinnen » (99). « Das heutige große Unternehmen, namentlich das Unternehmen auf korporativer Grundlage hat eine dreifache Aufgabe. Es verwertet fremdes Kapital, vollbringt eine volkswirtschaftliche Leistung und verfügt die Arbeitsgelegenheit von Tausenden ».

Der durch die Politik der Weimarer Republik beförderte soziale Fortschritt zeigte sich in der 1926 eingeführten Arbeitsgerichtsbarkeit: « Die Arbeiterbewegung hat mit dem neuen Arbeitsgericht einen Erfolg errungen, ja man kann sagen, dass mit dem Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes ein neuer Abschnitt für sie beginnt » (100). Die 1927 neu errichtete Arbeitslosenversicherung schafft das Fundament für « eine Reichsorganisation der gesamten

(92) Ebd., S. 52.

(93) Ebd., S. 39.

(94) Ebd., S. 43.

(95) Ebd., S. 87.

(96) Ebd., S. 168.

(97) Ebd., S. 98.

(98) Ebd., S. 149.

(99) Ebd., S. 157.

(100) Ebd., S. 111.

Sozialpolitik »⁽¹⁰¹⁾; sie bedeutete primär Fürsorge und nicht privatwirtschaftliche Versicherung⁽¹⁰²⁾.

Im Amsterdamer Exil verfasste Hugo Sinzheimer das Werk: « Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft »⁽¹⁰³⁾. Es richtete sich gegen die vom NS- « Rechtswahrerbund » 1936 veranstaltete Tagung zum Thema « Das Judentum in der Rechtswissenschaft ». Dort forderte der Reichsminister der Justiz Frank « einen nunmehr ein für alle Mal gültigen Schlussstrich unter die Entwicklung der deutschsprachigen jüdischen Rechtsliteratur in Deutschland zu ziehen »⁽¹⁰⁴⁾. Er wandte sich gegen den « liberalistischen » Geist, den er als jüdisch brandmarkte. Der das Einleitungsreferat haltende Carl Schmitt forderte: « Wir müssen den deutschen Geist von allen Fälschungen befreien, Fälschungen des Begriffs Geist, die es ermöglicht haben, dass jüdische Emigranten den großartigen Kampf des Gauleiters JULIUS STREICHER als etwas 'Ungeistiges' bezeichnen konnten »⁽¹⁰⁵⁾.

Sinzheimer schilderte anhand der Werke der jüdischen Rechtsgelehrten Friedrich Julius Stahl, Levin Goldschmidt, Heinrich Dernburg, Josef Unger, Otto Lenel, Wilhelm Eduard Wilda, Julius Glaser, Paul Laband, Georg Jellinek, Eugen Ehrlich, Philipp Lotmar und Eduard von Simon deren Bedeutung für die Rechtswissenschaft in Deutschland. « Der 'jüdische Einfluss' in der deutschen Rechtswissenschaft trat nicht von außen an sie heran, sondern entstand in ihr »⁽¹⁰⁶⁾. « Das jüdische Werk ist in Wahrheit ein Bestandteil der deutschen Wissenschaft »⁽¹⁰⁷⁾ « Der Geist der

⁽¹⁰¹⁾ Ebd., S. 173.

⁽¹⁰²⁾ Ebd., S. 202.

⁽¹⁰³⁾ Hugo SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1953.

⁽¹⁰⁴⁾ Ebd., S. 1.

⁽¹⁰⁵⁾ Ebd., S. 4 (Hervorhebung im Original). Streicher war Gauleiter in Nürnberg, Herausgeber des antisemitischen Blattes « der Stürmer »; er wurde in den Kriegsverbrecherprozessen von Nürnberg 1946 zum Tode verurteilt; er war bei der Konferenz anwesend (Bernd RÜTHERS, *Das entartete Recht*, München, 1989, S. 125 ff.).

⁽¹⁰⁶⁾ Ebd., S. 237.

⁽¹⁰⁷⁾ Ebd., S. 239.

jüdischen Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft ist einfach wissenschaftlicher Geist »⁽¹⁰⁸⁾.

3.3. *Eduard Heimann.*

Eduard Heimann⁽¹⁰⁹⁾ ist — obgleich kein Jurist — als ein Theoretiker des Sozialpolitik in Erscheinung getreten, der diese als Ausprägung, Begrenzung und Formgebung einer liberalen Gesellschaft begriff und insoweit auch als ein Vertreter einer juristischen Deutung der Sozialpolitik gelten kann. In seinem Hauptwerk « Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik » (1929)⁽¹¹⁰⁾ befasst er sich mit der Entwicklung des Kapitalismus und der aus ihm hervorgegangenen sozialen Bewegung, deren Zielen und den durch die ausgelösten Veränderungen, die jenen insgesamt im Sinne einer umfassenden Freiheit für Unternehmer und Arbeitnehmer verwandelt. Im Hinblick auf die soziale Bewegung stellt er fest: « Der Kapitalismus kann sich dieser Bewegung nicht entziehen, weil sie auf seiner eigenen Freiheitsgrundlage und in dem von ihm gestalteten sozialen Raum erwächst »⁽¹¹¹⁾. Seine Theorie ist geschichtlich, ökonomisch und sozial.

Sie begreift den Liberalismus als « Glied in der Kette der großen Befreiungstaten »⁽¹¹²⁾ der Menschheit. Er gilt nicht nur der Freiheit des einzelnen, sondern dieses Freiheitsversprechen sei zugleich gemeinschaftsgerichtet und universalistisch; die Freiheit der Individuen werde nur durch die vollständige Freiheit jedes Individuums verwirklicht⁽¹¹³⁾. Die bürgerliche Revolution brachte den Markt hervor, der die Übereinstimmung von Produktion und Be-

⁽¹⁰⁸⁾ Ebd., S. 244.

⁽¹⁰⁹⁾ 1889 geboren, 1919 Generalsekretär der Sozialisierungskommission, 1925 Professor der Volkswirtschaftslehre an der Universität Hamburg, 1933 Emigration in die USA und bis 1958 Lehre an der New School of Social Research; H.D. ORTLIEB, *Eduard Heimann. Sozialismus im Wandel der modernen Gesellschaft*, Berlin/Bonn, 1975.

⁽¹¹⁰⁾ Eduard HEIMANN, *Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik*, Frankfurt/Main, 1981.

⁽¹¹¹⁾ Ebd., S. 11.

⁽¹¹²⁾ Ebd., S. 15.

⁽¹¹³⁾ Ebd., S. 18.

darf ⁽¹¹⁴⁾ sichere. Der Liberalismus sei « zugleich Sozialtheorie » ⁽¹¹⁵⁾: « Die liberale Wirtschaftstheorie muss also die volle soziale Freiheit mit enthalten » ⁽¹¹⁶⁾. Die soziale Befreiung des Arbeiters durch die ihm zukommende Vertragsfreiheit stattet ihn auch « mit einem Element ökonomischer Macht » ⁽¹¹⁷⁾ aus.

Der Kapitalismus habe die fabrikmäßige Produktion ermöglicht, befördert und zum Großbetrieb geführt, die Freiheit der Arbeiterschaft habe zur « rechtlichen Unfreiheit der Feudalordnung » ⁽¹¹⁸⁾ geführt und in den monopolisierten Unternehmen ihre Gestalt gefunden. Darin wird der Arbeiter zum Mittel für fremde Zwecke ⁽¹¹⁹⁾. « Aus der einheitlichen Konzeption des Wirtschafts- und Soziallebens im liberalen Programm entwickelt sich der kapitalistische Widerspruch zwischen der Wirtschafts- und der Sozial-sphäre » ⁽¹²⁰⁾.

Der Kapitalismus bringe seine eigene Gegenbewegung hervor, die in der Konsumgenossenschaft und dem sozialen Wohnungsbau und namentlich der Arbeiterbewegung Gestalt annimmt ⁽¹²¹⁾. « Gegen die Entwürdigung der Arbeit in der modernen Arbeitswelt erhebt sich die Gegenwelt, die Arbeiterbewegung; an sie ist die soziale Dynamik im Kapitalismus gebunden » ⁽¹²²⁾. Sie macht aus « der Wille zur Freiheit und Würde in der großbetrieblichen Organisation » ⁽¹²³⁾ und werde von der Maxime geprägt: « Die Freiheit des einen muss zur Garantie der Freiheit des anderen werden » ⁽¹²⁴⁾. Die soziale Bewegung erstrebt ein « Gleichgewicht zwischen Freiheit und Gemeinschaft » ⁽¹²⁵⁾; « Solidarität und Freiheit sind aufeinander bezogen; sie sind in der sozialen Freiheitsordnung zusam-

⁽¹¹⁴⁾ Ebd., S. 21.

⁽¹¹⁵⁾ Ebd., S. 29.

⁽¹¹⁶⁾ Ebd., S. 29.

⁽¹¹⁷⁾ Ebd., S. 35.

⁽¹¹⁸⁾ Ebd., S. 123.

⁽¹¹⁹⁾ Ebd., S. 138.

⁽¹²⁰⁾ Ebd., S. 123.

⁽¹²¹⁾ Ebd., S. 104 ff., 116 ff.

⁽¹²²⁾ Ebd., S. 139.

⁽¹²³⁾ Ebd., S. 139.

⁽¹²⁴⁾ Ebd., S. 159.

⁽¹²⁵⁾ Ebd., S. 160.

mengefasst »⁽¹²⁶⁾. « Sozialpolitik ist der institutionelle Niederschlag der sozialen Idee im Kapitalismus »⁽¹²⁷⁾. « Sozialpolitik ist also der Einbau des Gegenprinzips in den Bau der Kapitalherrschaft und Sachgüterordnung; es ist die Verdinglichung der sozialen Idee im Kapitalismus gegen den Kapitalismus »⁽¹²⁸⁾. « Merkmal der Sozialpolitik ist ihre revolutionär-konservative Doppelsichtigkeit. Sie verwirklicht Stück um Stück die soziale Idee innerhalb des Kapitalismus und sichert dadurch seinen geordneten Fortgang »⁽¹²⁹⁾.

Die Theorie zeigt die zentralen Institutionen der Sozialpolitik: Arbeitsschutz, Arbeitsvermittlung, Arbeitszeitregulierung, Sozialversicherung, Arbeitsrecht, Tarifautonomie und Betriebsverfassung⁽¹³⁰⁾ als Errungenschaften der sozialen Bewegung und diese selbst als Ausdruck einer freiheitlichen Gesellschaft und Sozialpolitik und Marktwirtschaft als zwei Elemente eines und desselben Prinzips der Freiheit.

3.4. *Hermann Heller.*

Hermann Heller⁽¹³¹⁾ war ein einsamer Verfechter und Begründer einer sozialdemokratischen Verfassungstheorie, die in enger Anlehnung an den Austromarxismus die Reformziele einer auf sozialen Ausgleich und persönlichen Freiheiten beruhende Verfassungsordnung zu entwickeln und entfalten sucht. Heller begrift

⁽¹²⁶⁾ Ebd.

⁽¹²⁷⁾ Ebd., S. 167.

⁽¹²⁸⁾ Ebd.

⁽¹²⁹⁾ Ebd., S. 190.

⁽¹³⁰⁾ Ebd., S. 218-246.

⁽¹³¹⁾ Hermann Heller (1891-1933) nach Studium der Rechts- und Staatswissenschaft in Wien, Graz und Innsbruck 1919 Habilitation mit der Schrift « Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke » an der Kieler Juristenfakultät — durch den damals dort wirkenden Gustav Radbruch maßgeblich befördert —, 1928 Ruf als außerordentlicher Professor für öffentliches Recht an die Berliner Juristenfakultät, 1931 Ruf an die Universität Frankfurt/Main, 1933 während des Aufenthalts an der London School of Economics begab er sich in das Exil in Spanien, wo er 1933 in Madrid verstarb (Christoph MÜLLER, *Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung*, in Hermann HELLER, *Gesammelte Werke*, Tübingen, 1992², Band 3, S. 429; Gerhard ROBBERS, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden, 1983; Wolfgang LUTHARDT, *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*, Opladen, 1986.

Verfassung, Staat und Recht kulturwissenschaftlich; er legt ferner die Notwendigkeit einer politischen Gestaltung der Wirtschaft dar und benennt schließlich die aus der Verfassung an solche Gestaltung sich ergebenden Anforderungen.

Gegenstand der Kulturwissenschaft ist danach die durch « menschliche Zweckformung »⁽¹³²⁾ hervorgebrachte Welt. Jene nähert sich dieser in einer eigenen « Erkenntnishaltung »⁽¹³³⁾, denn das erkennende Subjekt sei mit dem zu erkennenden Objekt verbunden. « Hier steht das erkennende Subjekt nicht einem ihm äußerlich fremden Objekt gegenüber, sondern der Geist erkennt durchgeistigtes Leben, er erkennt — sich selbst »⁽¹³⁴⁾. Staat, Recht und Verfassung sind ihm nicht nur gedachte oder gefühlte ideelle Gegebenheiten, sondern Teile der sozialen Wirklichkeit⁽¹³⁵⁾ — « menschliche Wirklichkeit, [...] menschlich gewirkte Wirklichkeit »⁽¹³⁶⁾. « Gesellschaftliche Wirklichkeit lässt sich weder als subjektive Erlebniswirklichkeit noch als außersubjektive Realität bestimmen »⁽¹³⁷⁾.

Wirtschaft und Staat beruhen auf unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten. Für Heller ist der Staat berufen, die Wirtschaft umfassend rechtlich zu formen⁽¹³⁸⁾. « Der Marxismus ist selbst zur richtigen Stellung des Problems deshalb unfähig, weil er in dem Dogma befangen ist, die staatliche sei nur ein Mittel der wirtschaftlichen Funktion »⁽¹³⁹⁾. Der Marxismus konzentrierte sich daher irrtümlich und vergebens auf die Überwindung der auf Privateigentum, Markt und Wettbewerb beruhenden Ordnung und erliege der Illusion, dass danach der Staat absterbe. Stattdessen gelte für den Staat gegenüber der Wirtschaftsgesetzlichkeit — die es ungeregelt « selbstverständlich noch nie gegeben »⁽¹⁴⁰⁾ habe « und nie geben

⁽¹³²⁾ Hermann HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1970⁴, S. 34.

⁽¹³³⁾ Ebd., S. 35.

⁽¹³⁴⁾ Ebd.

⁽¹³⁵⁾ Ebd., S. 43 ff.

⁽¹³⁶⁾ Ebd., S. 69.

⁽¹³⁷⁾ Ebd.

⁽¹³⁸⁾ Ebd., S. 211 ff.

⁽¹³⁹⁾ Ebd., S. 211.

⁽¹⁴⁰⁾ Ebd., S. 212.

kann » ⁽¹⁴¹⁾ — die « relative Autonomie der staatlichen Funktion sicherzustellen » ⁽¹⁴²⁾. « Es ist der theoretisch und praktisch folgenreichste Irrtum vieler Sozialisten, dass sie eine Gemeinwirtschaft von der Beseitigung der politischen durch die wirtschaftlichen Funktion erwarten; anstatt umgekehrt eine Einschränkung oder Aufhebung der reinen Wirtschaftsgerechtigkeit durch die politische Macht zu erstreben » ⁽¹⁴³⁾. Der Sozialismus ist für ihn Ausprägung einer nationalen Kulturgemeinschaft ⁽¹⁴⁴⁾. « Kultur ist nur möglich durch gesellschaftliches zusammenwirken, und dieses ist wieder undenkbar ohne einen ordnenden Staatsverband » ⁽¹⁴⁵⁾. Es ist daher eine « demokratische Forderung [...] den Staat als Ausdruck einer nationalen Kulturgemeinschaft aufzubauen » ⁽¹⁴⁶⁾.

Er prägt den Begriff des sozialen Rechtsstaats, den er als Alternative zur liberalen Demokratie wie zur faschistischen Diktatur versteht ⁽¹⁴⁷⁾. Der Staat wird als eine auf Gesellschaft und Ökonomie ausgreifende und diese ordnende und formende « organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit » ⁽¹⁴⁸⁾ verstanden. Dessen Ziel soll sein, « auch die Arbeits- und Güterordnung der materiellen Rechtsstaatsorganisation zu unterwerfen, den liberalen in den sozialistischen Rechtsstaat umzubauen » ⁽¹⁴⁹⁾. « Die so entstandene Staatsverfassung bildet ein Ganzes, in dem Normativität und Normalität, sowie rechtliche und außerrechtliche Normativität im Verhältnis gegenseitiger Ergänzung zueinander stehen » ⁽¹⁵⁰⁾. Dadurch würden Sein und Sollen, Normativität und Normalität miteinander

⁽¹⁴¹⁾ Ebd.

⁽¹⁴²⁾ Ebd., S. 213.

⁽¹⁴³⁾ Ebd., S. 215.

⁽¹⁴⁴⁾ Hermann HELLER, *Sozialismus und Nation* (1925), in DERS., *Gesammelte Werke*, Anm. 131, Bd. 1, S. 437; DERS., *Staat, Nation und Sozialdemokratie*, ebd., S. 527.

⁽¹⁴⁵⁾ HELLER, *Staat, Nation und Sozialdemokratie*, Anm. 144, S. 527, 534.

⁽¹⁴⁶⁾ Ebd., S. 538.

⁽¹⁴⁷⁾ Hermann HELLER, *Rechtstaat oder Diktatur?* (1929/30), in DERS., *Gesammelte Werke*, Anm. 131, Bd. 2, S. 9, 10, 26 (im Original von 1930).

⁽¹⁴⁸⁾ Ebd., S. 228, 238, 241.

⁽¹⁴⁹⁾ Hermann HELLER, *Verfassungsreform*, in DERS., *Gesammelte Werke*, Anm. 131, Bd. 2, S. 416.

⁽¹⁵⁰⁾ HELLER, *Rechtsstaat*, Anm. 147, S. 254.

verbunden und liefen parallel ⁽¹⁵¹⁾. Denn « die rechtlich normierte Verfassung besteht niemals bloß aus staatlich autorisierten Rechtsätzen, sondern bedarf zu ihrer Geltung immer eine Ergänzung durch die nicht normierten und durch die außerrechtlich normierten Verfassungselemente » ⁽¹⁵²⁾.

Der Staat gewährleistet die Freiheit, aber nicht durch Untätigkeit, sondern durch legislatorisches und administratives Handeln. « Erst durch die schützende Macht des Staates wird die gleichmäßige Freiheit der einzelnen gewährleistet » ⁽¹⁵³⁾. Grundrechte sind mehr als sittliche Maximen, denn sie « enthalten elementare Wahrheiten unserer Rechtskultur [...] die programmatischen Bekenntnisgrundlagen des Deutschen Reichs » ⁽¹⁵⁴⁾. Der soziale Rechtsstaat greift die politischen Anliegen breiter Bevölkerungsschichten auf, wie sie sich im demokratischen Prozess artikulierten, und versucht ihnen durch Rechtssetzung nachzukommen und sie zu verwirklichen. Der soziale Rechtsstaat « will somit den reinen Rechtsstaat zum demokratischen sozialen Wohlfahrtsstaat umwandeln, dass er die 'Anarchie' der Produktion durch eine gerechte Ordnung des Wirtschaftslebens zu ersetzen erstrebt und zu diesem Zweck das Privateigentum weitgehend beschränkt. In dieser Entscheidung, die durch den 'Kriegssozialismus' mächtig gefördert und durch die Revolution in Russland, Österreich und Deutschland ihren verfassungsmäßigen Ausdruck gefunden hat, stehen wir mittendrin » ⁽¹⁵⁵⁾. Der soziale Rechtsstaat strebe soziale Homogenität in dem Sinne einer Mediatisierung sozialer Gegensätze an ⁽¹⁵⁶⁾. Die « soziale Demokratie des Proletariats » sei « nichts anderes als die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung » ⁽¹⁵⁷⁾.

Im Hinblick auf die Wirtschafts- und Sozialverfassung der

⁽¹⁵¹⁾ Ebd.

⁽¹⁵²⁾ Ebd., S. 255.

⁽¹⁵³⁾ Hermann HELLER, *Grundrechte und Grundpflichten*, in DERS., *Gesammelte Werke*, Anm. 131, Bd. 2, S. 281, 286.

⁽¹⁵⁴⁾ Ebd.

⁽¹⁵⁵⁾ Ebd., S. 291.

⁽¹⁵⁶⁾ Hermann HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, in DERS., *Gesammelte Werke*, Anm. 131, Bd. 2, S. 421, 428.

⁽¹⁵⁷⁾ HELLER, *Rechtsstaat*, Anm. 147, S. 443, 451.

Weimarer Republik führt Heller aus: « Der letzte Verfassungsabschnitt enthält deshalb, mehr als alle vorherigen, Sätze, die lediglich Programmsätze und noch kein geltendes Recht sind. Er enthält aber zugleich den springenden Punkt in der durchaus ungeklärten, überaus schwierigen Auseinandersetzung zwischen der individualistischen (kapitalistischen) Wirtschaftsauffassung des Bürgertums und der erstrebten sozialistischen Wirtschaftsreform des Proletariats » (158). In ihm gelange die « Unausgeglichenheit der gesellschaftlichen Gegensätze » (159). « Sozialismus ist wirtschaftliche Demokratie, Demokratie besteht aber in der Mitbestimmung der Gewerkschaftsleitung durch den Gewerkschaftler, also auch in ihrer Mitverantwortung » (160).

3.5. *Austromarxismus und Hans Kelsen.*

Hans Kelsens Bedeutung für die rechtstheoretische Debatte in der Weimarer Republik erklärt sich aus den politischen und intellektuellen Strömungen Österreichs, welche die Habsburger Monarchie bis zu ihrem Zerfall und danach bestimmten. Bereits im Ausgang des 19. Jahrhunderts entwickelte sich im Umfeld der Sozialdemokratie ein Kreis von Intellektuellen (Philosophen, Soziologen, Ökonomen und Juristen) — namentlich Karl Renner (161) und Otto Bauer — die mit Hilfe der marxistischen Gesellschaftsanalyse politische Antworten auf die Industrialisierung und die soziale Frage suchten. Die Sozialdemokratie wuchs noch während des Kaiserreichs zur bestimmenden politischen Kraft heran und übernahm in der Republik umfassende sozialpolitische Verantwortung. Der Austromarxismus ist als der Versuch zu verstehen, der sozialpolitischen Praxis mit Hilfe der marxistischen Begriffswelt eine theoretische Erklärung zu geben.

Karl Renner ist mit seiner Schrift « Die Rechtsinstitute des

(158) HELLER, *Grundrechte und Grundpflichten*, Anm. 153, S. 281 ff., 312.

(159) Ebd.

(160) Ebd., S. 315.

(161) Nachmaliger österreichischer Staatskanzler (1920) und Bundespräsident (nach 1945) der Republik Österreich.

Privatrechts und ihre soziale Funktion » (162) hervorgetreten. Sie zeigt, dass Rechtsinstitute — namentlich Eigentum und Vertrag — in unterschiedlichen Wirtschaftsformen eine unterschiedliche soziale Bedeutung annehmen. In dem Maße, wie sich der demokratische Staat der Wirtschaft durch Sozialpolitik rechtsgestaltend annahme, wird diese statt zum Objekt gesellschaftlicher Kräfte zum umfassenden Gegenstand der Politik (163).

Für den Austromarxismus galt, dass « der Staat als Instrument das geeignete Mittel ist, wirksam Sozialismus zu machen » (164). « Sozialismus nennen wir die Gesamtheit der Bestrebungen, die das wirtschaftliche Leben in der Hauptsache zu einer gemeinsam geregelten Sache des gesellschaftlichen Körpers machen will » (165). Dies bedeutete konkret, ohne Unterschied der Nation oder Rasse und des Geschlechts die ökonomische Abhängigkeit der Menschen zu überwinden, die politische Rechtlosigkeit zu beseitigen und das ganze Volk aus der geistigen Verkümmern zu erheben (166). Der Austromarxismus erstrebt — ähnlich wie die deutsche Sozialdemokratie — sozialpolitische Reformen, welche demokratisch von Parlamenten, die aus Wahlen nach dem gleichen Stimmrecht aller Bürgerinnen und Bürger hervorgehen sollen, geschaffen werden sollen. Sie sieht schon in der alten Gesellschaft die neue entstehen und wachsen und ausgebildet in Gewerkschaften, Genossenschaften, der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Demokratie (167).

Stellt die Arbeiterschaft die Mehrheit der Bevölkerung, könnten sich deren Interessen in freien Wahlen durchsetzen. Die politische Macht kann, soll und hat die soziale Macht zu überwinden.

(162) Karl RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Ein Kritik des bürgerlichen Rechts* (veröffentlicht unter dem Pseudonym Joseph Karner).

(163) SCHUMACHER, Anm. 11, S. 114 über Renner.

(164) Karl RENNER, *Die neue Welt des Sozialismus*, Salzburg, 1946, S. 13; ähnlich BERNSTEIN, *Die Voraussetzungen des Sozialismus*, Anm. 11, S. 178: « Die Demokratie ist Mittel und Zweck zugleich. Sie ist das Mittel der Er kämpfung des Sozialismus, und sie ist die Form der Verwirklichung des Sozialismus ».

(165) Max HAUSHOFER, *Der moderne Sozialismus*, Leipzig, 1896, S. 13.

(166) Abschlusserklärung der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei 1889/9 anlässlich ihrer Zusammenkunft in Hainfeld.

(167) SINZHEIMER/FRAENKEL, Anm. 87, S. 301 f.

Darin liegt das Ziel der « demokratischen Republik [...] eine Klassenherrschaft des Proletariats, die aus dem Willen der Mehrheit des Volkes hervorgeht und unter der Kontrolle des allgemeinen und gleichen Wahlrechts eines alle Freiheitsrechte genießenden Volkes bleibt »⁽¹⁶⁸⁾. « Das sozialistische Gemeinwesen wird ein Gemeinwesen von Freien und Gleichen sein [...] Die politische Demokratie soll die Gleichberechtigung im Gemeinwesen und die wirtschaftliche Gleichheit stützen. Die sozialistische Demokratie ist die Organisationsform einer Gesellschaft, in der es keine sozialen Klassen und daher keinen Klassenstaat mehr gibt »⁽¹⁶⁹⁾. Die auf der Basis von Freiheit und Gleichheit errichtete Demokratie bewirkt, dass « die politische Selbstbestimmung des Volkes zur Selbstbestimmung in seinem Arbeitsprozess erweitert »⁽¹⁷⁰⁾ wird.

Für Karl Renner ist die « organisierte Gesellschaft [...] nicht die anarchische Summierung von Individuen, sondern ihre Verschmelzung in einem Gesamtwillen »⁽¹⁷¹⁾. « Der Staat wird der Hebel des Sozialismus werden »⁽¹⁷²⁾. Schon in der Endphase des Kapitalismus sei es zur « Demokratisierung der Wirtschaft » gekommen; « Privatbesitz und Privatarbeit nehmen immer mehr den Charakter öffentlichen Gutes und öffentlichen Dienstes an »⁽¹⁷³⁾. Die kapitalistische Gesellschaft erfahre die « Umformung des Individualkapitals zur gesellschaftlichen Anstalt »⁽¹⁷⁴⁾. Die umfassende demokratische Beteiligung der Bevölkerung an der Gesetzgebung sichere deren Autonomie: « Der Kern der Freiheitsidee, der 'Freiheit der Gesellschaft' ist hier in der politischen Freiheit, in der

⁽¹⁶⁸⁾ Otto BAUER, in *Austromarxismus. Texte zu Ideologie und Klassenkampf von Otto Bauer, Max Adler, Karl Renner, Sigmund Kunfi, Bela Fogarasi und Julius Lengyel*, Hans-Jörg Sandkühler, Rafael de la Vega (Hg.), Frankfurt/Main, 1970, S. 98, 107; ähnlich BERNSTEIN, *Die Voraussetzungen des Sozialismus*, Anm. 11, S. 180: « Die Demokratie ist prinzipiell die Aufhebung der Klassenherrschaft, wenn sie auch noch nicht die faktische Aufhebung der Klasse ist ».

⁽¹⁶⁹⁾ Otto BAUER, *Demokratie und Sozialismus* (1934), in DERS., *Werkausgabe*, Bd. 9, Wien, 1980, S. 377, 391.

⁽¹⁷⁰⁾ Ebd., S. 394.

⁽¹⁷¹⁾ Karl RENNER, *Probleme des Marxismus*, in Sandkühler/de la Vega (Hg.), Anm. 168, S. 263, 281.

⁽¹⁷²⁾ Ebd., S. 286.

⁽¹⁷³⁾ Ebd.

⁽¹⁷⁴⁾ Karl RENNER, *Arbeit und Kapital*, Wien, 1953, S. 78.

gleichberechtigten Mitbeteiligung an dem Gesamtwillen und in der Mitkontrolle in seiner Durchsetzung gelegen » (175). Eigentum werde durch « sorgfältige Gesetzgebung » geformt, « im Geist einer Ökonomie, die nicht auf Privatakkumulation durch Einzelne, sondern auf Bedarfsdeckung im Dienst der Massen ausgerichtet ist. Diese Umkehr aller Dinge in ihr Gegenteil ist wahrhaftig eine vollkommene Revolution [...]. Im Sinne der Verwirklichung des Menschenrechts im Wege des Staates » (176).

Hans Kelsen (177) hat in der Debatte um die sozialstaatliche Transformation eine Sonderrolle inne. Zwar nahm er diese Veränderungen durchaus wahr und billigte sie auch, sah in ihnen aber keine prinzipiellen Veränderungen. Dies folgte aus seinen Bemühungen um das « reine Recht » (178) — in der er das Recht weithin losgelöst von jeder inhaltlichen Prägung zu erfassen suchte und das Völkerrecht und das staatliche Recht als Einheit verstand, wobei ersterem die Priorität zukomme. Solches Rechtsdenken ist auf die Form des Rechts ausgerichtet; in einem solchen Denken treten die Inhalte von Recht in den Hintergrund. Allerdings nahm Kelsen in den Debatten um die Demokratie, die Freiheit und die Gerechtigkeit profiliert und fundiert Stellung. Seine Beobachtungen tragen daher auch zur Klärung des sozialstaatlichen Rechts Wichtiges bei.

So verweist er auf den inneren Widerspruch der Demokratie, auf den Gesamtwillen zu zielen, indes Freiheit und damit das

(175) Ebd., S. 76; ähnlich BERNSTEIN, *Die Voraussetzungen des Sozialismus*, Anm. 11, S. 180: « Das Wahlrecht der Demokratie macht den Inhaber zu einem Teilhaber am Gemeinwesen, und diese individuelle Teilhaberschaft muss auf die Dauer zur tatsächlichen Teilhaberschaft führen ».

(176) Ebd., S. 79.

(177) Hans Kelsen (1881-1973) war als enger Berater des Staatskanzlers Karl Renner einer der Architekten der österreichischen Bundesverfassung, die als erste die verfassungsgerichtliche Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebung vorsah, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht in Wien und Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof, 1930 Professor in Köln, 1933 Exil und Lehre in Genf und Prag, 1940 Lecturer in Harvard (Cambridge, Mass.) und seit 1942 Professor in Berkeley (Horst DREIER, *Hans Kelsen (1881-1973): „Jurist des Jahrhunderts?“*, in Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hg.), Anm. 82, S. 705).

(178) Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), Wien, 1960².

Gegenteil von sozialer Bindung zu wollen ⁽¹⁷⁹⁾. Er hält auch eine soziale Demokratie für möglich: Denn soziale Gleichheit sei auch in autoritären Staaten möglich; « der Freiheitswert und nicht der Gleichheitswert ist es, der die Idee der Demokratie in erster Linie bestimmt » ⁽¹⁸⁰⁾. « Demokratie ist die politische Form des sozialen Friedens, des Ausgleichs der Gegensätze, der gegenseitigen Verständigung auf der mittleren Linie » ⁽¹⁸¹⁾. Und sie präge eine Gesellschaft über das Politische hinaus. « Nur bei Garantie der « politischen Selbstbestimmung » ist auch die geistige Freiheit sicher; fehle jene verschwinde auch diese ⁽¹⁸²⁾. Für die Demokratie sei auch nicht die wirtschaftliche, sondern die geistige Freiheit zentral ⁽¹⁸³⁾.

Hans Kelsen hält dem Marxismus entgegen, keine angemessenen Begriff von Freiheit und Recht entwickelt zu haben: « In dem Postulat einer staatsfreien, solidarischen, auf Freiwilligkeit gegründeten Zukunftsorganisation stimmt der marxistische Sozialismus völlig mit dem Gedanken des Anarchismus überein » ⁽¹⁸⁴⁾. Diese Sicht verfehlt jedoch die freiheitssichernde Rolle von Recht: « Die Freiheit von normativer Ordnung muss zur Freiheit unter normativer Ordnung, die individuelle Freiheit zu sozialer Freiheit werden » ⁽¹⁸⁵⁾. « Das Postulat der Ungebundenheit wird zur Freiheit der Selbstbindung oder Selbstbestimmung » ⁽¹⁸⁶⁾. Staat, Recht und Gesellschaft dürften nicht als voneinander getrennt, sondern sollten vielmehr umgekehrt als miteinander verbunden und damit eine als Einheit betrachtet werden: der soziale Staatsbegriff, der den Staat

⁽¹⁷⁹⁾ Hans KELSEN, *Demokratie* (1926), in DERS., *Demokratie und Sozialismus*, Anm. 36, S. 11, 16.

⁽¹⁸⁰⁾ Ebd., S. 36.

⁽¹⁸¹⁾ KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, Anm. 36, S. 60, 64.

⁽¹⁸²⁾ Ebd., S. 67.

⁽¹⁸³⁾ Hans KELSEN, *Demokratie und Sozialismus*, in DERS., *Demokratie und Sozialismus*, Anm. 36, S. 170, 177.

⁽¹⁸⁴⁾ Hans KELSEN, *Marx oder Lassalle*, in DERS., *Demokratie und Sozialismus*, Anm. 36, S. 137, 139.

⁽¹⁸⁵⁾ Hans KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in DERS., *Reine Rechtslehre*, Anm. 178, S. 357, 388.

⁽¹⁸⁶⁾ Ebd., S. 389.

als Verband begreife, sei identisch mit dem juristischen Staatsbegriff, der den Staat als Körperschaft betrachte ⁽¹⁸⁷⁾.

Gerechtigkeit und Gleichheit seien Postulate von nur schwachem Gehalt: « Die Gerechtigkeitsnorm, dass alle Menschen gleich behandelt werden sollen, sagt nichts darüber aus, welches der Inhalt der gleichen Behandlung sein soll, und setzt daher, wenn überhaupt angewendet zu werden, eine Norm voraus, die diesen Inhalt bestimmt » ⁽¹⁸⁸⁾. Die Forderung nach Gleichbehandlung des Gleichen und Ungleichbehandlung des Ungleichen sei zirkulär und inhaltsleer, weil kein Gebot der Ethik, sondern der Logik — da unmittelbare « logische Konsequenz des generellen Charakters der Norm » ⁽¹⁸⁹⁾. Recht schaffe also lediglich eine « relative Gerechtigkeit », « die in jeder positiven Rechtsordnung und in dem von ihr mehr oder weniger gesicherten Friedens- und Sicherheitspotential erblickt werden kann » ⁽¹⁹⁰⁾.

3.6. *Rudolf Smend.*

Für Rudolf Smend (1882-1975) ⁽¹⁹¹⁾ wendet sich gegen den Formalismus in der Staatsrechtslehre und entwickelte unter Anleihen bei Hegel eine « geisteswissenschaftliche Methode ». Danach sei auch der Staat als « Teil der geistigen Wirklichkeit » ⁽¹⁹²⁾ zu verstehen. Das Politische handle davon, wie « der Staat zur Einheit, zu einem eigentümlichen Wesen, zum Ganzen integriert wird » ⁽¹⁹³⁾. Der Einzelne wird durch die Grundrechte und das Wahlrecht mit ihm verbunden; dieser ist dadurch zu einer auf Einfluss und Teil-

⁽¹⁸⁷⁾ HANS KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, 1928², S. 121 ff.

⁽¹⁸⁸⁾ KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Anm. 185, S. 391.

⁽¹⁸⁹⁾ Ebd., S. 396.

⁽¹⁹⁰⁾ Ebd., S. 401.

⁽¹⁹¹⁾ Professor in Greifswald, Tübingen, Bonn, Berlin und Göttingen; Begründer der Integrationslehre in DERS., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig, 1928 (Peter BADURA, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre*, in « Der Staat », 1977, S. 305; Konrad HESSE, *In memoriam Rudolf Smend*, in DERS., *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, S. 573).

⁽¹⁹²⁾ SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Anm. 191.

⁽¹⁹³⁾ RUDOLF SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsrecht und das Problem der Staatsform* (1923), in DERS., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1955, S. 68, 85.

habe der Bürger ausgerichteten Lebensform geworden. Integration ist der «Gedanke des sittlich an den Staat gebundenen Bürgers»⁽¹⁹⁴⁾. Der Staat beruht auf Integration⁽¹⁹⁵⁾, die er in die persönliche, funktionale und sachliche Integration unterscheidet. Integration verbürgt Führung⁽¹⁹⁶⁾, Verfahren und stiftet eine staatliche Lebensgemeinschaft als «Werkgemeinschaft der Kultur»⁽¹⁹⁷⁾. «Als positives Recht ist die Verfassung nicht nur Norm, sondern auch Wirklichkeit; als Verfassung ist sie integrierende Wirklichkeit»⁽¹⁹⁸⁾. Diese «Wirklichkeit» werde durch das «Verfassungsleben»⁽¹⁹⁹⁾ immer wieder neu hergestellt. «Indem sie den Einzelnen voranstellt und in das durchaus immanent verstandene Verfassungsleben des Staates einordnet, ist sie (die Integration. E.E.) ein Modell streng demokratischen Denkens»⁽²⁰⁰⁾.

Die Reichsgründung von 1871 versteht er demgemäß als das «Ereignis, in dem das deutsche Bürgertum und der deutsche Staat einander endgültig gefunden haben»⁽²⁰¹⁾. «Wenn die Verfassung dem Arbeiter die Koalitionsfreiheit und eine Reihe anderer sozialer Rechte und Sicherungen gewährleistet, so ist das zunächst nicht sozialpolitisch, sondern verfassungspolitisch gemeint: in einem Staat der breitesten demokratischen Grundlage ist die verfassungsgemäße Mitbestimmung der Arbeiterschaft doch nur gesichert, wenn sie nicht nur formal demokratisch stimmberechtigt, sondern auch sozial in der Lage freier aktiver demokratischer Staatsbürger ist»⁽²⁰²⁾.

3.7. *Die verbindende Vision eines Sozialstaats.*

Die Idee der Solidarität als Basis einer arbeitsteiligen Gesellschaft, die Abhängigkeiten und Rechte und daraus erwachsende

⁽¹⁹⁴⁾ Rudolf SMEND, *Bürger und Bourgeois im heutigen Staatsrecht*, in DERS., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Anm. 193, S. 309, 322.

⁽¹⁹⁵⁾ SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Anm. 191, S. 25 ff.

⁽¹⁹⁶⁾ Ebd., S. 43, 54.

⁽¹⁹⁷⁾ Ebd., S. 45.

⁽¹⁹⁸⁾ Ebd., S. 82.

⁽¹⁹⁹⁾ Ebd., S. 81.

⁽²⁰⁰⁾ Rudolf SMEND, *Integrationslehre*, in *Evangelisches Staatslexikon*, Berlin, 1975², Sp. 1024, 1027.

⁽²⁰¹⁾ SMEND, *Bürger und Bourgeois im heutigen Staatsrecht*, Anm. 194, S. 310.

⁽²⁰²⁾ Ebd., S. 319.

Pflichten hervorbringt, war zu vor bereits in Frankreich — namentlich in den Schriften von Léon Duguit ⁽²⁰³⁾ vorgedacht. Am Ende standen drei Leitideen sozial gestaltenden Rechts: Recht und Wirklichkeit sind zwar getrennt, aber miteinander verbunden, Recht hat Gesellschaft im Zeichen der Freiheit zu gestalten; es überwindet damit Individualismus und Kollektivismus durch Solidarismus. In dieser geistigen Tradition stehen auch die hier dargestellten Verfechter des sozialen Rechts in Deutschland. Sie trennt ihre geistige und ideologische Position, aber sie verbindet die Loyalität zur Republik von Weimar und die Einsicht, dass die aus dem 19. Jahrhundert überkommene liberale Ordnung nur durch Reformen, namentlich im Hinblick auf die Einbeziehung der Arbeiterschaft und eine deren gesellschaftliche Interessen befördernde Rechtssetzung gelingen kann.

Ihre Analysen nehmen die politischen Änderungen in unterschiedlichem Umfang und verschiedener Intensität und Aktualität auf und sie bestimmen auch das Recht höchst verschieden. Ferner sind ihre Vorstellungen von der konkreten Ausgestaltung einer auf den Freiheiten der Menschen aufbauenden sozialen Ordnung nicht deckungsgleich. Aber sie stimmen in der thematischen Annäherung an ihren Gegenstand überein.

Sie zeichnen übereinstimmend das Bild von einem aktiv sozial gestaltenden Staat, der die Unterschiede in der gesellschaftlichen Stellung der Menschen nicht als Vorgegebenheit und Unabänderlichkeit wahrnimmt, sondern diese durch Recht zu vermindern und überwinden hat. Um dies zu sichern, bedarf es kollektiver Organisationen, welche nicht nur Solidargemeinschaften schaffen, sondern darin auch Rechte und Pflichten begründen. Eine solche Sozialpolitik ist nicht auf die Überwindung des Privateigentums an Produktionsmitteln aus, wohl aber an dessen Sozialbindung im Interesse der Arbeitnehmer und der gesamten Bevölkerung. Die alle Sozialpolitik leitenden Vorstellungen sind auf die Stärkung der individuellen Freiheiten aller Menschen ausgerichtet und auszurichten, deren Verwirklichung statt staatlicher Untätigkeit ein auf die Begrün-

⁽²⁰³⁾ Dieter GRIMM, *Solidarität als Rechtsprinzip*, Frankfurt/Main, 1973.

dung sozialer Rechte legislatorisches und administratives Handeln erfordert.

4. *Kritiker.*

4.1. *Karl Korsch.*

Karl Korsch⁽²⁰⁴⁾ begann vor dem 1. Weltkrieg als ein sich von der Fabian Society angezogener sozialreformerischer Denker⁽²⁰⁵⁾. Er würdigte deren Kritik an den Zuständen der englischen Gesellschaft und deren im pragmatischen Geist an konkreten Verbesserungen ausgerichteten undogmatischen Reformsinn, der schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu Arbeitslosenversicherung und Mindestlöhnen führte. Er bewunderte die englische Debattenkultur und sah England als Land an, das ein von äußeren Einflüssen materieller und geistiger Art freies, selbstbestimmtes und tätiges Leben durch eine durch Politik und Sozialgesetzgebung umfassend gesicherten positiven Freiheit ermögliche⁽²⁰⁶⁾.

Unter dem Einfluss des ersten Weltkrieges und nach einem Engagement in der KPD der Weimarer Republik bekämpfte er die Sozialreform als Revisionismus, weil Abkehr vom Marxismus: Für ihn war, solange das Privateigentum an Produktionsmittel fortbestand, eine Politik zugunsten der Arbeiterklasse illusorisch; auch die Sozialgesetzgebung und die Tarifpolitik der Weimarer Republik änderten daran nichts⁽²⁰⁷⁾. Die Sozialdemokratie sei zur « kleinbürgerlichen Reformpartei »⁽²⁰⁸⁾ verkommen; die kapitalistische Ge-

⁽²⁰⁴⁾ Karl Korsch (1886-1961) war als bekennender Marxist und KPD-Politiker Professor an der Universität Jena, für wenige Woche Justizminister Thüringens und in der KPD aktiv auf einem Minderheitenflügel; Emigration nach England und den USA, Seattle.

⁽²⁰⁵⁾ Karl KORSCH, *Die Fabian Society*, in DERS., *Recht, Geist und Kultur, Schriften 1908-1918*, Frankfurt/Main, 1980, Bd. 1, S. 307.

⁽²⁰⁶⁾ Karl KORSCH, *Die Kultur des modernen England*, in DERS., *Schriften*, Anm. 205, Bd. 1, S. 489 ff.

⁽²⁰⁷⁾ Karl KORSCH, *Die materialistische Geschichtsauffassung*, Frankfurt/Main, 1994; DERS., *Karl Marx*, Frankfurt/Main, 1969.

⁽²⁰⁸⁾ Karl KORSCH, *Zur Geschichte der sozialdemokratischen Parteiprogramme*, in DERS., *Rätebewegung und Klassenkampf. Schriften zur Praxis der Arbeiterbewegung*

sellschaft folge « gesellschaftlichen Naturgesetzen »⁽²⁰⁹⁾; diese substantiell verändern zu können, sei die Illusion « utopischer Sozialisten und Sozialreformer », welche aber nur « eine bessere Organisation des Kapitalismus »⁽²¹⁰⁾ bewirkten. Der von Hugo Sinzheimer formulierten These, die Betriebsverfassung habe « Wirtschaftsuntertanen » zu « Wirtschaftsbürger » gemachte, hielt er schroff entgegen, solche Ansicht offenbare die « Falschheit, Schiefheit und Vulgarität der Sinzheimerischen Ökonomie, Politik und Jurisprudenz »⁽²¹¹⁾.

4.2. *Carl Schmitt.*

Carl Schmitt⁽²¹²⁾ bestimmte schon in seiner Habilitationsschrift⁽²¹³⁾ den Staat als « das einzige Subjekt des Rechtsethos: das Individuum aber [...] verschwindet, um vom Staat [...] erfasst zu werden und selbst seinen Sinn in einer Aufgabe und seinen Wert in dieser abgeschlossenen Welt nach ihren eigenen Normen zu empfangen ». Der Staat wird als Imperator verstanden⁽²¹⁴⁾. Der Staat ist « vor dem Individuum da und wie sich die Kontinuität des Staates aus dem Recht ergibt, so folgt die Kontinuität des Individuums, das im Staat lebt, nur aus dem Staat »⁽²¹⁵⁾.

In der Weimarer Republik sprach er dem Liberalismus die Überzeugungskraft als Grundlage der Verfassung ab. Ihm fehle jede Vorstellung von den Staatszwecken, die über die Erhaltung und

1919-1923, Bd. 2, Frankfurt/Main, 1980, S. 259 ff.; DERS., *Die materialistische Geschichtsauffassung. Eine Auseinandersetzung mit Karl Kautsky*, Frankfurt/Main, 1971.

⁽²⁰⁹⁾ KORSCH, *Karl Marx*, Anm. 207, S. 102.

⁽²¹⁰⁾ Ebd., S. 103.

⁽²¹¹⁾ Karl KORSCH, *Der tote Sinzheimer und der lebendige Marx*, in DERS., *Schriften*, Anm. 205, Bd. 2, S. 537, 540.

⁽²¹²⁾ Carl Schmitt (1888-1985) Professor in Greifswald, Bonn, der Handelshochschule Berlin, 1933 in Köln (folgt dort Hans Kelsen nach), dann Universität Berlin, 1933 preußischer Staatsrat und Leiter der Reichsfachgruppe Hochschullehrer im Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen, Herausgeber der « Deutschen Juristenzeitung », 1945 amtsenthoben und wirkte seitdem in Plettenberg (Sauerland).

⁽²¹³⁾ Carl SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Hellerau, 1917, S. 2 f.

⁽²¹⁴⁾ Ebd., S. 75.

⁽²¹⁵⁾ Ebd., S. 85.

Förderung des Nutzens Einzelner hinausgehe ⁽²¹⁶⁾. Der Parlamentarismus beruhe auf der überholten Auffassung einer Regierung durch öffentliche Auseinandersetzung. Der Parteienstaat diene primär der Bestenauslese, überzeuge in seinen Ergebnissen dabei aber nicht. Die Wahlen beruhen auf Propaganda und an die Stelle öffentlicher Beratung sei die Entscheidung in geheimen Sitzungen getreten ⁽²¹⁷⁾. «Der demokratische Begriff der Gleichheit ist ein politischer Begriff und nimmt, wie jeder politische Begriff, auf die Möglichkeit der Unterscheidung Bezug. Die politische Demokratie kann daher nicht auf der Unterschiedslosigkeit aller Menschen beruhen, sondern nur auf der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Volk, wobei diese Zugehörigkeit [...] durch sehr verschiedene Momente (Vorstellungen gemeinsamer Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal und Tradition) bestimmt sein kann» ⁽²¹⁸⁾. Gleichbehandlung von Fremden sei nur denkbar als «Konsequenzen allgemeiner liberaler Freiheitsrechte» aber nicht in politischen Angelegenheiten ⁽²¹⁹⁾. «Die demokratische Gleichheit ist also eine substantielle Gleichheit» ⁽²²⁰⁾. «Zur Demokratie gehört [...] notwendig erstens Homogenität und zweitens — notfalls — die Ausscheidung, also Vernichtung des Heterogenen» ⁽²²¹⁾. Sie beruhe auf der «Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden» ⁽²²²⁾.

Als Interpret der Weimarer Reichsverfassung entdeckte er in dieser «bürgerlich-individualistische Garantien von persönlicher Freiheit und Privateigentum, sozialistische Programmsätze und katholisches Naturrecht» in einer «oft etwas wirren Weise miteinander vermengt» ⁽²²³⁾. Er sah in ihr einen echten Kompromiss zwi-

⁽²¹⁶⁾ Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, 1963 (Nachdruck Berlin, 1987), S. 68.

⁽²¹⁷⁾ Carl SCHMITT, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, in DERS., *Positionen und Begriff im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, Berlin, 1939, S. 52 ff.

⁽²¹⁸⁾ Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, Leipzig, 1928, S. 227.

⁽²¹⁹⁾ Ebd.

⁽²²⁰⁾ Ebd., S. 228.

⁽²²¹⁾ SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Anm. 216, S. 59.

⁽²²²⁾ SCHMITT, *Verfassungslehre*, Anm. 218, S. 234.

⁽²²³⁾ SCHMITT, *Der Gegensatz von Parlamentarismus*, Anm. 217., S. 30.

schen einer bürgerlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung und Sozialreformen und gleichzeitig die erklärte Absage an jegliche Sozialisierung. Die Weimarer Reichsverfassung sei ein « Kompromiss liberaler, demokratischer und sozialistischer Ideen » (224). Grundrechte seien im « eigentlichen Sinne [...] nur individualistische Freiheitsrechte, nicht soziale Forderungen » (225). Grundrechte dürften sich auch nicht in ins Politische eingreifen, andernfalls wären sie « keine Freiheitsrechte im Sinne des liberalen Rechtsstaats » (226). Deshalb sei die Koalitionsfreiheit nicht ein Grundrecht, sondern stattdessen « die ungehinderte Ausnutzung sozialer Macht durch soziale Organisationen » (227). Grundrechte seien nur solche Rechtspositionen, die einen gesetzlichen Eingriff ausschließen, nicht aber solche, die « nach Maßgabe des Gesetzes » zu gewährleisten seien (228).

Die « sozialistischen Rechte des Einzelnen auf positive Leistungen des Staates [...] können nicht unbegrenzt sein, denn jedes Recht auf die Leistungen eines Anderen ist begrenzt, jedenfalls aber ein Recht Aller auf Leistungen des Staates. Derartige Rechte setzen eine staatliche Organisation voraus, welcher der berechtigte Einzelne eingefügt wird. Dadurch ist sein Recht bereits relativiert. Es ist berechtigt und zwar von einer das Individuum erfassenden, ihm seinen Platz anweisenden, seinen Anspruch zumutenden und rationierenden Organisation. Wenn ein Verfassungsgesetz das 'Recht auf Arbeit' proklamiert, so kann damit kein prinzipiell unbegrenzttes Recht gemeint sein. Ein solches 'Recht auf Arbeit' kann nur in einem System der Organisationen, Meldungen, äußerlichen Unterweisungen, Arbeitsnachweisen, Arbeitsanweisungen und Pflichten zur Leistung angewiesener Arbeit bestehen, als organisierte Fürsorge oder in der Form einer Arbeitsvermittlung oder Arbeitslosenversicherung » (229). Im Hinblick auf die sozialen Grundrechte der WRV gelangt er damit zu dem Schluss: « Seiner logischen und juristischen

(224) Ebd., S. 36.

(225) Ebd., S. 164.

(226) Ebd., S. 165.

(227) Ebd., S. 166.

(228) Ebd.

(229) Ebd., S. 169.

Struktur nach steht ein solches Recht in einem Gegensatz zu den echten Grund- und Freiheitsrechten, und es ist daher irreführend, hier unterschiedslos von 'Grundrechten' zu sprechen »⁽²³⁰⁾. Diese Deutung hat sich in der deutschen Nachkriegsdebatte auch unter dem GG als nahezu einmütig vertretene Auffassung zu den sozialen Grundrechten entwickelt, welche die Weimarer Gegenentwürfe nicht einmal wahrnahm.

Mit der Machtübernahme der NS- Regierung wurde Carl Schmitt einer ihrer entschiedenen Verfechter. Schon 1933 formulierte er: « Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln [...] sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließend maßgebend »⁽²³¹⁾. Er hielt bisherigem Rechtsdenken « Normativismus » und « Formalismus » entgegen und postulierte für die NS-Zeit die Einheit von Recht, Moral und Sitte⁽²³²⁾. « Das gesamte heutige deutsche Recht [...] muss ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein. Jede Auslegung muss eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein [...] In einem Gemeinwesen, das den Staat als Mittel der nationalsozialistischen Weltanschauung ansieht, ist das Gesetz Plan und Wille des Führers »⁽²³³⁾. Er entwickelte das « konkrete Ordnungsdenken » — die Vorstellung, dass alle sozialen Ordnungen « ihr inneres Recht mit sich » brächten⁽²³⁴⁾. Er postuliert, Person und Volksgenosse, Rechtsfähigkeit und Rassenzugehörigkeit sollen als zusammengehörig gedacht werden⁽²³⁵⁾. Nach 1945 versucht er sich an einer Grundlagenbetrachtung über das Verhältnis von Recht, Wirtschaft und Verteilung, kam dabei aber über sehr allge-

⁽²³⁰⁾ Ebd.

⁽²³¹⁾ Carl SCHMITT, *Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis*, DR 1933, S. 201.

⁽²³²⁾ RÜTHERS, *Das entartete Recht*, Anm. 105, S. 21 ff.; Otto KIRCHHEIMER, *Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus* (1941), in DERS., *Funktionen des Staates und der Verfassung. Zehn Analysen*, Frankfurt/Main, 1972, S. 115: Recht wird getragen von der Vorstellung einer « technischen Rationalität » als einer « einwandfrei arbeitenden, wenn auch komplizierten Maschine », S. 131 f.; dieses verdrängte alle individuellen Rechte und zerstörte gleichermaßen Recht und Moral.

⁽²³³⁾ Carl SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, DR 1936, S. 181, 184.

⁽²³⁴⁾ Carl SCHMITT, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, DR 1934, S. 225, 228.

⁽²³⁵⁾ Carl SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, JW 1934, S. 713, 717.

meine Aussage — namentlich dass die Wirtschaft die Produktion zu vergrößern und das Soziale die Teilhabe zu vertiefen suche, nicht hinaus ⁽²³⁶⁾.

4.3. *Kritiker des Weimarer Sozialstaats von links und rechts.*

Die linken und rechten Kritiker des Sozialstaats eint zunächst die Verachtung für die liberale Gesellschaft und ihre sozialreformerischen Bestrebungen zu deren Fortentwicklung und Überwindung. Ihnen fehlt auch ein angemessenes Verhältnis zum Recht und der durch es geregelten Gesellschaft.

Die linke Kritik am Sozialreformismus ist auf die Eigentumsordnung der kapitalistischen Gesellschaft und damit ökonomistisch fixiert. Sie vermag nicht die gesellschaftliche Bedingtheit und die rechtliche Gestaltbarkeit von Eigentum und Unternehmensverfassung zu begreifen. Die von rechts kommende Kritik am Sozialstaat lässt sich auf die durch die Sozialreform auslösenden sozialen Fragen und die durch sie angestrebten Veränderungen nicht ein, sondern pflegt und kultiviert zu den Ansätzen ein bewusst distanzierendes Verhältnis. Darüber hinaus verkehrt sie deren Ansätze in das genaue Gegenteil des Beabsichtigten. So wird die gewerkschaftliche Gegenmacht zur angeblich unkontrollierten und daher verwerflichen gesellschaftlichen Macht umgedeutet und das auf Teilhabe an der die Lebensführung sichernden Arbeit und das hierauf gerichtete Menschenrecht als Bündel von Zumutungen und bürokratischer Fremdbestimmung in seinem partizipatorischen Gehalt verfehlt — ganz ebenso wie die stets auf Verwirklichung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung angewiesenen Grundrechte zum verstaatlichten Refugium vorgeblich vorstaatlicher, in Wirklichkeit aber stets durch den Staat zu sichernder Autonomie missdeutet werden.

Die in einer Gesellschaft angelegten sozialen Konflikte werden durch abstrakte Postulate wie Homogenität des Volkes und Identität von Regierenden und Regierten überspielt. Der Demokratie-Begriff ist durchweg fiktiv und hat keinerlei Bezug zu Parteien, Repräsentation und Macht- und Interessenunterschieden. Das Pos-

⁽²³⁶⁾ Carl SCHMITT, *Nehmen/Teilen/Weiden*, in DERS., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1980, S. 489, 491, 496.

tulat von der Homogenität des Volkes wird vor diesem Hintergrund ideologisch, fiktiv und ohne jegliche sachliche Aussage. Die in der Theorie bereit gestellten Begriffe zeichnen keine Wirklichkeit, sondern postulieren eine neue Wirklichkeit, die in ihren Inhalten und Umrissen unklar und inhaltsleer bleibt. Eine solche vorgebliche Deutung entfaltet keinerlei Einsichten; sie entbehrt daher jeglicher Grundlage.

5. *Vision nimmt Gestalt an.*

Die Weimarer Republik war eine kurze, dichte, bedeutsame, höchst moderne und doch überaus tragisch und verhängnisvoll endende Epoche der deutschen Geschichte. Sie stellt sich nicht nur in der Rückschau als eine Umbruchphase dar. Die damaligen Juristen habe die Diskussion über die gedanklichen Grundlagen des Sozialrechts und die es tragende Rechtsordnung auf ein neues hohes intellektuelles Niveau gehoben, welche in der Diskussion nach 1945 nicht fortgeführt wurde. Was den Sozialstaat prägt und auszeichnet, lässt sich aus den Debatten erschließen, die damals anlässlich seiner Herausbildung geführt wurden. Sie nimmt die sozialdemokratische Zukunft vorweg, die sich nach dem Zweiten Weltkrieg dann in Gestalt einer sich auf Konsum, Vollbeschäftigung und sozialer Sicherheit ausrichtenden Nachkriegsgesellschaft zeigte ⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁷⁾ Tony JUDT, *Geschichte Europas von 1945 bis zur Gegenwart*, Frankfurt/Main, 2012⁴, Kap. XI, S. 399 ff.

IRENE STOLZI

POLITICA SOCIALE E REGIME FASCISTA:
UN'IPOTESI DI LETTURA

1. Questione sociale-politica sociale: il secolo nuovo. — 2. Stato sociale, Stato totale. —
3. Scienza del diritto e dilemmi corporativi.

1. *Questione sociale-politica sociale: il secolo nuovo.*

Nel 1929, inaugurando le pubblicazioni di *Politica sociale*, Giuseppe Bottai illustrava le ragioni che, a suo dire, giustificavano (quasi imponevano) la nascita di quel foglio dal volto dichiaratamente militante ⁽¹⁾: l'utilità di un riferimento specifico al lato sociale della politica; l'esigenza di superare l'« astratto tecnicismo » ⁽²⁾ e, con esso, il metodo « frigidamente giuridico » ⁽³⁾ che caratterizzava il discorso della maggioranza della scienza del diritto; infine, attraverso il sarcastico richiamo a una rivista dal nome (solo apparentemente) affine — *Critica sociale* di Filippo Turati — Bottai contrapponeva la vocazione costruttiva del fascismo al volto demolitivo e all'« impotenza congenita » della riflessione di ispirazione marxista ⁽⁴⁾. A essere identificate erano dunque le condizioni ritenute

⁽¹⁾ Più di un indice deponeva a favore del carattere *engagé* della rivista diretta da Renato Trevisani: le uscite ravvicinate (mensili o bimestrali) utili a seguire e incalzare il dibattito sulla politica sociale; le caratteristiche degli articoli ospitati, sempre brevi; lo spazio dato sia a nomi di spicco della cultura 'alta' che a voci meno auliche ma assai efficaci nel perorare la causa del fascismo; la frase di Mussolini riprodotta in ogni frontespizio della Rivista (« La legislazione sociale del fascismo è la più avanzata del mondo »).

⁽²⁾ G. BOTTAI, *Politica sociale*, in « *Politica sociale* », I (1929), I-II, p. 2.

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ « Nel 1921 — queste le parole di Bottai — Filippo Turati compendiando sei lustri della sua trista fatica sotto il titolo 'Trent'anni di critica sociale' non dimostrava di

indispensabili a doppiare un duplice traguardo: rispondere ai richiami del tempo nuovo, di un tempo che imponeva di disegnare su basi inedite la relazione tra Stato e società; e rispondervi con modalità che valessero a suffragare l'inconfondibile originalità delle soluzioni fasciste.

In tale prospettiva, sostenere l'opportunità di un'enucleazione autonoma del concetto di politica sociale non sembrava servisse a ritagliare uno spazio proprio, protetto, a questo lato dell'agire pubblico; piuttosto, serviva a sostenere un'opposta esigenza inclusiva, l'esigenza, cioè, di collocare la politica sociale tra gli snodi nevralgici, irrinunciabili, della visione novecentesca di ordine. Se infatti la funzione precipua a essa attribuita — mirare « alla tutela e all'incremento degli elementi di unità e di forza e alla lotta contro i fattori di disintegrazione e di dissolvimento » ⁽⁵⁾ — poteva dirsi connaturata alla nozione stessa di politica sociale e perciò capace di legare tempi e regimi assai distanti, l'incontro col XX secolo conferiva una peculiare caratterizzazione a questa più comprensiva vocazione anticonflittuale. In particolare, ad apparire sempre meno praticabili erano le strade che avevano permesso di scorgere negli interventi rivolti al sociale delle risposte, se non direttamente « funzionali alla riproduzione dell'ordine esistente » ⁽⁶⁾, certo compatibili con le sue caratteristiche di fondo. Mentre il Novecento, nel momento stesso in cui segnalava la fragilità di molte delle risorse utilizzate per rendere possibile tale conciliazione, pareva attribuire alla politica sociale il ruolo, più impegnativo, di dimensione chiamata a partecipare fin dall'inizio, fin dalla posa dei primi mattoni, alla (ri)costruzione di un ordine che stentava a riconoscersi nelle coordinate tradizionali.

accorgersi, interessato contabile del marxismo, del disastro passivo del suo bilancio. Eppure la ragione prima del fallimento era nell'insegna stessa dell'azienda: 'Critica sociale', sgretolamento di un ordine costituito, per quanto sempre più incerto e debole, senza una contemporanea effettiva sostituzione di un ordine nuovo; mostruoso baloccamiento di un'impotenza congenita, paludata di cerebralismo dottrinario d'impura sorgente internazionalistica. Alla negazione e alla distruzione, il Fascismo ha opposto la forza concreta delle sue realizzazioni » (ivi, pp. 3-4).

⁽⁵⁾ Ivi, p. 1.

⁽⁶⁾ F. GIROTTI, *Welfare State — Storia, modelli, critica*, Roma, Carocci, 1998, p.

Neppure il discorso giuridico del secondo Ottocento aveva fornito interpretazioni monolitiche del volto sociale del nuovo diritto; tuttavia, le differenti letture affondavano le proprie radici in un retroterra di percezioni condivise che finiva per accorciare sensibilmente le distanze tra opposte sponde metodologiche e ideali. Sia che l'intervento sociale dello Stato venisse ritenuto un lato essenziale del nuovo diritto, autentico « coefficiente di ordine » (7), chiamato, in quanto tale, a legare armonicamente passato, presente e futuro, sia che si dichiarasse esistente un incolmabile fossato tra attività giuridica e attività sociale/morale, ritenendo che solo la prima fosse essenziale a identificare il nocciolo imperituro della statualità (e della giuridicità) (8), a fronteggiarsi erano, sì, risposte speculari, ma volte entrambe a indicare le rotte che avrebbero permesso alle istituzioni liberali di reggere l'urto della questione sociale e di proiettare sul futuro il modello di convivenza da esse espresso.

Più di un presidio, come noto, concorreva a puntellare tali visioni; a sostenerle stava, anzitutto, una certa interpretazione della storia: presentare l'ordine come il portato di un'evoluzione incesante, progressiva, sottratta all'incidenza modificativa della volontà degli uomini (9), da un lato consentiva ai giuristi ottocenteschi di accreditarsi nella veste di custodi privilegiati del modello, chiamati a solcare il rapporto tra tempi storici e a governare il crinale che separava le regole dalle eccezioni, le strutture portanti dalle parti mobili dell'ordinamento; da un simile punto di vista, alle leggi sociali (sostanzialmente eccezioni chiamate confermare la regola) spettava

(7) G. ARCOLEO, *Forme politiche e riforme sociali*, in « Flegrea », III (1901), p. 398; in generale, per un'analisi delle letture che sul problema della riforma sociale fece il fronte dei giuristi c.d. non-orlandiani, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari — Un profilo storico-giuridico, Italia 1861-1900*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 89 e ss.

(8) Il riferimento va alla nota (e molto seguita) interpretazione di Orlando; v. V. E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), in ID., *Diritto pubblico generale — Scritti vari*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 160-161; « il fatto dell'intervento dello Stato — queste le perentorie parole di Orlando — non arriverà mai a mutare in giuridici i rapporti sociali » (p. 160): « quei compiti non sono essenziali all'idea di personalità dello Stato [...] essi possono perfino mancare senza che quella ne sia scossa » (pp. 160-161).

(9) V., a es., P. COSTA, *Civitas — storia della cittadinanza in Europa, IV, l'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. VI-VII.

di testimoniare la capacità dell'ordinamento di imboccare la via maestra delle riforme, l'unica in grado di mantenere ben saldo quel legame tra ordine giuridico, storia e progresso che le istituzioni liberali sembravano aver consacrato sul terreno della organizzazione dei poteri dello Stato. Dall'altro lato, e contemporaneamente, questa idea della storia aveva permesso, anche negli anni ruggenti dell'individualismo trionfante, di curvare in una direzione specifica la stessa, decantata, centralità della legge (codice in testa): mai presentata come il frutto della nuda volontà del legislatore, di una « maggioranza politica di fatto dominante »⁽¹⁰⁾, anche la legge veniva disincarnata, astratta dalla sua genesi concreta e descritta come l'obbligata, inevitabile traduzione di un ordine storicamente necessitato, rispondente a una propria, interna, regolarità evolutiva.

Indubbiamente, le c.d. leggi sociali rischiavano di mettere in contatto con una « sin lì trascurata onnipotenza del legislatore »⁽¹¹⁾, col volto di un diritto pericolosamente vocato a scardinare la tradizionale fisionomia dello spazio privato e pubblico, insieme alla loro costitutiva separatezza. Se dunque ben si spiega l'atteggiamento diffidente tenuto dalla maggioranza dei giuristi dinanzi all'intervento del legislatore sociale, non sorprende neppure che i fautori di tale intervento sentissero il bisogno di scongiurare il volto volontaristico-politico delle nuove norme ricorrendo al (solito) argomento della corrispondenza di esse alle « necessità [evolutive] dell'organismo sociale »⁽¹²⁾. Ma anche in tal caso, le diverse inclinazioni sembravano convergere nella convinzione che il volto sociale del giure

⁽¹⁰⁾ M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale* (1995), in *Id.*, *La scienza del diritto pubblico — dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. II, p. 862; v. anche, con riferimento specifico alle tematizzazioni del codice civile G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 1-42.

⁽¹¹⁾ G. CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto* (2002), in *Id.*, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 28.

⁽¹²⁾ *Ivi*, p. 43; « Nessuno richiama la preminenza della decisione politica, tutti rinviano invece alla sua ineluttabilità: la caduta delle immobili certezze del Codice [...] condanna il legislatore a muoversi nella direzione indicata dalla scienza, lo costringe a rispettare le regole dell'organismo sociale e la sua naturale evoluzione » (*ivi*, p. 44).

costituisse la risposta fornita dall'ordinamento a quel problema specifico usualmente chiamato questione sociale; persino quando si vagheggiava la riunione di quel nuovo diritto in un unico testo — 'il codice privato-sociale' — la questione sociale non deponeva le sembianze del disturbo serio, ma comunque localizzato, da curare attraverso apposite norme, incaricate di impedire la propagazione del morbo e perciò compatibili con le strutture di fondo dell'ordinamento.

Con una importante conseguenza: la dimensione classificatoria, sempre rilevante per il giurista, tendeva a diventare cruciale, perché era solo attraverso sofisticate strategie di annessione (al proprio campo disciplinare) e cessione (ai campi disciplinari limitrofi) delle diverse novità offerte dal panorama normativo e istituzionale, che le coppie privato-individuale e pubblico-statale potevano sperare di uscire indenni, cioè uguali a se stesse, dalla tempesta. Anche se: la mole ancora abbastanza contenuta degli interventi normativi socialmente orientati; la loro destinazione a categorie di persone e bisogni circoscritti, con la conseguente tenuta dell'idea astratta di soggettività giuridica; il saldo ancoraggio del sistema privatistico attorno a una nozione volontaristico-potestativa di diritto soggettivo; la perdurante lontananza dello Stato dall'arena economica e dalle finalità di lucro, concorrevano a non rendere tali sforzi classificatori degli sterili esercizi di stile. Per quanto rilevanti fossero le sollecitazioni fornite da una realtà in rapida trasformazione, essi riuscivano infatti ad inquadrarne alcuni aspetti salienti, valorizzando, in direzione del futuro, le potenzialità espansive delle categorie interpretative di volta in volta usate ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Due esempi particolarmente significativi: nel 1913, introducendo il suo celebre *Infortuni sul lavoro*, Francesco Carnelutti, nel sollecitare la scienza giuridica a deporre quell'atteggiamento « imperturbabilmente borghese » (p. XII) che la portava a trascurare il territorio dei rapporti di lavoro, tesseva i fili di un discorso complesso, che si apriva e si chiudeva con l'invito ad accettare l'incontro col « diritto che nasce » (p. VII), con i « germi pieni di vigore » (p. XIV) racchiusi in una variegata pluralità di fonti: era dalle norme « grezze, fumose, coperte di scorie » (p. XII) confezionate dal legislatore sociale, dalle pronunce della « giurisprudenza probivirale », dai « contratti e [...] arbitrati collettivi » (p. XII), non certo dal « solo articolo » del codice dedicato al contratto di lavoro, che doveva trarre alimento il lavoro sistematorio del giurista. Né serviva a molto coltivare « quella comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubbli-

Fu la guerra, come noto, a segnare l'autentico punto di frattura, la « vera fine del secolo XIX »⁽¹⁴⁾, e a porre la stessa scienza giuridica dinanzi a una « rivoluzione attuata »⁽¹⁵⁾ che nel giro di pochi anni sembrava aver dissolto un intero mondo. Gran parte delle risorse fin lì messe in campo per rappresentare il giuridico, per tutelarne le frontiere esterne e per fondare le sue interne partizioni, parevano saltate, consegnate a un passato irrimediabilmente lontano: politico, giuridico ed economico; privato e pubblico, società e

cistico » (p. VIII) delle norme sugli infortuni, per attribuire al campo disciplinare opposto lo studio del problema. Dal punto di vista di Carnelutti, infatti, a dover essere affermata non era solo la piena capienza delle categorie privatistiche a contenere la questione della « responsabilità dell'imprenditore per l'infortunio professionale » (p. XII), ma la possibilità di ricondurre tale fattispecie all'interno delle obbligazioni nascenti *ex contractu*. Nulla più che un « supplemento di mercede » (p. XII), il premio assicurativo rappresentava una forma di « corrispettivo indiretto », perfettamente compatibile con la struttura privatistico-contrattuale del rapporto di lavoro e perciò utilizzabile anche in riferimento ad altre ipotesi di « rischio di mancanza del lavoro » (servizio militare, gravidanza, disoccupazione ecc., p. XV). In tal modo, quella « pressione imponente dei bisogni sociali » (p. XII) che sembrava disorientare tanta parte della scienza giuridica coeva, riusciva a essere affrontata (e contenuta) attraverso un'estensione della portata regolativa delle categorie civilistiche tradizionali, che rimanevano tradizionalmente individualistiche, senza che vi fosse bisogno di immaginare una loro curvatura sociale né diverse modalità di contatto tra società e Stato; si tratta di riferimenti tratti da F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, Athenaeum, 1913, I, alle pagine indicate tra parentesi.

L'altro esempio chiama in causa un percorso analogo condotto sulla sponda pubblicistica dell'ordinamento e ugualmente inteso a trovare un bandolo che consentisse di dire, dinanzi alla proliferazione di enti della più varia natura, quali di essi (e a quali condizioni) potessero considerarsi pubblici. La rotta, in questo caso, la indica Oreste Ranalletti, « erige[ndo] la nuova linea di confine [tra pubblico e privato] sull'identità tra pubblico e statale »: « è pubblico — disse — tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato ». Da una parte, quindi, « il pubblico, anche rinunciando all'identificazione con gli statuti imperativi, si conservava concetto unitario, saldamente eretto intorno alla personalità dello Stato »; dall'altra parte, ritenendo che fossero pubblici tutti gli interessi assunti dallo Stato tra i suoi fini, « si mantenevano intatte le potenzialità espansive della sfera pubblica »; sono riferimenti tratti da B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di ente pubblico nell'esperienza italiana*, in « Quaderni fiorentini », 21 (1992), p. 426.

⁽¹⁴⁾ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in « Rivista del notariato », VII (1953), p. 110.

⁽¹⁵⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Id.*, *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 339.

Stato, si presentavano, all'indomani del conflitto, come universi sovrapposti, pericolosamente confusi, impossibili da ricondurre nei più riposanti binari interpretativi della tradizione. Una profluvie di provvedimenti normativi, impressionante per estensione e novità dei contenuti, incideva a fondo il volto del diritto, rendendo sempre meno nitido il sentiero che fino ad allora aveva consentito di distinguere le risorse fondative dell'ordine dai suoi attributi sopraggiunti. La legislazione di guerra, « tutta una reazione ai sistemi sorti dai principi della Rivoluzione francese »⁽¹⁶⁾, imponeva inoltre il confronto con un diritto « attaccat[o] alla buccia dei fatti, impigliat[o] nei dettagli »⁽¹⁷⁾, che infrangeva platealmente il canone aureo dell'astrattezza e i molti significati a esso legati. Lungi dall'incarnare un mero tratto redazionale, il riferimento alla norma come comando generale e astratto, celebrando insieme la potestà normativa dello Stato e l'unicità del soggetto di diritto, aveva legato i due lati costitutivi dell'ordine ottocentesco, permettendo, per un verso, di sostenere che la formale uguaglianza dei soggetti di fronte alla legge fosse la sola rilevante per il diritto, l'unica compatibile con la libertà e l'autonomia dell'individuo; e, per l'altro verso, di tenere a debita distanza Stato e società, dal momento che il rischio di derive dispotiche sembrava annidarsi in ogni ipotesi di intervento statale nel mondo dei rapporti fra soggetti (astrattamente) eguali.

Nella temperie postbellica, entrambi questi fronti sembravano erosi, scossi; la portata del conflitto e le ingenti perdite a esso legate, avevano infatti prodotto una vertiginosa moltiplicazione dei bisogni (e dei soggetti) rilevanti per il diritto: soldati, vedove, orfani, mutilati, reduci⁽¹⁸⁾ diventavano destinatari di altrettanti provvedimenti, contribuendo ad arricchire la serie delle norme munite di specifica destinazione soggettiva. Con una ulteriore complicazione: neppure le roccaforti del diritto privato ottocentesco — proprietà e contratto

⁽¹⁶⁾ M. DELLE DONNE, *Saggio critico sul diritto pubblico italiano in rapporto alle attuali tendenze economiche*, Torino, Bocca, 1917, p. 15.

⁽¹⁷⁾ F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1954, I, p. 68.

⁽¹⁸⁾ Sul punto, v. l'accurata e convincente analisi di F. BERTINI, *Il fascismo dalle assicurazioni per i lavoratori allo Stato sociale*, in *Lo Stato fascista*, a cura di M. Palla, Milano, La Nuova Italia, 2001, p. 181.

— erano uscite indenni dall'esperienza del conflitto; a palesarsi, più che un assottigliamento, una semplice compressione 'quantitativa' dell'autonomia individuale, era la prospettiva, più complessa, di una sua conversione in strumento funzionale alla realizzazione di interessi ultraindividuali. Se il diritto privato si distingueva dal pubblico perché solo il primo era « norma di fini individuali » (19), il complesso legislativo bellico, vincolando la condotta del privato alla realizzazione di interessi pubblici (es: obbligo, per il proprietario di un'azienda agricola o industriale, di produrre certi beni, di denunciarne il possesso o la detenzione; proroga d'autorità di contratti in scadenza ecc.) spezzava quella corrispondenza tra privatezza e libertà nell'esercizio dei diritti, che valeva ad aprire « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato » (20).

Senza dubbio, anche il processo di industrializzazione secondo-ottocentesco, mostrando il volto di bisogni immanenti alle condizioni di lavoro, aveva progressivamente allentato la contrapposizione tra la previdente razionalità del proprietario e l'inconcludenza dissipatoria del povero; del pari, la progressiva estensione del diritto di voto ai ceti non abbienti e poi l'avvento del suffragio universale maschile avevano cessato di rendere la proprietà il principale titolo di abilitazione alla cittadinanza politica; al tempo stesso, però, le caratteristiche della legislazione sociale del XIX secolo — si è cercato di dirlo poco sopra — erano tali da consentire di vedere in essa un intervento circoscritto, destinato a certe categorie di soggetti deboli (i fanciulli, le donne) o indeboliti (da malattia, infortuni, vecchiaia), un intervento che dunque poteva considerarsi compensativo rispetto alla iniziale o sopravvenuta impossibilità di abitare lo spazio della proprietà laboriosa, l'unico spazio ritenuto ancora capace di produrre una soggettività giuridica piena, compiuta, autenticamente libera.

Mentre adesso la nuova permeabilità del nucleo più geloso del diritto privato agli sguardi statuali, la sua cessata capacità di definire

(19) F. VASSALLI, *La riforma del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), in ID., *Studi giuridici*, cit., II, p. 321 (ma si tratta di una convinzione che accompagnerà Vassalli lungo tutto l'arco della sua produzione scientifica).

(20) VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 341.

e presidiare lo spazio privato come spazio di autonomia e libertà, la discesa della proprietà dall'empireo dei simboli, combinata alla notevole estensione dei soggetti e dei bisogni presi in carico dal legislatore bellico, rischiavano di frantumare, insieme all'unicità del soggetto di diritto, ogni possibilità di confinazione tra privato e pubblico, tra regola ed eccezione. Al posto del vecchio « Stato [...] in cielo », lontano dai movimenti del sociale, appariva così lo « Stato [...] in terra » (21), arrogante e insieme benefico, provvido e al tempo stesso invadente, impegnato in uno sforzo di organizzazione e mobilitazione delle energie sociali e militari dal cui esito sarebbe in buona parte dipeso il futuro nazionale.

Che la fine delle ostilità non potesse coincidere con un ritorno puro e semplice al passato fu ugualmente chiaro a tutti, a chi salutava con fiducia « la fine di un mondo [...] e l'incominciamento di un altro » (22), e a chi temeva, invece, che le forme, appena sperimentate, « d'intrusione [...] violenta » (23) nella vita degli individui avrebbero caratterizzato stabilmente e negativamente gli svolgimenti avvenire del giure. Del resto, i segni dell'apertura di una « nuova storia » (24) non mancavano: lo spauracchio della rivoluzione d'ottobre aleggiava sulle macerie della guerra e la stessa risposta weimariana rappresentava un *unicum*, l'inizio di una stagione che apriva la costituzione, fino ad allora mera norma di organizzazione dei poteri dello Stato, a territori inediti, all'interno dei quali prendevano forma nuovi diritti (quelli sociali) e nuovi doveri (« *Eigentum verpflichtet* ») necessari ad annodare i fili di un dialogo tra Stato, comunità intermedie ed individui, potenzialmente in grado di toccare tutti i lati della convivenza.

Né era immaginabile, all'indomani del conflitto, che si facesse un passo indietro sul fronte delle politiche socialmente orientate: perché molti dei bisogni cui si era cercato di far fronte durante la

(21) F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti* (1940), in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, p. 124.

(22) G. MAGGIORE, *Carattere politico della legislazione fascista*, in « *Politica sociale* », II (1930), p. 790.

(23) F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi* (1950), in ID., *Studi giuridici*, cit., III, p. 751.

(24) L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, Milano, Società editrice libraria, 1942, p. 47.

guerra non erano venuti meno con la firma dei Trattati e spesso, anzi, si erano aggravati; perché la guerra aveva rappresentato un'imponente prova di mobilitazione e coesione nazionale atta a fondare quel transito dal *warfare* al *welfare* caratteristico dell'intero Novecento europeo ⁽²⁵⁾; ma anche perché, venuta meno la possibilità di pensare Stato e società come due orizzonti in sé definiti e tendenzialmente non interferenti, si allargava a dismisura il raggio della scommessa regolativa che attendeva gli ordinamenti, posti di fronte a una sorta radura priva di zone recintate, teoricamente aperta a ospitare i più diversi contenuti giuridici e a modulare secondo le forme più disparate la relazione tra Stato e società.

Fu, non a caso, nel ventennio tra le due guerre mondiali che prese corpo il concetto di sicurezza sociale, un concetto, cioè, che coniugava uno dei termini *ab immemorabili* chiamati a restituire il fondamento dell'obbligazione politica (la sicurezza, appunto) con l'aggettivo 'sociale', segnalando una estensione dei confini che valevano a giustificare quell'obbligazione e a renderla legittima oltre la tutela della vita e della proprietà individuale ⁽²⁶⁾. Ed era un'evoluzione che « si manifesta[va] », pressoché ovunque, « nella quota crescente di prodotto interno lordo destinato alle assicurazioni sociali [...] nel forte aumento dei beneficiari, nel passaggio dall'aiuto ai bisognosi all'assistenza e alla tutela del benessere, nell'integrazione delle prestazioni sociali con sussidi familiari, nell'edilizia sociale, e nelle assicurazioni contro il rischio della disoccupazione introdotte solo ora in misura massiccia » ⁽²⁷⁾.

Anche l'Italia sembrava iscriversi in questa linea di svolgimento: per quanto i livelli di protezione dell'ordinamento nostrano

⁽²⁵⁾ Con particolare riferimento alla lettura di Jytte KLAUSEN (*War and Welfare. Europe and the United States, 1945 to the present*, London-Basingstoke, Macmillan, 1998) formulata in relazione alla seconda guerra mondiale e ritenuta estensibile anche al primo conflitto, v. F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci, 2005, p. 71; prendendo invece spunto da Alan MILWARD, *The economic effects of the two world wars on Britain*, v. I. PAVAN, « Nelle trincee e sui campi ». *Guerra, dopoguerra e Stato sociale in Italia (1917-1921)*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, a cura di Laura Cerasi, Palermo, Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016, p. 157 e ss.

⁽²⁶⁾ G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale* (1989), ed. it., Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 19-20.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 104.

possano ritenersi inferiori a quelli di altri Stati europei ⁽²⁸⁾, gli anni tra il 1917 e il 1919 fecero comunque registrare un'« accelerazione e un salto nella crescita nel sistema italiano pubblico di Welfare » ⁽²⁹⁾, crescita che sarebbe proseguita negli anni del regime, salvo qualche trascurabile segnale in senso contrario del primo fascismo 'liberista' ⁽³⁰⁾. In proposito, anche uno sguardo rapido gettato sui voti formulati dalla Decima Sezione della Commissione per il dopoguerra, presieduta da Luigi Rava e incaricata di lavorare sulle questioni legate alla legislazione sociale e alla previdenza, è sufficiente per entrare in contatto con l'ampiezza degli interventi proposti: contratto di lavoro, commissioni di fabbrica, riconoscimento delle associazioni sindacali, valorizzazione del ruolo dei probiviri, partecipazione degli operai agli utili delle imprese, incremento dei rischi assicurati e loro estensione al nucleo familiare, tutela della maternità e dell'infanzia, protezione dei « ceti medi », auspicata istituzione delle scuole elementari di lavoro, esigenza di garantire all'Italia una « popolazione forte » anche attraverso un'adeguata « educazione della donna alla economia domestica e alla puericoltura », comparivano in tale documento come le facce complementari di una stessa medaglia, come momenti di un unico ciclo storico che doveva riuscire ad attivare simultaneamente tali e diversi fronti di disciplina giuridica ⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ In questo senso, a es., U. ASCOLI, *Il sistema italiano di Welfare*, in *Welfare State all'italiana*, a cura di Id., Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 20.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 25; il riferimento va, in particolare, all'« introduzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro in agricoltura (1917) che comprende anche i coltivatori, i mezzadri ed i coloni, contro l'invalidità e la vecchiaia (1919) e contro la disoccupazione (1919) » (ivi, pp. 25-26).

⁽³⁰⁾ G. SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, — *Storia e documenti*, vol. I — dall'Unità al fascismo (1861-1943), Manduria, Lacaita, 2003, pp. 291-292; una diversa lettura di questa prima fase del fascismo, non ritenuta propriamente liberista, la si può leggere in BERTINI, *Il fascismo dalle assicurazioni per i lavoratori allo Stato sociale*, cit., pp. 187-190.

⁽³¹⁾ Tale documento si può leggere nell'appendice del volume di SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., pp. 273-282; su L. Rava, v. F. CORTESE, *Per ragioni pratiche e didattiche occorre dunque una cultura speciale: il contributo di Luigi Rava (1860-1938)*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2014, pp. 721-753 e con particolare riguardo alla riflessione sul volto sociale dello Stato, v. A. RAPINI, *Il discorso politico di Luigi Rava: lavoro, democrazie, riforma sociale*, in *Momenti del welfare in Italia. Storiografia e percorsi di ricerca*, a cura di P. Mattered, Roma, Viella, 2012, pp. 17-53. Meno esteso nei contenuti,

Furono soprattutto i problemi legati al lavoro e alla disoccupazione a sollecitare le apprensioni e le attenzioni dell'ordinamento degli anni immediatamente successivi alla guerra, ma in ogni caso sembrava difficilmente arrestabile la vocazione espansiva degli interventi socialmente orientati, così come sembrava ormai lontano quel raccordo 'questione sociale-legislazione sociale' che aveva permesso di isolare in una zona (relativamente) inoffensiva il volto del nuovo diritto. E se finora ho utilizzato in maniera indistinta, generica, espressioni come diritto socialmente orientato, leggi sociali, politica sociale ecc., è a partire dal primo dopoguerra che il sintagma 'politica sociale' acquista una sua specifica pregnanza semantica, ben riuscendo a descrivere sia questo allargamento dei confini, sia il suo legame con la dimensione, appunto politica, del progetto. Ed è sempre a partire da qui — come è agevole immaginare — che iniziano le complicazioni analitiche, che prende forma la difficoltà a coprire un campo di indagine non solo particolarmente ampio (e in continua espansione), ma anche costitutivamente legato a tutti gli altri lati dell'edificio giuridico-politico.

ma comunque affine nell'impostazione di fondo, era un parere formulato nel 1918 dal Consiglio superiore del lavoro: « il ritorno graduale alla normalità della vita nazionale » — si legge nel testo — non poteva essere che « dominato e disciplinato dall'occhio antiveggente e dalla salda mano dello Stato », coadiuvato in questo, « dal controllo e dalla ingerenza consapevoli delle classi interessate e in particolar modo dalle organizzazioni di lavoratori »; tra gli interventi proposti: una « coraggiosa politica di lavori pubblici »; una « illuminata intensificazione della produzione industriale ed agricola da sottrarsi al conflitto di disordinate e sovrappontentisi iniziative private e da conseguirsi, oltre che con accordi commerciali e col sapiente accaparramento di materie prime, con molteplici misure economico-finanziarie, educative e giuridiche (relative soprattutto alla tutela del lavoro e al contratto di lavoro), cui è da aggiungere lo sviluppo non dilazionabile di tutte le forme più vitali di assicurazione sociale »; un'adeguata « assistenza ai disoccupati ». Per realizzare tali interventi si riteneva necessario svolgere un'indagine sulla qualità e quantità delle forze di lavoro esistenti, sugli intendimenti delle industrie belliche; veniva altresì ritenuto necessario il « coordinamento di tutti gli uffici di collocamento e la creazione di nuovi » (pp. 270-272); anche questo documento si può leggere nell'appendice documentaria del volume di SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., alle pagine indicate tra parentesi.

2. *Stato sociale, Stato totale.*

Lo spirito del tempo nuovo sembrava dunque aver avvolto anche l'ordinamento italiano; gli anni del fascismo — lo si è già notato — avrebbero confermato la progressiva estensione del raggio delle politiche socialmente orientate, estensione sovente accompagnata dalla revisione delle modalità organizzative e delle strutture deputate al governo e/o alla erogazione delle prestazioni previste. In estrema sintesi: una prima fase, approssimativamente collocabile tra il 1923 e il 1925, si distinse soprattutto per interventi di riorganizzazione di alcuni settori già disciplinati in precedenza ⁽³²⁾; il 1925 segnò, anche su questo fronte, un importante momento di svolta, aprendo un ulteriore capitolo nelle politiche sociali: tra le altre cose, venne sciolta la Federazione nazionale delle società di mutuo soccorso, e vennero istituiti l'Opera nazionale maternità e infanzia (ONMI) e l'Opera nazionale dopolavoro (OND); al patto di Palazzo Vidoni, dello stesso anno, fece seguito, nel 1926, la c.d. legge sindacale che attribuiva alle organizzazioni professionali compiti di assistenza e di selezione degli iscritti ⁽³³⁾; sempre nello stesso anno, il 1926, nasceva l'Opera nazionale Balilla, mentre la c.d. legge Federzoni segnava una importante « riavvicinamento tra il fascismo e la Chiesa cattolica » ⁽³⁴⁾ sul fronte delle Opere pie; gli anni a seguire videro l'istituzione, per alcune categorie di lavoratori, dell'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi (1927-1928) poi in seguito estesa ad altri soggetti; un ulteriore specificarsi delle attività destinate alla maternità e all'infanzia (1927, 1929) ⁽³⁵⁾; l'istituzione

⁽³²⁾ Tra questi; il riassetto delle Ipab (1923), il Testo unico sulla maternità (1923); la creazione di un fondo nazionale per la gestione dell'assicurazione contro la disoccupazione (1923); la riorganizzazione degli uffici periferici della cassa per l'invalidità e la vecchiaia (1924) e dell'Opera di previdenza e di assistenza per i dipendenti civili e militari dello Stato, istituita cinque anni prima (1925); l'istituzione dell'INFADEL (1925).

⁽³³⁾ V., *infra*, nota 125.

⁽³⁴⁾ SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., p. 307; in generale: tutte le notizie sui principali interventi normativi sono tratti da questo testo di Silei che contiene l'indicazione dettagliata dei provvedimenti adottati dal fascismo in materia di politica sociale (ivi, pp. 291-362).

⁽³⁵⁾ Nel 1927 vengono creati gli Enti provinciali infanzia e maternità e aperti i Consultori materni; nel 1929 viene estesa l'assicurazione obbligatoria per la maternità e l'infanzia alle impiegate delle aziende industriali e alle dipendenti di aziende commerciali

degli EOA (Enti opere assistenziali) per il coordinamento, a livello provinciale, delle attività di beneficenza, assistenza e di lotta alla disoccupazione; è del 1928 l'importante riforma del collocamento e del 1929 l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali.

Dal 1930, accanto alla creazione di istituti con finalità assistenziali specifiche (per es., la Federazione nazionale degli istituti per Ciechi), iniziò un duplice processo: per un verso, interi settori delle politiche sociali confluirono nei c.d. grandi enti, come l'INFAL (infortuni) e l'INFPS (previdenza) ⁽³⁶⁾; per l'altro verso, si registrò l'ingresso dello Stato nel settore economico con modalità nuove: il riferimento va, chiaramente, a IMI ed IRI, ma anche al sistema corporativo, che, almeno sulla carta e secondo l'enfatica espressione di Mussolini, avrebbe dovuto rappresentare « lo stato maggiore dell'economia italiana ». Nel 1934, per la prima volta (e come contropartita per la riduzione dell'orario lavorativo nell'industria), vennero istituiti gli assegni familiari che saranno oggetto, negli anni successivi, di ulteriori interventi del legislatore; è del 1937 l'istituzione degli Enti comunali di assistenza (ECA) in sostituzione delle precedenti organizzazioni a ciò deputate; nello stesso anno, nasceva la Gioventù italiana del Littorio, incaricata di radunare tutte le organizzazioni del fascismo per l'infanzia e i giovani, da questo momento poste sotto la direzione del segretario del Partito fascista; per volontà di Bottai, nel 1938, veniva istituito l'ENIM (Ente nazionale dell'insegnamento medio) col compito di imprimere un indirizzo uniforme (fascista) all'insegnamento; alla tassa sui celibi, istituita nel 1926, faceva riscontro, nel 1939, l'introduzione dell'assicurazione di nuzialità e natalità.

E se già la campagna di Etiopia aveva sollecitato interventi normativi volti a garantire ai richiamati alle armi la conservazione del

il cui stipendio non superasse le 800 lire mensili; vengono introdotte alcune garanzie per il mantenimento del posto di lavoro durante la gravidanza e viene previsto il sussidio di disoccupazione anche per le lavoratrici madri.

⁽³⁶⁾ Su cui v., almeno, L. CONTI, *L'assistenza e la previdenza sociale. Storia e problemi*, Milano, Feltrinelli, 1958; A. CHERUBINI, I. PIVA, *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, Milano, FrancoAngeli, 1998 e più di recente C. GIORGI, *La previdenza del regime — Storia dell'Inps durante il fascismo*, Bologna, il Mulino, 2004.

posto di lavoro, insieme alla corresponsione di alcune mensilità, il nuovo conflitto mondiale portò all'emanazione di disposizioni analoghe, a una ulteriore estensione delle categorie beneficiarie dagli assegni familiari e alla istituzione della cassa integrazione guadagni. « A [...] queste misure di tutela si affiancarono inoltre tutta una serie di disposizioni che, allo scopo di massimizzare lo sforzo bellico, riducevano le garanzie soprattutto a tutela dei lavoratori del settore industriale e ancor più di quelli che operavano nelle fabbriche più importanti. Uno dei primi provvedimenti che seguì lo scoppio del conflitto fu, ad esempio, l'abolizione del sabato fascista. L'orario settimanale di lavoro, che era stato abbassato a 40 ore, fu portato a 48. Analogamente, si procedette ad aumentare il tetto degli straordinari. A questi interventi [...] si aggiunsero delle deroghe alla normativa a tutela del lavoro notturno per donne e fanciulli » (37).

L'elenco, per quanto incompleto e sommario, appare comunque nutrito; può dirsi quindi che il primo auspicio formulato da Bottai — non eludere l'incontro col Novecento — fosse stato raccolto. Resta ora da capire se risultassero soddisfatte anche le due ulteriori condizioni indicate dal Nostro: se, cioè, le soluzioni adottate in tema di politica sociale recassero l'inconfondibile marchio del regime e, in caso di risposta positiva, se fossero sostenute da un adeguato sforzo di elaborazione teorica da parte del pensiero giuridico. Andiamo per ordine. Il richiamo diffuso al carattere fascista della politica sociale si inseriva, il più delle volte, in contesti discorsivi attenti a sottolineare tanto l'originalità (e la superiorità) del regime, quanto, e con pari forza, la sua piena legittimità novecentesca. A essere calcata, come di consueto, era la radicale distanza dal passato liberale, che non si voleva scalfita neppure dalla (apparente) continuità di alcuni istituti, ormai poggianti — si diceva — su un tessuto ideale integralmente nuovo che valeva a trasfigurare ruoli e funzioni; mentre, nel ricostruire la relazione con il contesto coevo, l'ampio spazio dedicato all'analisi di altre esperienze nazionali contribuiva a portare alla luce le variegate caratteristiche di un laboratorio europeo (e statunitense) (38) estremamente fertile in quegli anni.

(37) SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., p. 359.

(38) Sulle relazioni tra corporativismo e *new deal*, v. M. VAUDAGNA, *Corporativismo e New Deal*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1981.

Che tali escursioni *extra moenia* culminassero spesso nella valorizzazione delle risposte formulate dal fascismo, non sorprende; allo stesso tempo, non sembra che fosse (sempre e solo) un'esigenza di tipo autocelebrativo a spiegare il ricorso a esse; l'impressione è che quegli sguardi oltre confine servissero anche a tenere il regime bene addentro il territorio delle nazioni 'al passo coi tempi'. Si trattava infatti di un territorio dal quale conveniva non appartarsi, necessario, come era, a garantire al fascismo un'adeguata legittimazione internazionale ⁽³⁹⁾ e a scongiurare, in patria e all'estero, il pericolo che il regime venisse identificato con una « passatistica forma di autoritarismo sociale » ⁽⁴⁰⁾, con un antistorico rigurgito di paternalismo autoritario. Era pertanto possibile scorgere nel « maggior senso della socialità » un carattere « proprio dei tempi nostri » ⁽⁴¹⁾ fatalmente destinato a convergere in alcune aspirazioni

⁽³⁹⁾ Interessanti al riguardo le osservazioni di Vaudagna: «Dopo l'ampia attenzione dedicata dagli americani al corporativismo italiano nei tardi anni venti, l'andata di Roosevelt al potere e le misure dei primi cento giorni, soprattutto la *National Recovery Administration* (NRA) e l'*Agricultural Adjustment Act* (AAA), spinsero molti osservatori a tracciare un parallelismo tra Italia e Stati Uniti; la tematica era considerata in entrambi i paesi perfettamente legittima, anche se si discuteva l'ampiezza delle somiglianze. Nel luglio 1933 Mussolini affermò che l'atmosfera del New Deal e del fascismo erano 'certamente simili'. Nell'agosto 1934 in una recensione al libro di Wallace, *New Frontiers*, egli esplicitamente predisse che l'America si stava muovendo nella direzione dell'economia corporativa' [...] L'intellettualità fascista era ben disposta a migliorare l'immagine del regime in patria e all'estero » sostenendo che « i paesi capitalistici più sviluppati stessero avviandosi sul sentiero tracciato dagli italiani. Giuseppe Bottai, ministro delle Corporazioni fino al 1932 e l'intellettuale più in vista in questa materia, scrisse in *Foreign Affairs* nel 1935 un dettagliato articolo su parallelismi e differenze tra le corporazioni fasciste e la NRA. [...] Gli articoli italiani discussero vivacemente se il New Deal era una specie di corporativismo in via di realizzazione, oppure se la natura dello Stato fascista rendeva i due sistemi economici non assimilabili, al di là di superficiali somiglianze. Un dibattito molto simile, con al centro molto spesso la NRA, stava svolgendosi negli Stati Uniti con una più ampia gamma di opinioni. Coloro che paragonavano fascismo e New Deal spesso avevano anche un'opinione negativa delle politiche governative. Il partito comunista americano denunciava la NRA come fascista, in quanto restaurava la prosperità dei grandi monopoli a spese della classe operaia »; così, appunto, VAUDAGNA, *Corporativismo e New Deal*, cit., p. 199.

⁽⁴⁰⁾ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in « Nuovi studi di diritto, economia, politica », VI (1932), p. 103.

⁽⁴¹⁾ F. PERGOLESI, *Il lavoro nelle costituzioni contemporanee*, in « Le assicurazioni sociali », XIV (1938), p. 351.

comuni, dichiarate e condivise « sotto le più diverse latitudini » (42), a Versailles, non meno che a Roma e a Ginevra (43).

Da un simile punto di vista, l'attenzione per la collaborazione di classe e per la partecipazione dei lavoratori agli utili delle imprese, l'ampliamento delle tutele al nucleo familiare, la curvatura in senso preventivo delle politiche sociali, potevano essere rappresentati come traguardi inseguiti da molti ordinamenti contemporanei: l'eccellenza del regime, il suo inconfondibile slancio realizzativo, la sua stessa posizione di avanguardia, potevano e dovevano essere attinti solo a partire da questo perimetro di intenti condivisi, l'unico

(42) G. BOTTAI, *Perché andiamo a Ginevra* (1929), in Id., *Esperienza corporativa (1929-1934)*, Firenze, Vallecchi, 1934, p. 685; un esempio in questa direzione si può ricavare anche dalla relazione letta da Marchiavava al Senato il 20 maggio 1925 a conclusione dei lavori della commissione, da lui presieduta, incaricata di formulare una proposta di legge relativa alla creazione di un ente per la maternità e l'infanzia (quello che sarebbe diventato, di lì a poco, l'ONMI); nell'indicare lo spirito che aveva guidato la commissione, Marchiavava non faceva riferimento solo a una storia remota (Marco Aurelio e Costantino, impegnati nella tutela dell'infanzia) ma anche a un'esperienza contemporanea, quella belga, ritenuta un modello in materia; il documento può essere letto nell'appendice documentaria del volume di SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., pp. 363-368; indicazioni non dissimili si possono ricavare dalla lettura di un testo (nella medesima appendice, pp. 382-385) nel quale il pur fascistissimo Bruno Biagi ricostruiva le ragioni che avevano portato il regime a introdurre il Libretto di lavoro. L'attenzione sistematica dedicata a esperienze straniere è sottolineata anche da Chiara Giorgi con riferimento specifico alla rivista « Le assicurazioni sociali », v. GIORGI, *La previdenza del regime*, cit., pp. 239-240 e Id., *Le 'assicurazioni sociali' e il dibattito italiano e internazionale sullo Stato sociale (1933-1943)*, in « Storia e futuro », febbraio 2003 (www.storiaefuturo.com), p. 1 e ss.

(43) Il riferimento va, in particolare, a un saggio di Bottai che è, sì, interamente orientato a dimostrare la superiorità delle dichiarazioni della Carta del lavoro su quelle, di analogo tenore, contenute nel Trattato di Versailles ma che allo stesso tempo non può non sottolineare alcune affinità di fondo tra i due testi, il loro essere figli dello stesso tempo; v. BOTTAI, testo dell'introduzione al libro edito nel 1930 di G. De Michelis, *L'Italia nell'organizzazione internazionale del lavoro della Società delle Nazioni*, ora in Id., *Esperienza corporativa (1929-1934)*, cit., p. 652 e ss.; osservazioni analoghe possono essere fatte anche per l'altro suo contributo citato all'inizio della nota precedente: in questo caso, la consueta esigenza di sottolineare la superiorità delle soluzioni fasciste, passava comunque attraverso il riconoscimento dell'esistenza di « idee e concetti i quali, per essere espressione caratteristica di un dato momento storico, si rivela[va]no, sia pur confusamente, anche là dove l'ambiente ancora inadatto [era il caso, per Bottai, dell'Ufficio internazionale del lavoro con sede, appunto, a Ginevra] li costringe[va] ad uno stato di nebulosa »; la citazione è tratta da Id., *Perché andiamo a Ginevra*, cit., p. 682.

capace di allineare il fascismo allo spirito del tempo e di renderlo un figlio legittimo del Novecento. E la pubblicistica vicino al regime, pur essendo percorsa da visioni non sovrapponibili, fu concorde nell'identificare alcune caratteristiche essenziali della politica sociale del fascismo. Anzitutto, la comune aspirazione a mettere a fuoco i contorni di uno Stato che potesse dirsi totalitario, conduceva a valorizzare al massimo grado le virtù espansive della politica sociale, non soggetta ad altri « limiti » se non a quelli derivanti dalle « possibilità economiche » del sistema ⁽⁴⁴⁾.

Se infatti tutto il Novecento (non solo quello dittatoriale), tendeva a scorgere nella politica sociale — lo si è notato dianzi — un tassello decisivo per la costruzione di un ordine che appariva da ripensare *ab imis fundamentis*, se dunque la politica sociale si candidava a interessare i settori più disparati, gli Stati totalitari rappresentavano lo scenario d'elezione per tematizzare (e testare) tale vocazione espansiva e per emancipare la politica sociale dal suo tradizionale volto protettivo-riparatorio. Non più schiacciata sul fronte, appunto compensatorio, della garanzia della sussistenza, non più legata alla sola protezione di bisogni materiali ⁽⁴⁵⁾, la politica sociale diventava una sorta di dimensione a cerchi concentrici nella quale, potenzialmente, poteva essere incluso ogni lato del vivere associato. Impossibile da limitare al solo fronte dell'« assistenza in genere (sia pure intesa nel più ampio senso di prevenzione) e neppure [al] campo abbastanza ristretto della legislazione del lavoro », essa comprendeva « tutta la complessa opera del regime per il rinnovamento, la valorizzazione ed il potenziamento delle energie fisiche, della produttività economica e delle forze morali e spirituali di un popolo » ⁽⁴⁶⁾. « Demografia e morale, arte e scienza, igiene e

⁽⁴⁴⁾ A. GARBASSO, *Attuazioni dell'assistenza sociale per le classi lavoratrici*, in « Politica sociale », I (1929), III, p. 216.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, v. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 103 e p. 207; F. RIMOLI, voce *Stato sociale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, p. 3; G.G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30. Note di ricerca*, in « Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale », XXXIII (1981), p. 9; significativo, al riguardo, il nutrito elenco degli interventi socialmente orientati contenuto in O. FANTINI, *L'assistenza e il servizio sociale*, in « Le assicurazioni sociali », VIII (1932), pp. 59-60.

⁽⁴⁶⁾ BOTTAI, *Politica sociale*, cit., p. 3.

medicina » (47); ma anche: cinema, turismo, dopolavoro, sport, bonifiche (« La concezione fascista della bonifica è essenzialmente politica: essa è uno strumento di difesa e sviluppo della vita rurale della nazione » (48)) costituivano altrettante espressioni del volto sociale della nuova politica.

Vi era poi un'altra decisiva ragione che valeva a rendere a politica sociale degli « Stati totalitari [...] più razionale e più efficiente » di quella sperimentabile nei contesti « cosiddetti democratici » (49): incapaci di concepire uno « Stato veramente sovrano », le realtà democratiche erano costrette a fare i conti con l'irriducibile individualità dei soggetti, non potendo « imporre [...] nulla che non non si concili[asse] » con la loro « volontà » (50). Di contro, gli stati totalitari avevano messo a punto la strumentazione ideale e istituzionale atta a impedire che l'individuo « coltiva[sse] l'imprevidenza e l'antisocialità » (51), che potesse, insomma, destinare energie alla realizzazione di finalità non connesse al potenziamento della forza e del benessere del « corpo sociale » (52).

Sotto un simile osservatorio, la crisi di cui si discorreva e che tanto allarmava i cultori del diritto, lungi dal costituire un imprevedibile incidente occorso agli ordinamenti, rappresentava, anche sul fronte dei rapporti sociali, lo sbocco obbligato di una concezione che aveva esaltato il « libero [...] volere dei singoli individui » e immaginato l'ordine nei termini del « preteso libero scontro tra volontà paritarie » (53). E poiché quella parità aveva carattere soltanto formale, era giocoforza — a dirlo è Volpicelli — che il mondo si dividesse in « vincitori e vinti [...] talché la cosiddetta tutela dell'uguale libertà di tutti, come funzione propria e unica dello

(47) Ivi, p. 2.

(48) A. SERPIERI, *Aspetti sociali e politici della bonifica integrale*, in « Le assicurazioni sociali », IX (1933), p. 980.

(49) U. MANUNTA, *Previdenza e assistenza sociale negli Stati totalitari*, in « Le assicurazioni sociali », XV (1939), p. 236.

(50) Ivi, p. 240.

(51) *Ibidem.*

(52) *Ibidem.*

(53) A. VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, in « Le assicurazioni sociali », X (1934), p. 748.

Stato »⁽⁵⁴⁾, non esprimeva altro che « passiva acquiescenza statale alla disuguaglianza e alla soggezione, anzi energico riconoscimento di esse da parte dello Stato »⁽⁵⁵⁾. Gli esiti di una simile visione erano sotto gli occhi di tutti: la società, « lasciata a se stessa », si organizzava in « lotte classistico-sindacali », ricorreva, cioè, all'« unico, inevitabile mezzo di cui dispone[va] [...] per tentare la riconquista dell'uguaglianza e della libertà »⁽⁵⁶⁾. Lo Stato, dal canto suo, non poteva che elaborare risposte in flagrante contraddizione con le premesse del sistema: attraverso la « torbida ed equivoca legislazione sociale »⁽⁵⁷⁾ « predisporre[va] istituti e provvidenze a favore dei soccombenti »⁽⁵⁸⁾, nel maldestro tentativo di comporre il crescente malcontento sociale con una concezione che seguitava a rappresentare Stato e società come due dimensioni reciprocamente esterne, non interferenti.

La risposta di Volpicelli e, in generale, dei teorici idealisti intenti a mettere a fuoco le frontiere del nuovo Stato totale, era nota: il salto di prospettiva si sarebbe potuto realizzare solo abbattendo il confine tra società e Stato, solo attraverso un processo di introiezione dell'autorità che imponeva, tra le altre cose, la massima valorizzazione delle « istituzioni di propaganda »⁽⁵⁹⁾. Non era quindi contraddittorio affermare che lo Stato fascista « ignora[va] radicalmente una politica sociale »⁽⁶⁰⁾, se per essa si intendeva, al modo liberale, una « sopraggiunta funzione autoritariamente e caritativamente spiegata con empiriche provvidenze »⁽⁶¹⁾. Al contrario, la politica sociale doveva costituire parte integrante di un progetto orientato a superare il « dualismo » e l'« antagonismo politico tra società e Stato »⁽⁶²⁾ a favore di una loro completa identificazione,

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁷⁾ A. VOLPICELLI, *Politica sociale e Stato corporativo*, in « Le assicurazioni sociali », XI (1935), p. 23.

⁽⁵⁸⁾ VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 750.

⁽⁵⁹⁾ G. GENTILE, *Fascismo identità di stato e individuo* (1927), in C. CASUCCI, *Il fascismo — antologia di scritti critici*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 274.

⁽⁶⁰⁾ VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 750.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 751.

identificazione che sola avrebbe portato gli ordinamenti fuori dalle secche della crisi perché l'unica capace di assecondare il lato più autentico della natura umana, l'essere, cioè, l'uomo singolo « un punto relativo a un sistema di punti »⁽⁶³⁾, un'entità sospesa tra passato e futuro, immersa in una imprescindibile dimensione di socialità.

E se anche non ci si riconosceva in questa interpretazione 'estrema', tutte le voci impegnate a definire i contorni del nuovo Stato totale avrebbero potuto convenire sull'idea che la politica sociale, nello Stato fascista, fosse « coestesa e coesenziale alla sua forma e funzione politica »⁽⁶⁴⁾, elemento necessario a realizzare, su basi inedite, l'« opera di orientamento delle masse produttrici e lavoratrici verso il fascismo »⁽⁶⁵⁾. Ritenuto un ingrediente decisivo per superare la crisi di sovranità che affliggeva lo Stato, il nuovo volto sociale del potere pubblico non serviva soltanto a superare la « fobia sociale »⁽⁶⁶⁾ che aveva caratterizzato lo Stato liberale e che ne aveva determinato l'irreversibile agonia, ma doveva contribuire a circostanziare gli stessi riferimenti al primato della politica. Tale primato, necessario a riprodurre e rilanciare, nella mutata temperie novecentesca, il valore della sovranità e dell'unità dello Stato, doveva assicurare che l'azione di ogni attore, privato e pubblico, fosse sospinta verso la realizzazione degli obiettivi assunti come propri di una determinata convivenza.

L'idea che lo Stato potesse essere ripensato (e salvato) solo come « unità teleologica »⁽⁶⁷⁾ non costituiva, è chiaro, un'asserzione legata esclusivamente alle interpretazioni totalitarie del nuovo corso storico, come conferma la citazione attinta da Costantino Mortati. Perché lo Stato totale prendesse forma era infatti indispensabile che l'incontro tra potere e società si svolgesse secondo una linea rigo-

⁽⁶³⁾ G. GENTILE, *Il carattere morale della provvidenza*, in « Le assicurazioni sociali », VII (1931), p. 3.

⁽⁶⁴⁾ VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 750.

⁽⁶⁵⁾ G. BOTTAI, *Il problema dei dirigenti sindacali nei suoi termini realistici* (1927), in ID., *Esperienza corporativa*, Roma, Edizioni del diritto del lavoro, 1929, p. 225.

⁽⁶⁶⁾ S. PANUNZIO, *Stato e diritto — l'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, Società tipografica modenese, 1931, p. 26.

⁽⁶⁷⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000 (ristampa), p. 9.

rosamente discendente, chiamata a escludere ogni apporto costruttivo proveniente dalla società, dai suoi interessi e dalle sue convinzioni plurali; allo stesso tempo, questo incontro governato *ex alto* doveva svolgersi secondo modalità diverse da quelle, obsolete, dello Stato accentratore, capace di protendersi sul sociale sfruttando il solo canale burocratico della moltiplicazione degli uffici, delle sedi incaricate di trasmettere passivamente gli ordini dal centro alla periferia.

Era insomma necessario che la capillare ramificazione dello Stato in ogni rivolo della convivenza fosse sostenuta da una sua concomitante e necessaria opera di demiurgia sociale attraverso la quale lo Stato plasmava la società sottoposta al suo potere inducendo in essa l'adesione ai comuni obiettivi di potenza nazionale. Solo a queste condizioni, infatti, sembrava possibile assicurare la stabile vittoria del sovrano sulle inclinazioni disgreganti di individui e gruppi; ed era sempre a partire da qui che si chiariva la irrinunciabile centralità del lato sociale della politica. I riferimenti al ruolo dell'arte come dimensione chiamata a svolgere la stessa funzione di « pulizia » assoluta, su altri fronti, dal « manganello » ⁽⁶⁸⁾; l'equiparazione dell'artista (dell'artista disposto a staccarsi dai soggetti tradizionali e a evidenziare i fasti della nuova civiltà) al « coltivatore di barbabietole » ⁽⁶⁹⁾, sotto la specie del comune contributo dato alla vita nazionale; la celebrazione dello sport quale « settore della politica sociale del fascismo », essenziale per la salute e il disciplinamento della stirpe ⁽⁷⁰⁾; il richiamo alle potenzialità corruttive del

(68) M. SARFATTI, *Arte e costume fascista*, in « Politica sociale », I (1929), p. 205; « Il manganello — proseguiva — fu all'origine (anche prima del fascismo, nella sana tradizione popolare dei teatri di burattini come in quella dei poemi cavallereschi) il simbolo della speditiva giustizia — della equità, nella sostanza dei fatti — anche *contro la legalità dilazionatrice e cavillosa*, che salva la forma a scapito del contenuto. Proprio questo abbisogna all'arte di oggi »; si augurava che « il Partito vo[lesse] volgere sempre di più la sua attenzione alle manifestazioni dell'Arte, per i fini politici supremi del Regime » valorizzando, a tal fine, « la forza dominante del partito », G. BOTTAI, *Giornale d'Italia, problema della organizzazione sindacale degli Artisti* (1928), in Id., *Esperienza corporativa*, cit., p. 376; sul rapporto tra arte e fascismo, v. l'ottimo M. CIOLI, *Il fascismo e la 'sua' arte*, Firenze, Olschki, 2011.

(69) P. S. LEICHT, *L'arte e lo Stato*, in « Politica sociale », I (1929), p. 327.

(70) È una citazione da A. Parboni, *Il fascismo e lo sport*, contenuta nella introduzione non firmata con cui si apre il fascicolo (IV-V) di « Politica sociale » del 1929 dedicato a « Le opere sociali del regime » (ivi, p. 375); su sport e regime, v.

cinema (soprattutto di quello americano) e la correlata necessità di aprire la strada a una « cinematografia educativa »⁽⁷¹⁾ da portare fin nei più « remoti paeselli »⁽⁷²⁾, non costituivano deteriori e insignificanti aspetti di folklore nostrano; piuttosto confermavano la necessità di attivare e sfruttare tutti i possibili canali per conseguire quell'ulteriore scatto rappresentato dall'adesione del cittadino al progetto fascista di società.

Da tale prospettiva, l'estendersi del raggio delle politiche sociali negli Stati totalitari, l'attenzione prestata allo stesso dopolavoro, a « una delle istituzioni più caratteristiche, espresse dal fecondo travaglio della rivoluzione fascista »⁽⁷³⁾, indispensabile a garantire « il buon impiego delle ore di libertà dei lavoratori »⁽⁷⁴⁾, il ruolo di spicco anche formalmente riconosciuto al partito su alcuni fronti cruciali (collocamento e dopolavoro in testa)⁽⁷⁵⁾, portano a ritenere che questa nuova, ampia, tastiera di interventi non rappresentasse solo e tanto il modo per legittimare (e rendere meno evidente) l'avvenuta compressione dei diritti e dell'autonomia individuale e collettiva, quanto la risorsa centrale « per riformare secondo un certo programma la società »⁽⁷⁶⁾.

Non vi fu infatti alcuna titubanza o reticenza nel collocare il discorso sui diritti soggettivi tra le viete eredità degli individualismi

l'interessante *Tempo libero, sport e fascismo*, a cura di D. Serapiglia, Bologna, BraDyPus, 2016.

(71) G. BOTTAI, *Il dopolavoro* (1928), in Id., *Esperienza corporativa*, cit., p. 413.

(72) R. M. (l'articolo è firmato così), in « *Politica sociale* », I (1929), p. 139 (il richiamo all'inafasto influsso dei film stranieri è contenuto ivi, pp. 137-138).

(73) BOTTAI, *Il dopolavoro*, cit., p. 409.

(74) *Ibidem*.

(75) Le sedi provinciali del dopolavoro erano infatti presiedute dal segretario provinciale del PNF, così come gli uffici di collocamento erano amministrati da una commissione paritetica composta dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro e presieduta dal segretario provinciale del partito. Di estremo interesse la lettura del volume, edito a cura del Partito fascista per i corsi di preparazione politica, intitolato *La politica sociale del fascismo*, Roma, Libreria dello Stato, 1936; al riguardo v. S. VINCI, *Il fascismo e la previdenza sociale*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Taranto*, anno IV, Bari, Cacucci, 2011, p. 709 e ss.

(76) A. LANZILLO, *Per una teoria dell'intervento dello Stato* (1932), in *Giuseppe Bottai e « Critica fascista »*, a cura di F. Malgeri, vol. I, S. Giovanni Valdarno, Landi editore, 1980, p. 746.

del passato, né a dichiarare opportuna la sostituzione dell'idea di diritti e libertà con quella di « organico sviluppo della [...] personalità » (77) individuale. Che fossero presentati quali diritti innati, ovvero quali posizioni conseguenti a un'autolimitazione dello Stato, i diritti soggettivi tendevano comunque a identificare una sfera inaccessibile allo Stato o accessibile soltanto a certe condizioni. Di contro, fra le ragioni che valevano a rendere il contesto totalitario particolarmente propizio a testare la nuova latitudine delle politiche sociali e, soprattutto, la loro capacità di forgiare il volto della società fascista, stava proprio il riferimento a uno spazio politico-giuridico liberato dall'intralcio dei diritti, e per ciò del tutto permeabile alla volontà e alle mire del centro sovrano. Anche se non si accedeva alle posizioni più radicali (« se altro fosse lo Stato [...] altri [sarebbero] i gusti degli individui » (78)), il diritto privato cessava di essere un luogo protetto, di autonomia, per diventare uno spazio a consistenza variabile che si distingueva dal pubblico proprio in ragione della sua comprimibilità e si giustificava nella misura in cui risultasse funzionale alla realizzazione di interessi ultraindividuali.

Era dunque il richiamo al vigore e alle esigenze di sviluppo dell'organismo a costituire la misura della (eventuale) sopravvivenza della privatezza in un contesto teorico che postulava la totale strumentalizzazione degli apporti soggettivi: reputato « elemento infinitesimale e transeunte » (79) del gioco sociale, l'individuo poteva (e in certa misura doveva) figurare anche quale destinatario di interventi attenti alla « cura del [suo] benessere » (80), ma solo perché « ogni società, che è un organismo, tanto più prospera, quanto più prosperano i suoi cittadini, che sono le cellule dell'organismo » (81). Per la stessa ragione — proseguiva Rocco — « il

(77) A. ROCCO, *Manifesto di 'Politica'* (1918), in *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, Milano, Giuffrè, 1938, II, p. 538.

(78) U. SPIRITO, *Benessere individuale e benessere sociale*, in « Archivio di studi corporativi », I (1930), p. 489.

(79) Tra i molti luoghi in cui ricorre tale espressione, v. A. ROCCO, *Dall'economia liberale e socialista all'economia fascista della carta del lavoro*, in « *Politica sociale* », II-IV (1930-1932), p. 360.

(80) A. ROCCO, *La formazione della coscienza nazionale dal liberalismo al fascismo* (1924), in *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, cit., II, p. 765.

(81) *Ibidem*.

Fascismo non vuole l'annullamento dell'individuo, anzi desidera il suo sviluppo, in quanto vuole *utilizzare l'individuo*, con tutte le sue passioni e le sue aspirazioni, nell'interesse sociale » (82).

E se « la libertà e[ra] una concessione dello Stato fatta non nell'interesse dell'individuo, ma nell'interesse dello Stato » (83) medesimo, a prendere forma sembrava fosse — lo notò con apprensione Cesarini Sforza — un autentico « diritto naturale rovesciato » (84) nel quale si poteva parlare di « diritti innati » (85) solo per le prerogative dello Stato; mentre la società tendeva ad assumere le sembianze del vivaio umano, del formicaio da organizzare e valorizzare nell'interesse del tutto statale. Se insomma « ogni italiano condannato alla inattività, alla miseria e agli stenti e[ra] un valore soppresso [...] un militante perduto alla causa della nazione » (86), lo Stato doveva attivarsi per aumentare le forze della

(82) Ivi, p. 766.

(83) *Ibidem*.

(84) W. CESARINI SFORZA, *Verso la Carta del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Pisa, Arti Grafiche Pacini Mariotti, 1943, p. 99.

(85) *Ibidem*.

(86) E. ROSSONI, *Previdenza e solidarietà nazionale*, in « Le assicurazioni sociali », VII (1931), p. 5; lo stesso istituto degli assegni familiari veniva collegato alla tutela della famiglia vista come « cellula fondamentale della potenza demografica e della vitalità della stirpe »: essi miravano a sostenere i lavoratori che avessero « adempiuto ad un alto dovere sociale, qual è quello di costituirsi una famiglia »; sono affermazioni tratte da *Al di là del lavoro e al di là del salario*, Roma, Infps, 1942, testo riportato nell'appendice documentaria del volume di SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., p. 402. Per un riferimento ai Patti lateranensi che, tra le altre cose, ebbero il merito di consacrare la centralità della famiglia cattolica e gerarchica, v. E. MARTIRE, *Aspetti politico-sociali della Pace del Laterano*, in « Politica sociale », I (1929), pp. 29-32; in particolare, si sottolineava « il carattere positivo della politica fascista della famiglia »: « il Fascismo — notava Martire — non predica il sentimento della famiglia senza legge, non esalta la libera maternità del terzo sesso, o la libera paternità degli irregolari della prolificità. *Il Fascismo sa che il libero amore è la variante morale del libero pensiero, fondamento ideologico di tutte le idolatrie dell'individualismo anarchico*. Il Fascismo riconosce la famiglia organizzata, la famiglia che è società, gerarchia, ordine. La prolificità, quindi, deve essere sottoposta all'ordine; essa medesima deve essere una espressione dell'ordine, come è appunto nella concezione cattolica della famiglia e nella disciplina cattolica del matrimonio [...] » (ivi, pp. 30-31). È Gaeta a rilevare i diversi possibili significati della politica demografica (dare alla Nazione figli o famiglie? Incentivare, come avvenne nella Ger-

nazione stessa, soprattutto da quando l'obiettivo della crescita demografica aveva fatto il suo ingresso nell'agenda del regime. Perché esso non coincidesse con il mero aumento della popolazione ma con un tangibile incremento della potenza nazionale, di una potenza che dagli anni Trenta ambiva a coltivare una nuova vocazione imperialista ed espansionista, era dunque necessario destinare attenzioni specifiche alle categorie più direttamente coinvolte e sollecitate nella realizzazione di simili finalità.

Di qui il ricorrente riferimento alla tutela dell'infanzia e dei giovani, vere e proprie « riserve umane sulle quali la patria sa[peva] di dover contare »⁽⁸⁷⁾; si trattava di un riferimento argomentato, come di consueto, richiamando il sovrastante interesse alla « organica e totale difesa della stirpe »⁽⁸⁸⁾ cui destinare opere di « bonifica fisica » non meno che « morale »⁽⁸⁹⁾. Al tempo stesso, era l'asserita necessità di un simile « programma di preparazione spirituale alla vita sociale »⁽⁹⁰⁾ che valeva a trasferire tali questio-

mania nazionalsocialista, le nascite anche se fuori dal calco del matrimonio legittimo o favorire le sole unioni ufficiali?); sul punto v. L. GAETA, *La politica sociale familiare del fascismo nella pubblicistica corporativa*, in « *Politica del diritto* », XVI (1985), 4, p. 523 e ss. (in generale, si rinvia a questo esteso saggio per una ricostruzione accurata e intelligente della politica familiare del fascismo).

⁽⁸⁷⁾ G. PISENTI, *Lo Stato corporativo e la previdenza sociale (commento alla dichiarazione XXVI)*, in A. TURATI, G. BOTTAI, *La Carta del lavoro illustrata e commentata*, Roma, Edizioni del diritto del lavoro, 1929, p. 406; val la pena citare la II dichiarazione della Carta della Scuola, adottata nel 1939, ai sensi della quale: « Nell'ordine fascista, età scolastica e età politica coincidono. Scuola, G.I.L. e G.U.F. formano insieme uno strumento unitario di educazione fascista. L'obbligo di frequentarli costituisce il servizio scolastico, che impegna i cittadini dalla prima età ai ventun anni [...] Un libretto personale, da collegarsi opportunamente al libretto di lavoro, attesta il compiuto servizio scolastico, anche ai fini della valutazione individuale negli impieghi e nel lavoro »; il testo integrale della Carta della Scuola si può leggere nell'appendice documentaria del volume di SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., alle pp. 390-391.

⁽⁸⁸⁾ G. BOTTAI, *La madre e il fanciullo nella previdenza sociale* (1933), in ID., *Esperienza corporativa (1929-1934)*, cit., p. 425.

⁽⁸⁹⁾ C. MARCHI, *Politica e assistenza sociale*, in « *Politica sociale* », I (1929), p. 24; identico riferimento alla necessità di coniugare « l'igiene del corpo » con « l'igiene dello spirito », si legge in G. BOTTAI, *L'igiene sociale e l'efficienza fisica della nazione* (1929), in ID., *Esperienza corporativa*, cit., p. 420.

⁽⁹⁰⁾ A. LANZILLO, *Il nuovo assetto dell'ente nazionale per la mutualità scolastica*, in « *Le assicurazioni sociali* », IX (1933), p. 621.

ni « direttamente sul piano dei problemi di regime e di partito »⁽⁹¹⁾.

Non minore fu l'attenzione dedicata alle donne, al ruolo che si immaginava per loro nella società fascista; il dato nuovo stava indubbiamente nelle caratteristiche di un intervento pubblico che per la prima volta tendeva a organizzare e mobilitare le donne (i fasci femminili, le visitatrici rurali ecc.) portandole a vivere anche uno spazio extradomestico. Che poi questa « ambigua forma di politicizzazione »⁽⁹²⁾ abbia precluso e in qualche modo favorito — in una sorta di eterogenesi dei fini — processi di emancipazione più ampi che avrebbero dato i loro frutti anche su sponde diverse od opposte rispetto a quelle immaginate dal regime, è plausibile.

Ma pure su altri fronti non sembra difficile scorgere una torsione, almeno parziale, dell'ideario ispiratore dei relativi interventi normativi: è vero infatti che molti di essi replicavano uno schema già ampiamente sperimentato nel corso del XIX, schema che portava ad affiancare disposizioni protettive (soprattutto dirette alla donna madre o in procinto di diventarlo) a disposizioni volte invece a limitare o escludere l'accesso delle donne a determinate attività. Tuttavia, se l'Ottocento aveva avuto bisogno di far leva sulla categoria della ridotta capacità (fisica, psicologica, professionale) delle donne, dal momento che tale categoria non intaccava, ora come allora, il principio costituzionale di eguaglianza (le donne — si

(91) MARCHI, *Politica e assistenza sociale*, cit., p. 24; v. anche, nello stesso solco, A. ALBERTINI, *Educazione dei fanciulli anormali nei riformatori governativi*, in « *Politica sociale* », I (1929), pp. 133-134; estesamente: « L'amministrazione deve considerare, e di fatto considera, le masse eterogenee di minori e di adulti che giungono in suo potere, come *unità umane da riplasmare*, al fine di renderle mature per la civile convivenza: e ciò riuscirà tanto più facile ed efficace, nei suoi risultamenti pratici, quando meno l'azione esecutiva sia vincolata a preconcetti astratti e dottrinari, e quanto più essa sia lasciata libera di adeguare i propri mezzi alle condizioni delle singole personalità ad essa affidate. È un problema che interessa direttamente e fondamentalmente la stirpe: un problema di bonifica umana integrale, non dissimile e certo più urgente di quello che riveste la bonifica del suolo, pel vincolo indissolubile che lega l'uomo alla terra ».

(92) A. ROSSI DORIA, *Diventare cittadine — Il voto alle donne in Italia*, Firenze, Giunti, 1996, p. 11; è d'obbligo il rinvio a V. DE GRAZIA, *Le donne nel regime fascista*, Venezia, Marsilio, 2007.

diceva — non sono meno uguali, sono diversamente capaci) ⁽⁹³⁾, il legislatore e la dottrina fascista potevano procedere su una strada diversa, se si vuole più piana, che insistesse sui concetti di rendimento e funzione, utili entrambi a identificare le migliori condizioni di utilizzazione degli apporti femminili nella nuova società fascista. Così, a esempio, il richiamo congiunto al minor rendimento che si riteneva proprio del lavoro femminile e alla capacità procreativa detenuta in via esclusiva dalle donne, induceva a ritenere più conveniente alla realizzazione degli obiettivi di potenza nazionale (sanità della stirpe, aumento demografico, calo della disoccupazione maschile) « il ritorno della donna dall'officina alla casa » ⁽⁹⁴⁾.

Quale fosse l'osservatorio assunto, sostenere che la politica sociale servisse a « rompere [...] la scorza dell'individualismo partecolaristico » ⁽⁹⁵⁾ era il modo per indurre in ognuno la « consapevolezza della propria funzione » ⁽⁹⁶⁾ nel quadro di una visione che ambiva a toccare « tutti gli aspetti, le forme, le fasi delle attività

⁽⁹³⁾ Non a caso, la legge 1176 del 17 luglio 1919 che abolì l'autorizzazione maritale e ammise le donne all'esercizio di molte professioni fino a quel momento loro precluse, era intitolata alla capacità giuridica della donna.

⁽⁹⁴⁾ G. BOTTAI, *Discorso del 31 maggio 1928 al Senato del Regno*, in ID., *Esperienza corporativa*, cit., p. 397; in senso analogo ID., *La madre e il fanciullo nella previdenza sociale*, cit., p. 426. L'unica parte del Trattato di Versailles — nota Bottai in un'altra sede — che l'Italia non ha voluto e potuto prendere in considerazione riguarda la parità del salario tra uomo e donna: si deve infatti considerare, accanto alla « differente produttività del lavoro femminile », anche « il carattere complementare che ordinariamente il salario della donna maritata ha di fronte al salario del marito » (v. ID., *Introduzione al volume di G. De Michelis*, cit., pp. 633-634); ottima e accurata la ricostruzione delle principali tappe normative relative al rapporto tra donne e universo lavorativo contenuta in GAETA, *La politica sociale familiare*, cit., specialmente p. 562 e ss.; è dal 1933, secondo l'autore, che il regime inizia a muoversi per ri-orientare le donne verso le sole occupazioni domestiche; e se nel 1934 si vietava loro di « lavorare in luoghi di perdizione come un set cinematografico, una ribalta teatrale o, più prosaicamente un'osteria » (ivi, pp. 576), negli anni seguenti si escludono dall'insegnamento di alcune materie (come la storia e la filosofia), dalla possibilità di svolgere determinate funzioni (es. di preside), fino alle norme della seconda metà degli anni trenta, che imposero soglie massime di impiego femminile tanto nel settore pubblico che in quello privato; v. GAETA, *La politica sociale familiare*, cit., *passim*, ma specialmente p. 562 e ss.

⁽⁹⁵⁾ G. GENTILE, *Politica e economia*, in « *Politica sociale* », I (1929), p. 14.

⁽⁹⁶⁾ G. BOTTAI, *Le funzioni assistenziali dei sindacati* (1929), in ID., *Esperienza corporativa*, cit., p. 417.

individuali, non per coartarne genericamente la formazione e standardizzarne i potenziali sviluppi, ma per coordinarle e convogliarle al raggiungimento del maggior benessere collettivo e per trarre da questa *reintegrazione dell'uomo nella totalità sociale* nuova ragione di completezza e di perfezionamento dei singoli, delle comunità, della società nazionale » (97).

Semplificando un po' e parafrasando un'alternativa risalente della modellistica giuspolitica — « difendere il soggetto per mezzo del sovrano oppure difendere il soggetto dal sovrano » (98) — si potrebbe sostenere che il « fascismo come organizza[tore] integrale della nuova Italia » (99) mirasse a difendere il sovrano mediante il soggetto. Era pertanto esclusa la possibilità di riferirsi a all'esistenza di doveri dello Stato (« Per noi fascisti lo Stato non ha dei doveri verso i cittadini » (100)): e non solo perché un dovere tende, solitamente, a generare un corrispondente diritto, ma perché in tema di politica sociale rischiava di essere chiamata in causa una classe di diritti tipicamente novecentesca e particolarmente insidiosa, quella dei diritti sociali. Senza alcun dubbio essi supponevano (e al tempo stesso si incaricavano di promuovere) un legame intenso tra individuo, comunità e Stato, tra autonomia e partecipazione, tra facoltà e doveri, ma con altrettanta decisione agganciavano tale legame a una declinazione forte e inedita di libertà, ora vista anche come liberazione (dal bisogno, dalla malattia, dall'ignoranza ecc.), come essenziale veicolo di cittadinanza per una soggettività che deponeva l'antica astrattezza e si incarnava nella sua irripetibile concretezza e unicità.

Quei diritti avevano una « natura intensamente politica » (101) proprio perché imponevano di disegnare su basi nuove la relazione tra Stato e individui, dal momento che il riconoscimento (e la garanzia) di essi incideva sulle stesse condizioni di legittimità del

(97) BOTTAI, *Politica sociale*, cit., p. 3.

(98) P. COSTA, voce *Diritti fondamentali*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 374.

(99) ROSSONI, *Previdenza e solidarietà nazionale*, cit., p. 5.

(100) G. BOTTAI, *Intervento al V congresso dell'istituto internazionale delle classi medie* (24 ottobre 1927), in ID., *Esperienza corporativa*, cit., p. 384.

(101) M. FIORAVANTI, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno* (1998), in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., II, p. 805.

potere statale. L'unica direzione che rendeva immaginabile, in un contesto totalitario, il ricorso alla nozione di diritti sociali, era quella indicata, negli stessi anni e attraverso una riflessione di ben altro respiro teorico, da Ernst Forsthoff. Essi potevano essere concepiti soltanto « come diritti di [...] partecipazione alla comunità (*Teilhaberechte*) »⁽¹⁰²⁾, senza mai assurgere al rango di « diritti fondamentali »: « le prestazioni » cui davano luogo, infatti, « si realizza[va]no sul piano amministrativo, v[eniva]no semplicemente concesse, non garantite dallo Stato »⁽¹⁰³⁾, coerentemente con una visione che « supera[va] ed elimina[va] il piano individualistico dei diritti di libertà » e puntava « sull'assorbimento del singolo nelle istituzioni statali »⁽¹⁰⁴⁾.

Peraltro, anche nelle fonti esaminate, la politica sociale non veniva presentata quale elemento necessario a rendere possibile la qualificazione dello Stato fascista come 'Stato sociale', ma nella veste di risorsa essenziale a dar vita ad un altro tipo di Stato, quello totale. Mentre termini come 'totale', 'totalitario', 'integrale', venivano insistentemente utilizzati, l'aggettivo 'sociale' — a quanto mi risulta — figurava, al più, per qualificare la nuova funzione, appunto sociale, dello Stato ma non per identificarne un tratto identitario. Era insomma lo Stato che sceglieva come organizzare la propria presenza nella società, senza tuttavia riconoscere nella politica sociale un fine della propria azione né un elemento atto a fondare la legittimità del suo potere, ma un mezzo, appunto indispensabile, per affermare la sua nuova vocazione totale.

⁽¹⁰²⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 490.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 489; in proposito, appare del tutto condivisibile la proposta di includere, nella tipizzazione dei diversi modelli di Welfare, anche il riferimento al « Welfare totale », a un modello, cioè, munito di caratteristiche proprie e pertanto particolarmente utile ad affrontare la *vexata quaestio* del rapporto continuità-cesure, specie dinanzi alla tentazione di tirar linee troppo lunghe (o troppo piane) tra liberalismo, fascismo, e democrazia; sul punto, v. GIROTTI, *Welfare State*, cit., p. 35; una convincente analisi sui profili di continuità-discontinuità tra Italia liberale, fascista e democratica, si può leggere in SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., pp. 17-18.

3. *Scienza del diritto e dilemmi corporativi.*

La terza condizione indicata da Bottai nell'avviare le pubblicazioni di *Politica sociale* chiamava in causa — lo si è detto all'inizio del primo paragrafo — il contegno dei giuristi, la loro scarsa sensibilità ai richiami del tempo, a quella « febbre del nuovo diritto » che sembrava risparmiare « gli spiriti di tutti coloro che nel mondo accademico occupa[va]no ancora i primi posti » (105). Non si trattava di un inconveniente da poco, né denunciato dalla sola voce di Bottai: il « concorso di oneste e acute intelligenze giuridiche fasciste » (106), capaci di offrire un'adeguata traduzione tecnico-dogmatica alle idealità del regime, rappresentava infatti una indispensabile condizione di successo per il regime; e se « osare una rivoluzione senza rivoluzionare, in parte almeno, il diritto preesistente e[ra] come fabbricare un ponte senza i piloni » (107), era indispensabile superare quella « mentalità accademica isolatrice ed astratta » (108) intenta ad innalzare barriere impenetrabili intorno al diritto « come se si trattasse di profanare chi sa quali morte reliquie » (109). Né tale freddezza derivava sempre da una mancanza di fede politica: molti di questi « valentuomini » erano « tutt'altro che nemici al regime » (110); solo che avevano un'idea errata, riduttiva, del fascismo, apprezzato solo come momento di ritorno all'ordine, e non come processo di rigenerazione della vita italiana (111). E benché fossero differenti le ricette ritenute valide a estirpare le « tossine acide » dell'« educazione antinazionale » (112), si conveniva sul fatto

(105) G. BOTTAI, *La corporazione, sistema moralizzatore della professione* (1927), in *Id.*, *Esperienza corporativa*, cit., p. 355.

(106) *Ibidem.*

(107) MAGGIORE, *Carattere politico della legislazione fascista*, cit., p. 790.

(108) G. ARIAS, *Legge corporativa e legge sociale*, in « *Le assicurazioni sociali* », X (1934), p. 2.

(109) MAGGIORE, *Carattere politico della legislazione fascista*, cit., p. 789.

(110) *Ivi*, p. 790.

(111) Molti — concludeva Maggiore — « perdonano al regime di esser venuto a mettere un po' di ordine nel paese, di rizzare di bel nuovo la scala, rovesciata, dei valori morali [...] ma viceversa torcono la bocca quando vedono porre le mani sul patrimonio del diritto » (*ivi*, p. 789).

(112) R.T. [sigla che indica verosimilmente il Direttore della Rivista, Renato Trevisani], *Il problema degli universitari*, in « *Politica sociale* », I (1929), p. 135; il

che gran parte della scienza giuridica ufficiale rimanesse legata a categorie obsolete e questo non condannava soltanto la scienza a vivere fuori dal tempo, ma in qualche modo sembrava intralciare la stessa corsa al futuro del fascismo.

Tali censure, peraltro, apparivano, nella maggioranza dei casi, fondate; molti giuristi di formazione tradizionale, pur esprimendo posizioni non sovrapponibili, tendevano infatti ad affrontare il Novecento con modalità analoghe: alla lucida analisi dei fenomeni che valevano a determinare la crisi del vecchio mondo, faceva seguito, il più delle volte, il tentativo di inquadrare le novità all'interno delle categorie interpretative note e di una concezione tradizionale dello spazio privato e pubblico. La politica sociale non faceva eccezione: raramente assunta quale oggetto specifico di trattazione, il volto sociale dello Stato veniva solitamente inalveato all'interno di due binari interpretativi; da un lato, prendeva forma la posizione di chi riportava tale incremento qualitativo e quantitativo della presenza statale a un più ampio fenomeno di ripermetrazione degli spazi del giure che andava a tutto vantaggio del diritto pubblico. Che poi tale estensione di confini fosse reputata tipica e specifica dello « Stato totalitario », di uno Stato, cioè che « assoggett[va] a sé tutte le forze ed iniziative del Paese [...] nella totalità dei suoi rapporti, dalla famiglia alla scuola, dall'officina all'opificio » ⁽¹¹³⁾, o che tale volto interventista venisse collocato in un orizzonte temporale più vasto che dalla legislazione sociale di fine Ottocento arrivava a coprire gli anni successivi alla caduta del

rimedio indicato da Tevisani era assai chiaro: riservare l'insegnamento universitario ai « giovani gregari del fascismo » che il regime doveva mantenere agli studi e avviare alla carriera accademica.

⁽¹¹³⁾ FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati del fascismo*, cit., p. 108; « Tutti: individui, collettività, imprese, banche, istituti di risparmio, società coloniali — proseguiva Ferrara — sono sotto l'immediata direzione del supremo organismo statale, che tutto prevede ed a tutto provvede [...] Perciò le funzioni dello Stato si sono smisuratamente ampliate, in confronto di quelle che erano prima. Lo Stato non si limita più all'esercizio della sovranità, badando solo a che l'ordine pubblico non sia turbato all'interno e che lo Stato sia difeso all'estero, ma partecipa attivamente a tutta la vita nazionale, è sempre presente in tutte le manifestazioni ».

fascismo⁽¹¹⁴⁾, poco cambiava. In entrambe le ipotesi, la politica sociale figurava come uno dei lati di tale abbraccio pubblicizzante, segno di un'evoluzione che comprimeva lo spazio della privatezza ma che in nessun modo poteva contribuire a ridisegnare i suoi contorni e a rilanciarne, su altre basi, ruolo e funzioni.

L'altro binario interpretativo sembrava invece compiere un'operazione di segno opposto: anziché accorpare i molteplici aspetti del nuovo corso storico sotto un'unica cifra interpretativa (l'aumento dei compiti dello Stato), si cimentava in analisi orientate a sezionare e segmentare quella molteplicità, nel tentativo di costringerla all'interno di caselle ermeneutiche collaudate, sorte per esigenze di inquadramento profondamente diverse. Così, dinanzi al contratto collettivo, diventava rilevante stabilire se fosse una legge o un contratto; dinanzi al ruolo assunto dal partito, dal sindacato o dalle molte e diverse organizzazioni sorte in quegli anni, capire se potessero considerarsi organi o enti, persone giuridiche pubbliche o private; dinanzi al nuovo volto della proprietà decidere se essa fosse o avesse una funzione sociale ecc.⁽¹¹⁵⁾. E se ancora poco tempo addietro — lo si è visto con riguardo a Ranelletti e Carnelutti⁽¹¹⁶⁾ — appariva plausibile l'investimento sulle potenzialità espansive delle categorie tradizionali, adesso simili atteggiamenti, spesso facenti capo ai medesimi giuristi, rischiavano di aprire una faglia incolmabile tra le immagini della scienza e il volto di una realtà che invece mostrava di mescolare le carte, incurante delle vecchie partizioni e chiaramente non incisa né modificata dalle trovate classificatorie di volta in volta messe in campo.

Fu con un contegno analogo che la scienza giuridica si avvicinò allo stesso corporativismo: all'enfasi dei giuristi di regime, intenti a sottolineare la potenza palingenetica del nuovo edificio, faceva di solito riscontro un atteggiamento tiepido dei giuristi di formazione

⁽¹¹⁴⁾ In questo senso, a esempio, la lettura di VASSALLI; v., a es., *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), in ID., *Studi giuridici*, cit., II, *passim*, ma specialmente p. 734 e ID., *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, cit., p. 750 e ss.

⁽¹¹⁵⁾ Per queste modalità di inquadramento, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *L'ordine corporativo — poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, specialmente pp. 41 e ss., 123 e ss. e 203 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ V. *retro* nota n. 13.

tradizionale, tutt'al più disposti ad aderire a quei lati del corporativismo che sembravano aver sancito una semplice restaurazione dell'ordine. Di frequente, a esempio, si plaudì alla legge Rocco del 1926 che realizzava la c.d. fase sindacale del corporativismo: quella norma che pure varcava la soglia dello statualismo autoritario *d'antan*, che fu apertamente e orgogliosamente collocata dal suo autore tra le c.d. leggi fascistissime ⁽¹¹⁷⁾, quella norma cui si riconosceva un ruolo decisivo (« la trasformazione più profonda, che lo Stato abbia mai subito dalla Rivoluzione francese in poi » ⁽¹¹⁸⁾) nella costruzione del nuovo ordine, venne spesso considerata un mero strumento di conservazione dell'ordine esistente, che si limitava a porre sotto l'egida dello Stato le associazioni professionali, neutralizzandone la carica conflittuale e le attitudini destabilizzanti.

E che simili tematizzazioni fossero da attribuirsi, più che a un moto di consapevole e sotterranea contestazione delle ambizioni totalitarie del fascismo, alla ipostatizzazione del modello liberale di convivenza e alla conseguente difficoltà a immaginare un modo 'altro' di concepire la relazione tra individuo, società e Stato, è confermato dalla posizione di quei giuristi che, pur non essendo tacciabili di nostalgie corporative o fasciste, dichiararono, ancora negli anni Cinquanta, di rimpiangere una legge che offriva procedure di pace, a differenza di quanto aveva fatto il costituente repubblicano, che, attraverso il riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero, mostrava di aver aperto le porte dell'ordinamento a un autentico atto di guerra ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ A. ROCCO, *Introduzione a ID., La trasformazione dello Stato — dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, La voce anonima editrice, 1927, p. 30.

⁽¹¹⁸⁾ A. ROCCO, *Legge sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro*, relazione al disegno di legge letta alla Camera dei deputati il 18 novembre del 1925, in ID., *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 335.

⁽¹¹⁹⁾ In questa direzione andò la lettura di F. CARNELUTTI, *Stato democratico: Stato corporativo*, discorso pronunciato nel 1949 al Convegno indetto dalla Camera di commercio, industria e agricoltura di Roma, ora leggibile in A. CANALETTI GAUDENTI, S. DE SIMONE, *Verso il corporativismo democratico*, Bari, Cacucci, 1951, p. 249; ID., *La via della salvezza*, in *Atti del terzo Congresso nazionale di diritto agrario*, cit., p. 39 e ID., *Sciopero e giudizio* (1949), in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam, 1953, p. 138. Estesamente: « Un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti collettivi del

Se dunque il versante sindacale del corporativismo incontrò l'approvazione di molti giuristi legati all'ideario individualistico ottocentesco, la fase propriamente corporativa non suscitò analoghe adesioni, diventando, il più delle volte, terreno di sperimentazione di quelle letture segmentate cui si accennava prima. La prospettiva della terza via appariva infatti singolarmente scivolosa: immaginare una relazione costante tra privato e pubblico sul fronte (fino ad allora gelosamente privato) dei rapporti economico-produttivi non tendeva solo a sbavare la linea di confine, che si voleva nitida, tra i due universi del giure, ma anche ad alterare la loro abituale fisionomia. Non è questa, evidentemente, la sede per ripercorrere le molte articolazioni del rapporto tra giuristi e interpretazioni del corporativismo; tale rapido richiamo, però, mi è utile a formulare qualche osservazione conclusiva sul tema della politica sociale e a riannodare i fili di un discorso che ha indugiato a qualche digressione.

Come già accennato, i giuristi vicini al fascismo presentarono il corporativismo come l'autentico fiore all'occhiello del regime, incaricato di testimoniare, più di ogni altra cosa, l'originalità e la superiorità delle soluzioni fasciste; per questo — si diceva — la stessa politica sociale non poteva essere che corporativa (« politica sociale vuol dire politica corporativa »⁽¹²⁰⁾). Tuttavia l'impressione è che quell'ordinamento, teoricamente chiamato a stringere in un unico abbraccio politica, diritto ed economia, uscisse sezionato non solo dalle pagine dei giuristi della tradizione, ma anche da quelle di alcuni dei suoi più strenui sostenitori, posti di fronte a un'*impasse* interpretativa che il tema della politica sociale sembrava portare allo scoperto con particolare chiarezza.

Non ci si riferisce in questo caso alla questione, nota, della sfasatura tra (i magniloquenti) intenti dichiarati e (i magri) risultati

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. Non si tratta di una lacuna del diritto» ma di «una volontaria rinuncia dello Stato ad esercitare il suo ufficio di compositore di conflitti e di instauratore della pace».

⁽¹²⁰⁾ BOTTAI, *Politica sociale*, cit., p. 3; nello stesso senso anche VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 750.

conseguiti, sfasatura che rimane un tratto tipico e storiograficamente acquisito in riferimento alla vicenda corporativa; neppure si intende richiamare quelle interpretazioni, parimenti consolidate, che hanno collocato negli anni del fascismo l'origine di un sistema di *welfare* dal volto « particolaristico-clientelare »⁽¹²¹⁾, caratterizzato dalla presenza di plurimi e frammentati regimi di tutela⁽¹²²⁾, sistema che avrebbe avuto una lunga storia anche negli anni della Repubblica e che la stessa creazione dei grandi enti non riuscì ad estirpare⁽¹²³⁾. Né, infine, si intende richiamare le letture che hanno evidenziato, soprattutto con riguardo al settore dell'assistenza sanitaria e dell'assicurazione per malattia, il volto deflattivo di una politica sociale, come quella fascista, che si è costantemente avvalsa anche di soggetti non pubblici⁽¹²⁴⁾.

La proliferazione (o la mancata soppressione) di strutture, il processo di entificazione massiccia, il coinvolgimento dell'universo privato-sociale, le stesse previsioni della legge sindacale del 1926 e della Carta del Lavoro che prefiguravano un ruolo attivo delle associazioni professionali in ambito sociale⁽¹²⁵⁾, costituivano infatti

(121) M. FERRERA, *Il Welfare State in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 36.

(122) In questo senso, ASCOLI, *Il sistema italiano di Welfare*, cit., pp. 27-29 che sottolinea la sopravvivenza al fascismo di tale carattere del Welfare italiano (ivi, p. 45); A. PIPERNO, *La politica sanitaria in Italia tra continuità e mutamento*, pp. 162-163; P. DAVID, *Il sistema assistenziale in Italia*, p. 190 e M. PACI, *Il sistema di Welfare italiano tra tradizione clientelare e prospettive di riforma, passim*, ma specialmente p. 314 e ss.; tutti e tre i contributi citati sono leggibili in *Welfare State all'italiana*, cit., alle pagine indicate; rileva come la « intricata selva mutualistica » fosse in parte attribuibile alla logica, lucida, del « divide et impera », e in parte al « paralizzante scontro in atto [...] all'interno delle varie anime del fascismo », SILEI, *Lo Stato sociale in Italia*, cit., p. 328.

(123) Ottima al riguardo l'indagine di GIORGI, *La previgenza del regime*, cit., specie pp. 11-17, cui si rinvia anche per la ricostruzione delle principali interpretazioni elaborate al riguardo.

(124) V., a es., ASCOLI, *Il sistema italiano di Welfare*, cit., pp. 27-28; PIPERNO, *La politica sanitaria*, cit., pp. 163-166; BERTINI, *Il fascismo dalle assicurazioni per i lavoratori allo Stato sociale*, cit., pp. 223-227.

(125) Quanto alla legge sindacale (n. 563 del 3 aprile 1926), le disposizioni più rilevanti in proposito erano: l'art. 1, che poneva tra i requisiti che le associazioni sindacali dovevano possedere ai fini del riconoscimento, il fatto che esse « oltre gli scopi di tutela degli interessi economici e morali dei loro soci » perseguissero « effettivamente scopi di assistenza, di istruzione e di educazione morale e nazionale dei medesimi »; l'art. 4 che

soluzioni astrattamente compatibili con l'edificazione dello Stato totale. Sarebbe stata proprio l'abilità dello Stato, del grande manovratore, a far la differenza, dal momento che tale diramazione delle centrali abilitate alla erogazione di prestazioni poteva concorrere tanto rafforzare quanto a indebolire il processo totalitario di aggregazione della società intorno al centro statale, processo che per compiersi poteva anche aver bisogno di far leva su una strategica articolazione e differenziazione delle risposte fornite ai distinti blocchi socio-economici.

L'insidia interpretativa cui accennavo mi pare invece trasparisse dalle pagine di alcuni uomini di regime, impegnati nel difficile

dava facoltà agli statuti delle associazioni professionali di « stabilire l'organizzazione di scuole professionali, di istituti di assistenza economica e di educazione morale e nazionale e di istituti aventi per scopo l'incremento e il miglioramento della produzione, della cultura o dell'arte nazionale »; per quanto invece attiene alla Carta del Lavoro, vanno segnalate quanto meno: la dich. XII, che definiva il c.d. salario corporativo, stabilendo la « corrispondenza del salario alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro »; le dich. XIV, XV, XVI, XVIII relative, rispettivamente, alla retribuzione del lavoro notturno e a cottimo, al riposo settimanale e al riposo feriale retribuito; alla indennità di licenziamento e alla conservazione del posto di lavoro in caso di passaggio di proprietà dell'azienda, di malattia non eccedente una certa durata e di richiamo alle armi; le dich. XXII e XXIII erano destinate agli uffici di collocamento; la dichiarazione XXIV stabiliva espressamente che « le associazioni professionali di lavoratori » avessero « l'obbligo di esercitare un'azione selettiva fra i lavoratori, diretta ad elevarne sempre di più la capacità tecnica e il valore morale »; le dichiarazioni conclusive (XXVI-XXX) erano radunate sotto il titolo « della previdenza, dell'assistenza, dell'educazione e dell'istruzione »; esse indicavano gli scopi dello Stato fascista in materia; la dich. XXVII prevedeva: perfezionamento dell'assicurazione infortuni, miglioramento ed estensione dell'assicurazione maternità; assicurazione per tubercolosi e malattie professionali; perfezionamento dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria; previsione di « forme speciali assicurative dotazioni per i giovani lavoratori; la dichiarazione XXVIII disponeva che i contratti collettivi potessero stabilire « la costituzione di casse mutue per malattia col contributo dei datori di lavoro e dei prestatori d'opera »; la dich. XXIX che « l'assistenza ai propri rappresentati, soci e non soci, [...] fosse un diritto e un dovere delle associazioni professionali » che non potevano « delegarle a altri enti od istituti, se non per obiettivi d'indole generale, eccedenti gli interessi delle singole categorie »; l'ultima dichiarazione, la XXX, stabiliva infine che « L'educazione e l'istruzione, specie l'istruzione professionale, dei loro rappresentati, soci o non soci [fosse] uno dei principali doveri delle associazioni professionali » tenute ad « affiancare l'azione delle Opere nazionali relative al dopolavoro e alle altre iniziative di educazione ».

tentativo di conciliare la missione attribuita ai due momenti (sindacale e corporativo) della edificanda macchina corporativa; per dir meglio: una certa tematizzazione della fase c.d. sindacale, tendeva a rendere complicata, e fin dalla sua enunciazione teorica, una lettura della fase corporativa che consentisse di mettere a fuoco una via autenticamente ‘terza’, capace, in quanto tale, di intersecare secondo modalità inedite mercato e intervento pubblico e di includere al proprio interno una visione ugualmente nuova della politica sociale.

Una prima risposta fu quella data dai fautori del corporativismo c.d. integrale, cui si è già fatto cenno; in questo caso, la dichiarata necessità di abbattere il confine tra società e Stato a favore di una integrale pubblicizzazione della vita giuridica, lasciava indubbiamente aperti molti problemi sul fronte realizzativo, ma non incorreva in particolari contraddizioni teoriche. Se il corporativismo, nella visione di uno Spirito o di un Volpicelli, era finalizzato a sancire la « natura e [la] rilevanza statutale di tutta la vita individuale e sociale »⁽¹²⁶⁾, il diritto privato costituiva un elemento disfunzionale, la traccia arcaica e nociva di un mondo che ancora ammetteva ipotesi di divergenza tra finalità individuali e finalità statuali. Proprietà e iniziativa privata non scomparivano da tali sistemi teorici, ma sopravvivevano, come noto, con fattezze profondamente mutate: lungi dall’incarnare zone protette dallo sguardo pubblico, si convertivano in altrettanti strumenti di ottimale sfruttamento delle energie individuali: « il fascismo » — a dirlo è Spirito — « lascia sussistere la proprietà [...] non per una presunta intangibilità dei diritti dell’individuo, ma soltanto perché ritiene la proprietà lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della nazione »⁽¹²⁷⁾.

Era in questo solco concettuale che il corporativismo poteva dirsi espressione di un terzo modello, chiamato a conciliare gli opposti: ai sistemi liberali, dediti al culto di una concorrenza ato-

⁽¹²⁶⁾ A. VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in « Archivio di studi corporativi », I (1930), p. 211.

⁽¹²⁷⁾ U. SPIRITO, *Dentro e fuori* (1932), in *Giuseppe Bottai e « Critica fascista »*, cit., vol. II, p. 728; in questo senso, come noto, la nota tesi della corporazione proprietaria presentata da Spirito a Ferrara al secondo convegno di studi sindacali e corporativi (v. ID., *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, Tipografia del Senato, 1932).

mistica del tutto inconferente con le caratteristiche e i rischi dei mercati novecenteschi, contrapponeva la mano sicura di uno stato pianificatore capace di indirizzare il gioco economico verso la realizzazione dei nuovi traguardi di potenza nazionale; ai sistemi socialisti, ottusamente livellatori, opponeva invece una ricetta capace di stimolare l'individuo, allettato dalla prospettiva del tornaconto economico, a produrre al massimo delle sue capacità. Lo Stato totale appariva dunque (e a maggior ragione, verrebbe voglia di dire) una dimensione necessaria ad assecondare, simultaneamente, la vocazione espansiva della sovranità e di un'economia, come quella del XX secolo, che sembrava salvare solo i « colossi » condannando a morte « i pigmei » (128).

La politica sociale finiva coerentemente per diventare — lo si è già notato sopra — una nozione inutile: una volta abbattute le frontiere, una volta realizzata l'assoluta immedesimazione tra individuo e Stato, tra pianificazione economica statale e risposta produttiva individuale, la logica differenziale, autonomamente prodotta dal mercato, avrebbe infatti ceduto il passo a un « mondo » di « individui, inseriti e specificati in gruppi professionali siffatti da risolvere la rigida dualità delle classi [...] in una mobile serie, economicamente e giuridicamente omogenea, di differenze gerarchiche. Caratteri primi e distintivi dello Stato corporativo — concludeva Volpicelli — sono appunto i seguenti: [...] la radicale elisione dell'atomismo e della libertà privatistica » e la « fine del trascendente burocraticismo statale » (129).

L'individuo compiutamente imbevuto delle finalità statuali, educato a sentirsi libero in un contesto che ne aveva conquistato l'anima (130) diveniva quindi parte di un processo di distribuzione gerarchica delle funzioni e delle competenze, rigorosamente governato da un potere divenuto attore centrale e decisivo dello stesso gioco economico. Che in tale opera di « rigerarchizzazione » (131) del sociale, lo Stato cavalcasse o meno le disegualianze (sociali ed

(128) U. SPIRITO, *Ruralizzazione o industrializzazione*, in « Archivio di studi corporativi », I (1930), p. 149.

(129) VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 751.

(130) SPIRITO, *Benessere individuale e benessere sociale*, cit., p. 489.

(131) GIROTTI, *Welfare State*, cit., p. 65.

economiche) pre-esistenti, poco contava; l'importante era impostare correttamente il percorso per ottenere gli esiti desiderati. Quanto al percorso, tale idea di corporativismo poteva realizzarsi solo attivando tutti i possibili canali di persuasione degli individui, solo valorizzando le sedi e gli strumenti atti a realizzare l'interiore conversione dei soggetti alla causa del nuovo Stato. Se taluno — lo si è visto sopra — chiamava simili attività 'politica sociale', esse, senza dubbio, rappresentavano un requisito indispensabile alla riuscita del progetto corporativo; quanto al risultato: il successo di tale progetto, sotto la specie della totale immedesimazione di individui e Stato, avrebbe invece confermato il carattere superfluo dei riferimenti alla politica sociale, proprio perché l'idea di « un organico e razionale principio di ordine e di giustizia sociale »⁽¹³²⁾ non poteva che costituire la premessa e lo sbocco obbligato di tale costruzione, segno del compiuto insediamento di un'autorità capace di governare ogni lato della convivenza e di assicurare la massima prosperità nazionale. Al limite, in tali itinerari teorici, era la fase sindacale a poter creare qualche problema⁽¹³³⁾, se era vero che l'obiettivo della immedesimazione tra vita individuale, sociale e statale mal si conciliava con la presenza di realtà giuridiche (i sindacati, appunto) incardinate sul riconoscimento di interessi contrapposti e pertanto destinate a perpetuare il demone del dualismo e della frammentazione.

Ma a investire sul corporativismo fu anche una sponda teorica diversa rispetto a quella appena esaminata, sponda che riuscì ugualmente a superare — per dir così — la prova della terza via. Non si è, in questo caso, di fronte a giuristi di regime, ma a profili dottrinali assai articolati, espressione di diverse estrazioni disciplinari e ideali (liberali, liberal-autoritari, liberal-fascisti, solidaristi ecc.); tuttavia, al di sotto di tali differenze e ai fini di questo scritto, è possibile evidenziare alcuni elementi comuni. Anzitutto ad avvicinare posizioni distanti come quelle di un Mossa, di un Finzi, di un Cesarini

⁽¹³²⁾ VOLPICELLI, *La politica sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 751.

⁽¹³³⁾ V. SPIRITO, *Individuo e Stato*, cit., p. 7 (estratto); ID., *Verso la fine del sindacalismo?*, in Giuseppe Bottai e « Critica fascista », cit., II, pp. 871-872 e ID., *Gerarchia del lavoro e fine del sindacato* (1935), in *Il sindacalismo fascista*, II, cit., p. 240 e ss.

Sforza o di un Arena, fu l'idea, condivisa, che le imponenti esigenze di aggiornamento dell'agenda disciplinare non dovessero elidere la distinzione tra privato e pubblico; furono inoltre concordi nel ritenere che lo spazio privato potesse essere ancora raffigurabile come spazio di autonomia e di diritti. Dal loro punto di vista, il corporativismo era chiamato a valorizzare tanto le potenzialità espansive del mercato, del nuovo mercato novecentesco, quanto le capacità regolative del centro statale. Compendiando un po' grossolanamente la visione di tali autori, si può dire che il corporativismo doveva servire a rendere riconoscibile la società come mercato, inteso, quest'ultimo, come il luogo di una libertà effettiva, non fittizia; solo che tale libertà, nel contesto di un gioco economico caratterizzato da accresciute dimensioni e aggressività dei suoi protagonisti, non poteva poggiarsi sulle sole spalle degli individui. A esser richiesti erano dunque osservatori più ampi e organizzati (il collettivo e lo statale) chiamati a guidare e coadiuvare le scelte dei diversi operatori economici, in un complesso e articolato equilibrio — la terza via, appunto — tra autonomia ed eteronomia, tra libertà e vincoli. Individuale, collettivo e pubblico rappresentavano così i lati del nuovo ordine corporativo, chiamato a stringerli in un comune vincolo finalistico senza tuttavia eliderne le caratteristiche distintive.

Fase sindacale e corporativa costituivano, del pari, capitoli distinti, espressione di vocazioni non coincidenti ma ugualmente indispensabili alla edificazione del nuovo ordine; la fase sindacale, in particolare, non serviva solamente a rendere visibile la presenza di interessi sociali ed economici organizzati, ma a prendere contatto, più in generale, con la dimensione collettiva del diritto, con quel diritto « più che privato e meno che pubblico » ⁽¹³⁴⁾ che dialogava simultaneamente con il singolo e con lo Stato, e che consentiva di

⁽¹³⁴⁾ Si tratta di una celebre espressione di Cesarini Sforza; v., tra i molti possibili riferimenti, W. CESARINI SFORZA, *Preliminari sul diritto collettivo* (1936) e ID., *Il libro del lavoro e il nuovo diritto civile* (1941), testi pubblicati entrambi in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, rispettivamente alle p. 273 e 189; pur nella profonda differenza dei rispettivi itinerari teorici, si ritiene un concetto utilizzabile anche in riferimento ad autori come Enrico Finzi, Lorenzo Mossa e Celestino Arena.

mettere a fuoco una nozione di privatezza non legata alla esclusiva considerazione e valutazione degli interessi individuali. La fase corporativa rappresentava l'indispensabile e ulteriore gradino, il momento del salto verso l'interesse generale, verso un interesse che sembrava ormai poter essere attinto e realizzato solo tramite un deciso intervento dello Stato, non chiamato, tuttavia, ad azzerare le energie individuali e collettive espresse dalla società, ma a trasfigurarle in una dimensione autenticamente nazionale. Compito, questo, che incideva in profondità la tradizionale veste del diritto privato: perché rendeva permeabile lo spazio soggettivo al profilo, nuovo, dei doveri di esercizio; e perché il singolo non aveva dinanzi a sé solo lo Stato, ma una molteplicità di gruppi sociali cui era legato da rapporti di facoltà-obblighi. Che era poi il modo per elevare la dialettica tra autonomia-eteronomia a cifra complessiva della convivenza novecentesca, e si trattava di un'acquisizione essenziale non solo per disegnare la posizione giuridica dell'individuo, ma anche per identificare le condizioni che avrebbero reso legittima l'autorità dello Stato corporativo, salvandolo da derive burocratiche o bolscevizzanti.

In simili contesti argomentativi, quale fosse lo spazio e il ruolo assegnato alla politica sociale, essa veniva comunque presentata come il capitolo di una più complessiva visione della convivenza che tentava di prendere le distanze dalla tradizionale autoreferenzialità del mercato senza tuttavia rinunciare al lato privato-sociale del diritto. Si poteva, alla Cesarini Sforza ⁽¹³⁵⁾, aggiornare la classica visione liberale, sostenendo, da un lato, la perfetta legittimità delle disuguaglianze socio-economiche, ed evidenziando, al contempo, i benefici scaturenti dalla più razionale organizzazione e regolazione (corporativa) del mercato, benefici che avrebbero sensibilmente ridotto le situazioni di bisogno e di disagio, rendendo così sufficiente un modello di *welfare* che, seguendo gli attuali criteri di classificazione, si chiamerebbe residuale ⁽¹³⁶⁾. Oppure si poteva, alla Mossa,

⁽¹³⁵⁾ Al riguardo, v. P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: illusioni e certezze della giurisprudenza (in margine a Crocianesimo e cultura giuridica di Antonio De Gennaro)*, in «Quaderni fiorentini», 5-6 (1976-77), p. 1031 e ss.

⁽¹³⁶⁾ Il riferimento, come si intuisce, è alla classificazione di Richard Titmuss, su cui v. GIROTTI, *Welfare State*, cit., pp. 32-36.

scorgere nella politica sociale lo strumento capace di dar corpo alla tensione verso un'uguaglianza che si direbbe oggi sostanziale, interessata, come tale, a lasciarsi alle spalle le ingiuste astrattezze del diritto ottocentesco. Ma in entrambe le ipotesi, la politica sociale non figurava mai nella veste di dimensione parallela o collaterale ai diversi impianti discorsivi: cittadinanza giuridica dei sindacati, salario corporativo ⁽¹³⁷⁾, assicurazioni, previdenza, rappresentavano, in tali letture, altrettanti « correttiv[i] al sistema capitalistico puro », altrettante espressioni dell'« influenza della collettività e dell'interesse collettivo in una materia che prima era contrassegnata dal prevalere del giuoco delle energie individuali »; esprimevano, insomma, i momenti di una « *politica economica* » (« politica sociale è [...] anche necessariamente politica economica » ⁽¹³⁸⁾), compresi fin dall'inizio in un più esteso progetto regolativo che il corporativismo, attraverso i tanti livelli istituzionali, normativi e produttivi che lo componevano, doveva saper esprimere.

Riferirsi, in un simile quadro, all'esistenza di un vero e proprio « diritto soggettivo all'assistenza », non derivante dalla « partecipazione del singolo lavoratore alla singola impresa » ma « dall'appartenenza del lavoro al sistema industriale » ⁽¹³⁹⁾, non costituiva dunque un fuor d'opera: non si trattava più di stabilire — alla Carnellutti ⁽¹⁴⁰⁾ o alla Barassi ⁽¹⁴¹⁾ — se tale diritto derivasse da legge o da contratto, perché esso, ormai, poteva dirsi scaturente « dalla normazione oggettiva dell'impresa economica, considerata realtà sociale organizzativa » ⁽¹⁴²⁾, espressione di quel legame, costante e vitale, tra autonomia ed eteronomia, che definiva i contorni di privato, sociale e pubblico, nonché le modalità della loro rela-

⁽¹³⁷⁾ Si tratta del salario previsto dalla dich. XII della Carta del Lavoro, su cui v. *retro*, nota 33.

⁽¹³⁸⁾ G. OLIVETTI, *Economia e politica sociale*, in « *Politica sociale* », I (1929), pp. 49-50.

⁽¹³⁹⁾ C. ARENA, *La giustizia sociale nello Stato corporativo*, in « *Le assicurazioni sociali* », XI (1935), p. 17.

⁽¹⁴⁰⁾ V., *retro*, nota 13.

⁽¹⁴¹⁾ L. BARASSI, *Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali*, in « *Le assicurazioni sociali* », IX (1933), pp. 21-22.

⁽¹⁴²⁾ ARENA, *La giustizia sociale nello Stato corporativo*, cit., p. 17.

zione, e che solo consentiva di legittimare la stessa, indiscussa, supremazia del momento statale.

Al contrario, la prova della terza via diventava più difficile da superare quando si trattava di far convivere un'ipotesi di decisa strumentalizzazione del momento sociale-sindacale con l'idea che il corporativismo dovesse essere qualcosa di più e di diverso da una mera « fabbrica dei contratti collettivi »⁽¹⁴³⁾ chiamata a comporre, più o meno asimmetricamente, il conflitto tra capitale e lavoro. A sostenere, in più occasioni, simile punto di vista fu, a esempio, Giuseppe Bottai che non si limitò, come noto, a fornire un mero contributo teorico all'esperienza corporativa; quell'esperienza fu infatti vissuta e costruita direttamente dalle stanze del Ministero delle Corporazioni, anche attraverso un'intensa opera di organizzazione politico-culturale volta a forgiare intellettuali, giuristi e dirigenti capaci di incarnare l'autentico spirito della rivoluzione fascista⁽¹⁴⁴⁾.

Tuttavia, asserire che il « genio del fascismo » si fosse manifestato nella trasformazione delle associazioni professionali in « organi indiretti dello Stato »⁽¹⁴⁵⁾, nei suoi « più fecondi ausiliari »⁽¹⁴⁶⁾, incaricati di « vigilare il processo formativo delle mentalità e degli stati d'animo »⁽¹⁴⁷⁾ anche attraverso l'adempimento di quei compiti di assistenza e selezione dei propri iscritti che la legge sindacale e la Carta del Lavoro affidavano loro; ritenere che i « diritti soggettivi dell'individuo » costituissero un portato tipico e negativo della « rivoluzione liberale »⁽¹⁴⁸⁾; identificare la solidarietà e la giustizia

⁽¹⁴³⁾ G. BOTTAI, *Le funzioni ministeriali* (1930), in Id., *Esperienza corporativa (1929-1934)*, cit., p. 490.

⁽¹⁴⁴⁾ V., da ultimo, F. AMORE BIANCO, *Il cantiere di Bottai. La scuola corporativa pisana e la formazione della classe dirigente fascista*, Siena, Cantagalli, 2012.

⁽¹⁴⁵⁾ G. BOTTAI, *La rivoluzione sindacale come rivoluzione giuridica* (1927), in Id., *Esperienza corporativa*, cit., p. 192.

⁽¹⁴⁶⁾ BOTTAI, *Discorso del 31 maggio 1928*, cit., p. 398.

⁽¹⁴⁷⁾ G. BOTTAI, *Chiarificazione necessaria*, in *Il sindacalismo fascista — I — dalle origini alla vigilia dello Stato corporativo (1919-1930)*, a cura di F. Perfetti, appendice documentaria, Roma, Bonacci, 1988, p. 393.

⁽¹⁴⁸⁾ G. BOTTAI, *ivi*, pp. 191-192; nello stesso senso anche Id., *Essenza politica della Carta del Lavoro* (1927), in Id., *Esperienza corporativa*, cit., p. 99.

sociale con la realizzazione di una « organica unità nazionale »⁽¹⁴⁹⁾, erano tutti riferimenti che rendevano particolarmente complessa la giustificazione del salto verso la fase corporativa, verso una fase che si voleva sensibile al c.d. autogoverno delle categorie produttive.

Calcare la mano sulla funzione di disciplinamento attribuita ai sindacati e in genere a tutte le organizzazioni sociali, vedere in essi altrettanti strumenti per raggiungere gli individui, costituivano efficaci premesse — si è cercato di dirlo prima — per allargare i confini tradizionali della politica sociale in direzione di quelle attività (cinema, arte, sport ecc.) particolarmente efficaci nel promuovere l'adesione alle idealità del regime e nel sancire il superamento di quella idea che aveva fin lì consentito di dipingere lo spazio individuale come spazio di autonomia e di diritti. Da simili osservatori, anche la nozione di diritto sociale, si componeva all'interno di un quadro interpretativo coerente: non descriveva quel vitale crocevia tra determinazioni autonome ed eteronome di un Cesarini o di un Mossa, ma non era neppure il diritto pubblico di cui parlava un Barassi, impegnato ad attribuire al campo disciplinare opposto un'area del giure dai contorni poco chiari, potenzialmente capace di sbavare la purezza del diritto civile⁽¹⁵⁰⁾; il diritto sociale cui si riferiva Bottai era, sì, « quello che soltanto p[oteva] essere e cioè il diritto pubblico dello Stato »⁽¹⁵¹⁾ ma di uno Stato che ambiva ormai a ergersi a « supremo disciplinatore spirituale »⁽¹⁵²⁾ dell'intera vita italiana.

Era muovendo da premesse di questo tipo che andava fissato il punto di innesto della fase corporativa; il bivio sembrava netto: si trattava di capire se lo Stato corporativo — lo notava con chiarezza Arias schierandosi per la seconda opzione — fosse lo « Stato dei sindacati e delle corporazioni » ovvero « lo Stato unitario e totalitario che si vale come suoi strumenti dei sindacati e delle corporazioni,

⁽¹⁴⁹⁾ BOTTAI, *La corporazione, sistema moralizzatore della professione*, cit., p. 353.

⁽¹⁵⁰⁾ BARASSI, *Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali*, cit., p. 20 e ss.

⁽¹⁵¹⁾ BOTTAI, *La rivoluzione sindacale come rivoluzione giuridica*, cit., p. 192.

⁽¹⁵²⁾ BOTTAI, *Il dopolavoro*, cit., p. 411.

e non soltanto di essi, per l'attuazione dell'ordine sociale, del quale è parte integrante l'ordine economico » (153).

Sul fatto che la partita si giocasse intorno alla centralità dello Stato si conveniva diffusamente; certo, era una centralità declinata in direzioni diverse, talora opposte, ma entrambi i fronti dottrinali fin qui esaminati scommettevano su quel protagonismo e vi scommettevano perché persuasi che la terza via non coincidesse, genericamente, con ogni ipotesi di intersezione tra momento economico-sociale e momento statale. Quell'idea, al contrario, pareva acquisire consistenza (e un significato storicamente plausibile) solo se collocata sotto l'ombrello, tipicamente novecentesco, del primato della politica, di un primato invocato per mettere in luce almeno due aspetti: per dire che l'ordine appariva ormai conseguibile solo riportando tutti i lati della convivenza a un indirizzo unificante; e che l'identità di tutti gli attori sociali e istituzionali poteva essere definita solo *per relationem*, soltanto ponendo il profilo della relazione reciproca all'origine di ogni processo definitorio. Le differenze, spesso radicali, attecchivano alla identificazione delle sedi legittimate a mettere a fuoco l'indirizzo politico, a tracciare le direttrici del rapporto stato-società e le molteplici possibilità di intersezione tra i diversi piani della convivenza, ma in ogni caso la politica economica si presentava nella veste di parte decisiva, indispensabile, di una scommessa regolativa che puntava a legare dall'interno i termini che la componevano. Con una conseguenza di rilievo: quale fosse il ruolo a esse attribuito, le questioni legate alla politica sociale rappresentavano uno dei tasselli fin dall'inizio presenti sul tavolo di lavoro, da inserire (o escludere) in una più complessa architettura distributiva o redistributiva.

Il ponte tra fase sindacale e fase corporativa tendeva invece a diventare più incerto quando si tentava di comporre l'immagine di una società integralmente assoggettata allo Stato senza tuttavia imboccare il sentiero, idealistico, dell'immedesimazione. Non solo perché una simile immagine di società era difficilmente componibile con la prospettiva, che si dichiarava di accogliere, dell'autogoverno delle categorie produttive, con una idea, cioè, di corporativismo

(153) G. ARIAS, *Il lavoro soggetto dell'economia e la previdenza sociale*, in «Le assicurazioni sociali», XI (1935), p. 203.

nella quale fossero « i produttori e i lavoratori stessi a determinare gli orientamenti della vita economica »⁽¹⁵⁴⁾, ma perché tendeva a riprodurre una logica binaria che separava la sovranità, sia pure nella sua nuova e ipertrofica veste, dal mercato, non riuscendo a trasformare la corporazione in quel luogo di « saldatura organica fra problemi sociali ed economici »⁽¹⁵⁵⁾, in quel « centro di congiunzione [...] tra il principio etico e l'economico, tra le forze dello spirito e quelle della produzione »⁽¹⁵⁶⁾ che avrebbe dovuto trasformare l'ordinamento corporativo in qualcosa di diverso da una « fabbrica [...] della collaborazione di classe »⁽¹⁵⁷⁾.

Sulle ragioni che portarono la scienza giuridica di formazione liberale a sezionare le due fasi del corporativismo, si è spesa qualche parola poco sopra; ma anche nella visione di un uomo nuovo come Alfredo Rocco è agevole spiegare l'attenzione preminente riservata alla disciplina del momento sindacale, ritenuto il solo decisivo per dar corpo al *novus ordo* fascista. Incarnazione di una sovranità finalmente capace di organizzare e governare gli interessi sociali e di neutralizzarne il volto conflittuale, lo Stato di Rocco poteva anche diventare — lo si è detto al paragrafo precedente — il grande dispensatore di provvidenze, se ciò (come era altamente plausibile) si fosse rivelato necessario ad assicurare il maggior benessere dell'organismo statale. Senza che tale attività, tuttavia, valesse a smentire o ad alterare una fondamentale « legge di natura », quella della « disuguaglianza »⁽¹⁵⁸⁾, che conduceva, del tutto legittimamente, alla distinzione tra chi aveva di più e chi di meno.

Il mercato sembrava insomma insediare nel sociale un principio di organizzazione gerarchica, che allo Stato non conveniva smentire; che si potesse o meno immaginare la sua azione come volta a « rimodellare l'intero corpo sociale secondo le strutture dei grandi

⁽¹⁵⁴⁾ BOTTAI, *Perché andiamo a Ginevra*, cit., p. 685.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁶⁾ BOTTAI, *Politica sociale*, cit., p. 3.

⁽¹⁵⁷⁾ BOTTAI, *Le funzioni ministeriali*, cit., p. 489.

⁽¹⁵⁸⁾ A. ROCCO, F. CARLI, *I principi fondamentali del nazionalismo economico*, in ID., *Il nazionalismo economico* (1914), Bologna, Neri, 1914.

imperi industriali » (159), la politica sociale rappresentava — lo si è detto ora — una risorsa in ogni caso rilevante a garantire il miglior funzionamento del tutto, ma comunque collaterale rispetto al sistema delle differenze espresso dal mercato, e pertanto non chiamata a ri-definire (in senso corporativo) i termini della relazione tra fattori produttivi. Sostenere che la veste privata del gioco economico andasse rispettata perché nessuno cooperava meglio al bene comune di colui che realizzava « l'interesse della collettività, attraverso il proprio interesse » (160), non rappresentava certo un'asserzione originale, anche se non pare appropriato riportare la visione rocciana a una mera forma di capitalismo in cornice dittatoriale, a un mero aggiornamento della visione individualistica. Sebbene la bardatura corporativa tendesse ad apparire ultronea rispetto agli obiettivi perseguiti, l'insistente riferimento — lo si è visto al paragrafo precedente — alla strumentalità del ruolo dell'individuo e alla vulnerabilità del suo spazio giuridico, di uno spazio non più definito del linguaggio dei diritti e delle libertà, concorrevano a disegnare il volto di uno Stato nuovo messo in condizione di arrivare ovunque, e di scegliere, in base a una valutazione unilaterale di mera opportunità, se e quale spazio riservare alla privatezza.

Più sorprendente è invece registrare la difficile connessione tra momento sindacale e momento corporativo nell'ambito di itinerari teorici che sottolinearono la necessaria identificazione dello Stato fascista con lo Stato corporativo e che legarono la stessa novità totalitaria alla compiuta realizzazione di entrambe le fasi del corporativismo. Il riferimento non va tanto a Panunzio, che rimase incagliato in più di una contraddizione nel tentativo di conciliare il monismo statale con un (sempre più flebile) pluralismo so-

(159) P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963, p. 27.

(160) ROCCO, CARLI, *I principi fondamentali del nazionalismo economico*, cit., p. 57; in senso analogo v. anche ROCCO, *Manifesto di Politica*, cit., p. 537; ID., *Programma politico nazionale* (1921), pp. 653-654; ID., *Il principio economico della nazione* (1922); si tratta di contributi leggibili entrambi in ID., *Scritti e discorsi politici*, cit., II, alle pagine indicate; ID., *La nuova disciplina del lavoro e lo Stato corporativo* (1926), in ID., *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 405.

ciali ⁽¹⁶¹⁾, una idea claustrofobica di ordine giuridico ⁽¹⁶²⁾ con una concezione individualistica della proprietà come « miità » ⁽¹⁶³⁾, come « assoggettamento pieno e totalitario della cosa alla persona » ⁽¹⁶⁴⁾, riducendo il corporativismo, sul fronte cruciale del rapporto tra politica ed economia, a una sorta di trasformazione interiore della soggettività, di una soggettività miracolosamente spinta dal clima fascista ad adoperarsi per la produzione nazionale ⁽¹⁶⁵⁾.

Il riferimento, come è agevole intuire, va soprattutto a Bottai, alla difficoltà, che sembra riscontrabile nel suo pensiero, a identificare le strade che permettessero di stringere in un unico vincolo regolativo politica, diritto, economia. Affermare che « il Fascismo, a differenza del Socialismo, [avesse] trasferito il problema sociale dal piano della distribuzione a quello della produzione » ⁽¹⁶⁶⁾, poteva, certo, essere un modo per strizzare l'occhio e mandare segnali rassicuranti a quello che, con terminologia un po' desueta, si chiamerebbe il blocco capitalista, replicando una ricetta nota — più si produce meglio si sta — compatibile con i sistemi di *welfare*

⁽¹⁶¹⁾ Tra i molti possibili richiami in tal senso, v. S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939, p. 576.

⁽¹⁶²⁾ « L'ordinamento giuridico dello Stato — queste le sue parole — [...] è completo e chiuso. La norma di chiusura di esso consiste nel principio corporativo dello Stato [...] per cui in caso di mancanza di una norma espressa [...] non vale il principio che essi [i cittadini] siano liberi di agire secondo il loro arbitrio, sebbene vale la norma che essi devono agire sempre entro i limiti dell'interesse dello Stato e per attuare il suo fine »; così S. PANUNZIO, *Principi generali del diritto fascista* (1943), in ID., *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 30.

⁽¹⁶³⁾ S. PANUNZIO, *Discussioni sulla proprietà — proprietà e impresa* (1940), in ID., *Motivi e metodo*, cit., p. 89.

⁽¹⁶⁴⁾ S. PANUNZIO, *Prime osservazioni giuridiche sul concetto di proprietà nel regime fascista* (1938), in *La concezione fascista della proprietà privata*, a cura della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, Roma, Arte della stampa, 1939, p. 117.

⁽¹⁶⁵⁾ Il proprietario « in quanto proprietario subisce e può subire dei limiti e degli obblighi. Ma il proprietario, lo stesso proprietario, solo in quanto imprenditore è obbligato a fare produrre la cosa nell'interesse nazionale. Che poi [...] non esiste e non possa esistere nello Stato fascista un proprietario che non sia *eo ipso* imprenditore [...] è verità che non ha bisogno di essere dimostrata »; così S. PANUNZIO, *Discussioni sulla proprietà (proprietà e impresa)*, testo del 1940, in ID., *Motivi e metodo*, cit., p. 91.

⁽¹⁶⁶⁾ BOTTAI, *Discorso del 31 maggio 1928 al Senato*, cit., p. 396.

residuali; ma poteva anche costituire la strada imboccata per aggirare una difficoltà diversa: quella coltre statuale così pervasiva e tentacolare (estranea, non a caso, all'orizzonte teorico di Rocco), quella politica sociale che arrivava fin negli stadi e nei cinema, rendeva difficile fondare il successivo salto corporativo nell'ambito di una visione che rifiutava sia il sentiero idealistico dell'immedesimazione sia il riconoscimento di spazi di autonomia per il sociale.

Delle due l'una, verrebbe da dire: o si virava verso soluzioni poco o nulla sensibili all'autonomia della società economica, come la crescente attenzione dedicata da Bottai nei secondi anni Trenta alle economie di piano sembrava confermare; o si riconosceva alla società un margine, più o meno largo, più o meno strumentale, di autonomia, atto a rendere possibile la convivenza tra iniziativa privata e regolazione, margine che però sembrava difficilmente compatibile con quell'idea di società ammaestrata, trasformata in milizia devota alla causa del nuovo Stato fascista. Oppure trovava spazio un aspetto presente in altri versanti della riflessione di Bottai e costituito dallo 'sdoppiamento' dei livelli di comunicazione e degli strumenti a seconda che fossero rivolti alle masse ovvero alla zona 'alta' del sociale; così come tale sdoppiamento era chiaramente enunciato in tema di politica culturale, sul fronte sociale esso poteva condurre a immaginare canali diversi di azione: da un lato, la massa, da organizzare ed educare, dall'altro, il momento 'alto' del gioco economico, da rispettare e conquistare con mezzi più sofisticati, tra i quali, forse, poteva essere annoverato il corporativismo.

E se in Rocco l'idea di un corporativismo sostanzialmente circoscritto alla fase sindacale, chiamato a offrire al gioco economico la protezione e l'organizzazione di una cornice totalitaria, serviva anche a scongiurare il rischio che il nuovo corso si trasformasse nel suo contrario, in un « rovesciamento della dominazione borghese in una singolare forma di comunismo »⁽¹⁶⁷⁾, l'attribuzione, presente in Bottai, del rango costituzionale al corporativismo e il contestuale affidamento a esso di un compito « decongestionatore dell'attività dello Stato »⁽¹⁶⁸⁾ sembrava rappresentare una conclusione riduttiva (ma forse obbligatoria) rispetto alle ben più roboanti premesse.

⁽¹⁶⁷⁾ UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica*, cit., p. 116.

⁽¹⁶⁸⁾ BOTTAI, *Le funzioni ministeriali*, cit., p. 489.

Quando un giurista non troppo sofisticato come Costamagna, rilevando « l'esistenza e la gravità di un problema tecnico nell'organizzazione dello Stato moderno » ⁽¹⁶⁹⁾, collocava su tale fronte — disporre, appunto, delle competenze tecniche necessarie a legiferare — l'apporto specifico delle corporazioni sul fronte del potere normativo che esse avrebbero dovuto acquisire, probabilmente identificava una possibile (l'unica?) forma di conciliazione tra una certa concezione della fase sindacale e il successivo 'salto' corporativo. Che era poi il modo di appoggiare quel salto a un'istanza (la tecnica, appunto) che si teneva lontana dalla dimensione della politica, e da quell'intreccio tra politica economica e politica sociale che sembrava invece necessario a far decollare l'ipotesi di terza via.

⁽¹⁶⁹⁾ C. COSTAMAGNA, *Il problema tecnico dello Stato moderno*, in « *Politica sociale* », I (1929), p. 225.

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

LOS ORÍGENES DEL ESTADO SOCIAL EN ESPAÑA (1883-1931) (*)

Los progresistas de izquierda, primero, y los demócratas, después, habían defendido en España desde los años treinta del siglo XIX la intervención del Estado en la economía con el propósito de asegurar algunos derechos sociales, como la instrucción primaria gratuita. Pero tales exigencias no se habían plasmado en los textos constitucionales, con la excepción relativa del proyecto republicano de 1873, ni tampoco siquiera en las leyes ordinarias, de nuevo con la excepción de alguna ley aprobada durante la I República, como la que restringía y regulaba el trabajo de las mujeres y de los niños en fábricas, talleres y minas ⁽¹⁾.

Este panorama comenzó a cambiar en 1883 con la creación de una « Comisión para el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo ». Dicha Comisión se creó mediante un Real Decreto de 5 de diciembre, auspiciado por Segismundo Moret, a la sazón Ministro de Gobernación en un breve Gobierno presidido por Posada Herrera, fundador de « Izquierda Dinástica » ⁽²⁾.

La « Comisión de Reformas Sociales », como se llamaría en

(*) Este escrito, hasta ahora inédito, forma parte de mi libro *Historia Constitucional de España (Normas, Instituciones, Doctrina)*, que publicará la editorial madrileña Marcial Pons Historia en 2018.

⁽¹⁾ Se aprobó el 24 de julio de 1873 y su texto lo recoge Juan M^a Bilbao en *Derechos y Libertades*, vol. V. de la colección *Leyes Políticas Españolas. 1808-1978*, dirigida por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Iustel, 2015, pp. 266-267.

⁽²⁾ El texto de este Real Decreto y de su exposición de motivos lo reproduce Clara ÁLVAREZ ALONSO en *La Jefatura del Estado, el Gobierno y la Administración Central*,

adelante, fue acogida favorablemente por el Partido Conservador y el propio Cánovas del Castillo, artífice de sistema político de la Restauración (1874-1923), aceptó presidirla. Al fin y al cabo, el « problema social » era para él la principal cuestión a la que debía enfrentarse el « Estado del porvenir » ⁽³⁾, aunque a lo largo de su dilatada carrera política no ofreció para resolverla otros remedios que la caridad cristiana y una vaga « organización supletoria de la iniciativa individual » que emanase « de los grandes poderes sociales » ⁽⁴⁾. Un planteamiento que, como mucho, respondía al concepto de beneficencia, no al más moderno de asistencia social. Cánovas, en rigor, nunca llegó a poner en entredicho los más clásicos esquemas del liberalismo individualista. Ya en las Cortes de 1869 se había definido como « fundamentalmente individualista », pues « el ideal y el fin de la vida » no estaban, a su juicio, « en la sociedad, sino en el individuo mismo » ⁽⁵⁾. En 1884 volverá a señalar, esta vez en el Ateneo de Madrid, que « [...] mientras más se basten los individuos y más espontaneidad o fertilidad se observe en la ordinaria vida social, menos queda que hacer, menos le conviene ejecutar al Estado » ⁽⁶⁾. Unas premisas que reiteró en 1890 al ocuparse de *La cuestión obrera y su nuevo carácter*: « mientras más confianza tengan en sí los individuos y menos necesiten y apetezcan la tutelar acción del Estado, será incontestablemente mejor [...] » ⁽⁷⁾. Unas tesis que contrastaban con las de dos estadistas coetáneos muy admirados por Cánovas, Benjamin Disraeli y el canciller Bismarck, impulsores de una importante legislación social.

La Comisión de Reformas Sociales llevó a cabo una amplia encuesta sobre la situación laboral en España, que el Gobierno

vol. IV de la mencionada Colección *Leyes Políticas Españolas. 1808-1978*, Madrid, Iustel, 2013, pp. 300 a 306.

⁽³⁾ *Discurso en el Ateneo* (1889), *Problemas Contemporáneos*, Madrid, 1884-1890, vol. III, p. 161.

⁽⁴⁾ *La cuestión obrera y su nuevo carácter* (1890), en *ib.*, vol. III, p. 521.

⁽⁵⁾ Diarios de Sesiones de las Cortes, 8 de abril de 1869, citado por Luis GARCÍA ARIAS, *Cánovas del Castillo (Antología)*, Madrid, Ediciones FE, 1944, p. 67.

⁽⁶⁾ *Discurso en el Ateneo* (1884), *Problemas Contemporáneos, op. cit.*, vol. II, p. 106.

⁽⁷⁾ *Ib.*, vol. III, p. 480.

decidió publicar en 1885 ⁽⁸⁾. Reorganizada por Real Decreto de 13 de mayo de 1890, la Comisión se transformó en el Instituto de Reformas Sociales, creado en el seno del Ministerio de la Gobernación por Real Decreto de 23 de abril de 1903 ⁽⁹⁾, cuando el conservador y regeneracionista Francisco Silvela presidía el Consejo de Ministros.

En este Instituto participaban representantes de los patronos, como Vázquez de Mella y Eduardo Dato, de los obreros, entre ellos Francisco Largo Caballero, y del Gobierno, entre los cuales destacaban Vicente Santamaría de Paredes, Melquíades Álvarez y Joaquín Sánchez de Toca. El Instituto, concebido con un organismo suprapartidario, actuó con una encomiable amplitud de miras hasta su desaparición en 1924, ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, que puso fin al sistema político de la Restauración. Lo dirigió el republicano Gumersindo de Azcárate hasta su muerte en 1917. El krausista leonés contó para su labor con la estrecha colaboración de algunos intelectuales vinculados al «Grupo de Oviedo», como Adolfo González Posada y Adolfo Álvarez Buylla. Durante el Gobierno de Canalejas (1910-1912) recibió un notable impulso político y financiero. A este organismo — dotado de un plantilla administrativa propia y de un presupuesto que le permitió mantener una biblioteca especializada, un servicio de publicaciones y otro de estadística — se debió el estudio y la propuesta de una serie de iniciativas legislativas destinadas a regular la duración de la jornada laboral, el trabajo infantil y femenino, los accidentes de trabajo, los convenios colectivos así como a reconocer algunos derechos a los trabajadores, como el de huelga, el descanso dominical y las ayudas en caso de desempleo e incapacidad laboral. Parte de esas propuestas, aunque ciertamente no de forma íntegra, se convirtieron en normas jurídicas (Leyes y Reales Decretos), poniendo las bases del moderno derecho laboral español.

⁽⁸⁾ Un resumen de esa interesante encuesta y de algunas de las respuestas a la misma, entre ellas la de Pablo Iglesias, en Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984³, pp. 389-394. Parte de esa encuesta la reprodujo en 1969 el n. 25 de la «Revista de Trabajo».

⁽⁹⁾ Cuyo texto así como el de su Reglamento pueden verse en el citado libro de Clara ÁLVAREZ ALONSO, p. 336 y ss.

Entre esas normas es preciso citar algunas aprobadas antes de la creación del Instituto de Reformas Sociales, pero inspiradas en su misma filosofía política, la sustentada por la referida Comisión que le había servido de antecedente, como el Real Decreto de 9 de agosto de 1894, creador del Servicio Estadístico de Trabajo, dependiente del Ministerio de la Gobernación, y el Reglamento de Política Minera de 15 de julio de 1897, así como dos importantes leyes aprobadas en 1900, que pusieron las bases en España de una moderna legislación social: la del 30 de enero sobre responsabilidad patronal por accidentes de trabajo ⁽¹⁰⁾ y la del 13 de marzo reguladora del trabajo de los menores de edad y de las mujeres ⁽¹¹⁾. Ya con el Instituto de Reformas Sociales creado, a esas disposiciones normativas se añadieron la Ley de 3 de marzo de 1904, relativa al descanso dominical ⁽¹²⁾, así como la muy importante Ley de 27 de abril de 1909 sobre huelgas y coligaciones ⁽¹³⁾, auspiciada por De la Cierva en un Gobierno presidido por el conservador Antonio Maura, que introdujo el derecho a coligarse, a declararse en huelga y a acordar el paro, tanto de los patrones como de los obreros, para defender sus respectivos intereses. Unas medidas hasta entonces tipificadas como delito en el artículo 556 del Código Penal de 1870, derogado expresamente por esa Ley. Por su parte, la Ley de 27 de diciembre de 1910 fijaba la jornada máxima en las minas ⁽¹⁴⁾, mientras otra norma de similar rango aprobada el 11 de julio de 1912 prohibía el trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas ⁽¹⁵⁾. En fin, en 1919 un Real Decreto aprobado el 18 de marzo establecía el seguro de paro forzoso ⁽¹⁶⁾ y otro expedido el 3 de abril de ese mismo año fijaba en 8 horas al día o 348 semanales la jornada máxima legal ⁽¹⁷⁾.

A todo ello hay que añadir que en 1907 se puso en marcha la

⁽¹⁰⁾ Sobre la que se extiende Juan M^a BILBAO en *Derechos y Libertades*, *op. cit.*, p. 91, nota 134.

⁽¹¹⁾ Su texto en *ib.* p. 311 y ss.

⁽¹²⁾ *Ib.*, p. 314 y ss.

⁽¹³⁾ *Ib.*, p. 319 y ss.

⁽¹⁴⁾ *Ib.*, p. 321 y ss.

⁽¹⁵⁾ *Ib.*, p. 324 y ss.

⁽¹⁶⁾ *Ib.*, p. 325 y ss.

⁽¹⁷⁾ *Ib.*, p. 337 y ss.

Inspección de Trabajo, cuya labor permitió comprobar que buena parte de la comentada legislación social se cumplió de modo muy defectuoso, como la citada Ley de 1900 que regulaba el trabajo de los menores de edad y de las mujeres. Los Inspectores de Trabajo, encuadrados en el Instituto de Reformas Sociales, llevaban a cabo unas funciones preventivas y represivas, como recordaba el artículo 21 del Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo, aprobado en 1906, que insistía en que la legislación social por cuyo cumplimiento debía velar muy especialmente esa Inspección, como la responsabilidad patronal por accidentes laborales, el trabajo de los menores de edad y de las mujeres o el descanso dominical de todos los trabajadores, se dirigía « a proteger al obrero, pero sin causar vejaciones a la industria ».

En 1908 se creó el Instituto Nacional de Previsión, con el propósito, entre otros fines, de « difundir la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro ⁽¹⁸⁾. Una Orden de 5 de marzo de 1910 autorizaba a este organismo para crear también pensiones de invalidez, paro involuntario, enfermedad y maternidad, con lo que se establecían los pilares de la Seguridad Social en España.

El 8 de mayo de 1920, bajo un Gobierno presidido por Eduardo Dato, se expidió un Real Decreto que ponía en planta el Ministerio de Trabajo, del que pasó a depender el Instituto de Reformas Sociales, al igual que la Sección de Reformas Sociales del Ministerio de la Gobernación y otros organismos, como el Consejo de la Emigración. En la exposición de motivos que acompañaba al Real Decreto se justificaba tal medida recordando que « por imperiosas y justas exigencias del momento actual, revive con mayor fuerza la atención que todos los Estados y sus respectivos Gobiernos prestan a las cuestiones sociales, y muy determinadamente a cuanto con el trabajo se relaciona » ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Art. 1º de la Ley de 27 de febrero de 1908, creadora de este organismo. Una Ley cuyo texto reproduce Clara ÁLVAREZ ALONSO en su citado libro *La Jefatura del Estado*, pp. 343-349.

⁽¹⁹⁾ El Real Decreto de 8 de mayo de 1920 en *ib.*, pp. 360-361. El Real Decreto de 20 de febrero de 1922 cambiará el nombre del Ministerio de Trabajo por el de Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria. Su texto en *ib.*, pp. 362-364. El Real

Todas estas iniciativas — y alguna otra en esa misma dirección, como el Real Decreto de 3 de junio de 1908, mediante el cual se autorizaba al Ministro de la Gobernación a presentar en las Cortes un proyecto de ley relativo a la construcción de casas baratas con destino a obreros y empleados de cortos haberes ⁽²⁰⁾ — consiguieron sólo en una pequeña parte aliviar las muy penosas condiciones laborales de las clases trabajadoras.

En cualquier caso, con esas iniciativas no se hacía otra cosa en España que acoger las tendencias vigentes en la Europa más avanzada, sobremanera tras la Gran Guerra, y también en algún país hispanoamericano, muy señaladamente en México. En el ambiente político e intelectual de fines del siglo XIX y sobre todo de las dos primeras décadas del XX, tanto en España como fuera de ella, resultaba cada vez más claro que no bastaba con democratizar el Estado, sino que era preciso también « socializarlo », esto es, atribuirle nuevas funciones respecto de la sociedad y de la economía, en campos como la educación o la sanidad, para lo que era necesario, a su vez, dotarlo de nuevos y más robustos instrumentos jurídicos. En este empeño coincidían la mayor parte de los políticos e intelectuales españoles y del resto de Europa. Desde principios de siglo era una evidencia para casi todos que el Estado ya no podía definirse desde las premisas individualistas del liberalismo decimonónico más conservador, puesto en solfa por muy diversas corrientes de pensamiento procedentes de la Europa más avanzada desde la última década del siglo XIX y el fin de la Gran Guerra, como el llamado « socialismo de Cátedra alemán » (Schäffle, Schmoller), el « nuevo liberalismo » inglés (Hobson, Hobhouse, T. H. Green), que pondría en práctica Lloyd George desde la presidencia del Gobierno, el « solidarismo » francés (L. Duguit, L. Bourgeois) y la Sociología de Émile Durkheim.

Todas estas corrientes estaban presentes de manera muy nítida en las reflexiones de los krausistas españoles, partidarios de un reformismo social capaz de establecer un clima de « armonía » entre

Decreto de 5 de octubre de 1922 creaba en este nuevo macroministerio la Comisión asesora del Gobierno y la representación española en la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Su texto en *ib.*, pp. 364-368.

(20) El texto de este Real Decreto en *ib.*, p. 349 y ss.

el capital y el trabajo, para lo que era indispensable la intervención del Estado en la sociedad y en la economía. No sorprende por ello que en la lucha por el Estado social destacase la labor llevada a cabo por el Partido Reformista, creado en 1912 por Gumersindo de Azcárate y Melquíades Álvarez, tan marcado por el krausismo y cuya *Carta Programática* (1918) desgranaba de forma muy minuciosa un conjunto de propuestas destinadas a regular (más justo sería decir a mejorar) las relaciones entre patronos y obreros, la participación de éstos en las empresas, la intervención del Estado en las relaciones laborales, a través de la Inspección de Trabajo, la jurisdicción laboral y los derechos sindicales de los funcionarios, así como a la protección de los « derechos sociales » de los trabajadores, mediante un legislación destinada a perfeccionar los seguros sociales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y paro, así como un seguro maternal para las obreras y a renovar y ampliar la regulación del trabajo femenino y el de los adolescentes, así como la seguridad e higiene en el trabajo ⁽²¹⁾.

En esta misma *Carta Programática* se insistía en que « la igualdad de derechos » será « sólo una ficción legal », mientras « existan masas de ciudadanos que no logren hacer prácticamente efectivo su derecho a la cultura », por lo que este Partido manifestaba que no bastaba con una « educación primaria obligatoria » sino que era necesario que el Estado prestase ayudas para que todos, incluidos los carentes de recursos pero con suficiente talento, pudiesen acceder a « los estudios superiores y alcanzar un alto nivel de cultura » ⁽²²⁾. No se olvide, a este respecto, que en 1901 España presentaba unas tasas de analfabetismo cercanas al 56 por 100 de la población y que apenas se escolarizaba al 47 por 100 de los niños, aunque, gracias a la acción del Estado, pero también a la labor de la Institución Libre de Enseñanza, la alfabetización aumentó de forma gradual hasta acercarse al 50 por 100 en 1910, superar el 57 por 100 en 1920 y rondar el 70 por 100 en 1930 ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. Miguel ARTOLA, *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, Madrid, Aguilar, 1977, vol. II, p. 170.

⁽²²⁾ *Ib.*, vol. II, p. 170.

⁽²³⁾ Cfr. Ramón VILLARES, Javier MORENO LUZÓN, *Restauración y Dictadura*, vol. 7º de la *Historia de España*, Barcelona, Crítica/Marcial Pons, 2009, pp. 328-330.

Ciertamente, el reforzamiento del Estado con el objeto primordial de asegurar los derechos sociales era una premisa básica que defendió el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), con el lógico e inestimable apoyo de su sindicato afín, la Unión General de Trabajadores (UGT). De ahí la colaboración de los socialistas con el Instituto de Reformas Sociales. Lo que en modo alguno suponía renunciar a la plena emancipación de la clase trabajadora y a la socialización de la propiedad, como recordaría Indalecio Prieto, uno de sus dirigentes más influyentes, en el Congreso de los Diputados el 20 de noviembre de 1918. Ese mismo año, Fernando de los Ríos — quien, procedente del reformismo, ingresaría al año siguiente en el PSOE — sostenía en « El Sol » que el Estado, « desprovisto de su función autoritaria » estaba destinado a aparecer como « un órgano de gestión fundado en la administración de los servicios » (24).

Si los liberales más reformistas se acercaban al socialismo democrático, algunos socialistas no dejaban de proclamar su liberalismo. Así, en una conferencia pronunciada en el Bilbao de 1921, el mencionado Prieto, tras definirse como « socialista a fuer de liberal », añadía: « es decir que yo no soy socialista más que por entender que el socialismo es la eficacia misma del liberalismo en su grado máximo y el sostén más eficaz que la libertad puede tener » (25).

También Francesc Cambó, máximo dirigente de la *Lliga Regionalista de Catalunya*, se mostraba partidario en 1918 de un « intenso estatismo », sin ver en ello contradicción alguna con su ideario nacionalista (26), mientras Vázquez de Mella, en nombre del tradicionalismo, defendía un programa social desde una perspectiva medievalizante y romántica, común a Enrique Gil Robles, en quien era patente asimismo el influjo la encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII, base de la doctrina social de la Iglesia católica, que

(24) *Escritos sobre democracia y socialismo*, edición y Estudio Preliminar de Virgilio Zapatero, Madrid, Taurus, 1974, p. 177.

(25) Indalecio PRIETO, *Textos Escogidos*, edición y Estudio Preliminar de Ricardo Miralles, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1999, p. 46.

(26) Citado por M^a DEL CARMEN GARCÍA NIETO, Javier M. DONEZAR, L. LÓPEZ PUERTA, *Crisis del sistema canovista 1898-1923, Bases Documentales de la España Contemporánea*, Madrid, Guadiana de Publicaciones, 1972, pp. 46-48.

influyó también en algún sector del Partido Conservador, germen de la posterior democracia cristiana española, así como en el Partido Nacionalista Vasco (PNV), inspirador del Sindicato de Trabajadores Vascos (ELA/STV), fundado en 1911, bajo el influjo de la mencionada encíclica.

Pese a que la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) suspendió la vigencia de la Constitución de 1876 y derogó expresamente a lo largo de su andadura los derechos civiles y políticos, en 1926 aprobó un Código del Trabajo, inspirado en el corporativismo fascista y en la doctrina social de la Iglesia católica, que recopilaba y sistematizaba buena parte de la mencionada legislación social que se había ido aprobando durante la Restauración, hasta entonces dispersa. Por otra parte, aunque en el Anteproyecto de Constitución elaborado en 1929 por una Asamblea Consultiva no se reconocían derechos sociales en sentido estricto, su artículo 28, en línea con lo que ya había dispuesto el citado Código del Trabajo, proclamaba la invalidez de los contratos abusivos entre patronos y obreros, así como el compromiso del Estado de velar por «la salud y la capacidad de trabajo del obrero manual o intelectual» y de hacer frente a los perjuicios económicos ocasionados por la enfermedad, la vejez y los accidentes laborales (27).

Fue en la Constitución republicana de 1931 en donde, por vez primera en la historia de las Constituciones españolas, se configuró un Estado social (28). Quizá en este punto más que en ningún otro el texto republicano engarzaba con las tendencias constitucionales más vanguardistas de la época, encarnadas en la Constitución mexicana de 1917 y en la de Weimar (1919), y se distanciaba netamente del constitucionalismo español y europeo del siglo XIX.

En el Capítulo II del Título III de la Constitución de 1931, bajo el rótulo «Familia, Economía y Cultura», se consagraba una

(27) Además, en 1929 se creó el seguro de maternidad. Aunque la ley de huelga de 1909 se mantuvo en vigor, el artículo 289.3 del nuevo Código Penal, aprobado en 1928, castigó como delito de sedición la huelga de los funcionarios públicos o las que no tuviesen una finalidad estrictamente económica. Lo recuerda Juan M^a BILBAO en *Derechos y libertades*, *op. cit.*, p. 96.

(28) Cfr. el trabajo de Clara ÁLVAREZ ALONSO, *El Estado social de la Segunda República Española*, recogido en este mismo volumen de los «Quaderni fiorentini».

concepción intervencionista del Estado y se reconocía un conjunto de derechos económico-sociales, en coherencia con los programas del liberalismo social y del socialismo democrático en los que se basó la filosofía política de los constituyentes republicanos. Así, por ejemplo, el artículo 43 de la Constitución señalaba que « el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia ». « Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño — proclamaba el artículo 44 — está subordinada a los intereses de la economía nacional ».

De acuerdo con esta Constitución, la propiedad privada, que ya no se concebía como un derecho individual, como había ocurrido hasta entonces, podía « ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social » e incluso « ser socializada ». El Estado podía « intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigiere la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional » (artículo 44). « La República — sancionaba el artículo 46 — asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas [...] ». Por su parte, el artículo 48 establecía que a la legislación republicana correspondería « facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de la enseñanza », que este precepto declaraba « gratuita y obligatoria » en su primer escalón, esto es, la « primaria ».

Estas disposiciones se fueron concretando — en algún caso dando lugar a auténticos derechos subjetivos, exigibles antes los Tribunales — en diversas leyes, como la que regulaba la jornada laboral, la de colocación obrera y la de Contratos de Trabajo, que se aprobaron antes de la entrada en vigor de la Constitución, o la de Reforma Agraria, que se aprobó al año siguiente.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

EL ESTADO SOCIAL DE LA SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA (1931)

1. La doctrina. La visión del « liberalismo social » y el republicanismo reformista: Posada y Alcalá-Zamora. — 2. La praxis. La acción social del Estado de la Restauración. — 3. El debate sobre el Estado en las Constituyentes del 31. Crisis de principios y constitucionalización de la dirección estatal de la economía. — 4. Carácter y naturaleza del nuevo Estado. El « Estado Fuerte » de la izquierda. — 5. El Estado tuitivo, sus funciones y fines. La protección del trabajo-trabajador y la función social de la propiedad. — 6. Características esenciales del nuevo Estado: Responsabilidad en la ejecución y tecnocracia.

La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid dedicó el curso 1923-24 a un tema monográfico: *La crisis del moderno constitucionalismo en las naciones europeas*. Más incluso que el tema — cuya confrontación y resolución, por otra parte, algunos expertos ya habían considerado desde tiempo atrás una obligación inexcusable para la realización perentoria de cambios imprescindibles en la esfera estatal ⁽¹⁾ —, lo destacable de este hecho es el contexto en que se llevó a cabo y la participación en él de

⁽¹⁾ Se situaría aquí principalmente la corriente del llamado krausismo organista, en especial Francisco GINER DE LOS RÍOS, *La política antigua y la política nueva. Estudios jurídicos y políticos*, 1875 (T. V de sus obras completas, 1921); *Persona social, Estudios y fragmentos* (1899); Gumersindo DE AZCÁRATE y su llamado « socialismo de cátedra » (prólogo al libro de Miguel Moya, *Conflictos entre los poderes del Estado*, 2ª edic. aumentada (1881); *Discurso en el Ateneo el 10 de marzo de 1893* (donde habla de *crisis total*); *Estudios económicos y sociales* (1896), en particular, « Estudios sobre el problema social », « Relación del Derecho con el orden económico », p. 101 y ss.; « El constitucionalismo del porvenir », p. 261 y ss.; *El régimen parlamentario en la práctica* (1885) y el propio Posada. Como testimonios *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Madrid, Biblioteca Económica Filosófica, 1891 o *España en crisis, la política*, Madrid, C. Reggio, 1923.

destacados juristas que alcanzarían un protagonismo político concluyente en la década siguiente.

Las sesiones, en efecto, se celebraron durante el primer año de la Dictadura de Primo de Rivera — comenzaron el 30 de octubre de 1923, apenas mes y medio después del golpe de Estado que tuvo lugar el 13 de septiembre anterior —, y entre los intervinientes figuraban Adolfo Posada, el prestigioso jurista que participó activamente en la redacción del Anteproyecto de la Constitución de 1931 como integrante de la Comisión Jurídica Asesora, y Niceto Alcalá-Zamora, primer Presidente de la República. Estaba también José Gascón y Marín, miembro del partido conservador, Ministro del último gobierno de la Monarquía y uno de los veintidós juristas adictos al régimen del General Franco que, en 1939, redactaron un *Dictamen* favorable al mismo por expreso encargo del ministro de la Gobernación ⁽²⁾.

Me ha parecido de interés tomar como referencia este preciso punto de partida porque, en cierta manera y *grosso modo*, están ahí representadas algunas de las más relevantes corrientes y posiciones sostenidas durante la vigorosa discusión de la parte dedicada al modelo de Estado en el debate del Proyecto de Constitución en el otoño de 1931. A este propósito, he optado por centrarme en la de los dos primeros ya que las demás, salvo una excepción, se insertan en una tendencia tradicional que ofrece escaso o nulo interés para el tema que aquí se trata. Y hacerlo en relación únicamente al objeto de este trabajo pues, como es obvio, el análisis se extiende a todos los aspectos que afectan al constitucionalismo de entreguerras, con especial incidencia en los ejemplos de Alemania, e incluso Inglaterra por cuyo régimen, en especial municipal, Posada sentía una profunda admiración.

1. *La doctrina. La visión del « liberalismo social » y el republicanismo reformista: Posada y Alcalá-Zamora.*

Para este catedrático de derecho político la crisis del consti-

⁽²⁾ *Dictamen de la comisión sobre la ilegitimidad de los poderes actuantes el 18 de julio de 1936*, Madrid, Editora Nacional, año de la victoria. Fue realizado por expreso encargo de Serrano Suñer, Ministro de Gobernación del Gobierno de la Dictadura.

tucionalismo, íntimamente conectada — inseparable de hecho — a la del Estado, y del parlamentarismo finisecular tenía una de las causas más específicas « y de más intenso y transformador influjo » en el vigor y protagonismo alcanzado por « las clases sociales ». Un protagonismo que, a su vez, se asentaba en la « nueva estimación de valores » surgida de la oposición entre el trabajo y el capital y en la que « el trabajo es el valor que propende a suplantar a la propiedad en las estimaciones sociales y en las preocupaciones políticas ».

De esta forma tan expeditiva, el trabajo, « tomado en el sentido más general de la palabra », se colocaba en su perspectiva al lado de la propiedad, el derecho por excelencia de las viejas Declaraciones y base inequívoca de la ciudadanía en el Estado decimonónico. Es más, en determinados aspectos, aun la superaba en la medida que la especialización y profesionalización introducidas e impuestas por los sindicatos, lo situaban como el pilar mismo de la estratificación social existente.

Es, en este extremo, de gran importancia dejar constancia de que Posada, ilustre krausista, a diferencia del temor que inspiraba a muchos contemporáneos, se niega a analizar el sindicalismo desde sus efectos revolucionarios, incluso de lucha de clases. Por el contrario, admite sin reservas que se trata de un « profundo movimiento de reconstitución de la vida social contemporánea en la estructuración de las sociedades », por cuanto su irrenunciable defensa de la profesionalización y de los intereses profesionales eran auténticos y efectivos factores demoledores de la rígida sociedad clasista existente desde el XIX como elemento consustancial del genéricamente llamado Estado Constitucional ⁽³⁾. Aún más, para

⁽³⁾ *La crisis del moderno constitucionalismo en las naciones europeas*. Consideraciones acerca de este asunto expuestas en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas por sus individuos de número Posada Alcalá-Zamora, Goicoechea, Gascón y Marín, Vizconde de Eza y Zaragüeta, Madrid, viuda e hijos de Jaime Matés, 1925. Sesión del martes 30 de noviembre de 1923, pp. 38-39. Posada ya había tratado el tema Estado-sindicalismo el año anterior en *Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo*, Buenos Aires, Librería J. Menéndez, 1922. Por lo demás, el estudio del Estado conforma un motivo de interés que es constante a lo largo de la vida de Posada, desde su artículo en el « Boletín de la Institución libre de Enseñanza », 1890, p. 378, *Sobre las funciones del Estado* hasta *La idea pura del Estado*, Madrid, 1933 o *La crisis del Estado y el derecho político*, Madrid, 1934. A los efectos de este trabajo es particularmente interesante del

Posada el sindicalismo, contemplado desde estos presupuestos, es el eje sobre el que debe descansar la reestructuración total del Estado (4).

Sin embargo, al mismo tiempo que sostenía esa defensa a ultranza del fenómeno sindical en la renovación del constitucionalismo (una de cuyas principales expresiones la constituiría la muerte del régimen de garantías formales característica del viejo liberalismo) y el Estado, introducía como componente inquietante la presencia del socialismo. Obligado a reconocer que tanto el constitucionalismo como el Estado se vieron profundamente trastocados por su influencia, lo consideraba un movimiento perturbador. En sus propias palabras, se mostraba « de manera ostensible e intranquilizadora » al exigir soluciones urgentes a problemas materiales y esto, entre otras cosas, implicaba una renovación inmediata y profunda no sólo en las constituciones y el derecho político sino incluso en la propia dinámica de partidos (5). En su caso, por lo menos a esas alturas, era un temor real, inspirado sin duda por lo que estaba ocurriendo en la Unión Soviética.

La solución de Posada a las crisis se encontraba en otro lado bien perfilado: admitir la sustitución del individualismo por, por así decir, un sentimiento comunitario. Se trataba, en consecuencia, de prestar atención a los extraordinarios cambios sociales — de hecho, a lo que denomina « idea y realidad social » — generados por la renovación « espontánea » de las fuerzas sociales y, en especial, al incremento y aceleración del « vivir colectivo » en sus diversas

mismo *La idea de Estado y la Guerra europea*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1915.

(4) « El problema que, la transformación social reflejada en el movimiento sindicalista, suscita al Estado constitucional, es el de su estructuración total [...] la constitución política debe estructurarse bajo el influjo y según las exigencias de la constitución social », *La crisis*, p. 39. Una aproximación al tema en José F. Lorca Navarrete, *Adolfo Posada: Teoría del Estado*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1973.

(5) POSADA, *La crisis*, cit., pp. 42-3. Posada ya había tratado el tema del socialismo y su relación con la reforma social a principios de siglo, cfr. *Socialismo y reforma social*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1904. Vid a este propósito Carlos SERRANO LACARRA, *Socialismo y reforma social (a propósito de un libro de Adolfo Posada)*, en « Estudios de Historia Social », 1987, 40-41, p. 265 y ss.

manifestaciones. Hasta tal punto eran importantes éstas fuerzas que a ellas principalmente se debía el derrumbe, evidente y real, del fundamento estructural del añejo Estado « de base social gregaria », típico del liberalismo decimonónico.

Es de justicia dejar constancia de que, en esta ocasión, su análisis iba más allá del realizado sobre la crisis del Estado en 1909, exactamente en el espléndido estudio introductorio a la traducción de las *Transformaciones del Estado* de Duguit ⁽⁶⁾. Allí, en efecto, ya había denunciado « la crisis aguda por la que en los momentos que corren atraviesan el hecho y la idea del Estado ». Resulta interesante a este respecto observar que en ese lugar presenta algunos rasgos de alejamiento de la definición que había sostenido hasta entonces — deudora de uno de los grandes maestros Krausistas, Giner de los Ríos — del Estado como órgano del organismo sociedad (y que entre nosotros está en la base de la actividad social del Estado de preguerra). A pesar de ello, no duda en recurrir a su autoridad ⁽⁷⁾ cuando afirmaba que las alteraciones operadas en « la noción clásica de las funciones o misión del Estado » eran perfectamente equiparables a la sufrida por el propio concepto de libertad.

A la altura de 1909, Posada veía una solución a la crisis en la superación del sistema de partidos típica del parlamentarismo finisecular. Desde un punto de vista inequívocamente hegeliano, consideraba « un signo de los tiempos » la desaparición de los partidos *estrictamente* liberales ». Estimaba que se trataba de un hecho incardinado en el devenir, « en la continuidad », de la Historia donde la transformación inevitable de las fuerzas antiguas actuaba a la vez como causa y efecto de la operada tanto en la intelectualidad como « en la psicología de la masa humana » y que estas dos, a su vez, afectaban tanto a la « vida del Estado » como a la propia concepción del mismo. En otras palabras: era absolutamente nece-

(6) Lleva por título *La nueva orientación del Derecho Político*. Previamente se había ocupado del tema, además de en las obras citadas en notas anteriores, en el estudio preliminar a la traducción española de Woodrow WILSON, *El Estado. Elementos de política histórica y práctica*, 2 vols., 1ª edic. con prólogo del autor, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1904.

(7) FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS, *La antigua política y la política nueva. Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875. La frase de Posada en *La nueva orientación*, cit., p. 1.

saría una transformación profunda porque, a excepción de las *nihilistas* que reclamaban su desaparición, la consecuencia *lógica y racional* no podía ser otra que la superación del Estado « romanista, regalista, cesariano y napoleónico »⁽⁸⁾.

En 1923-24, sin embargo, para Posada la salida no era estrictamente política. Era, sobre todo, de carácter social y defendía que la nueva Constitución, en cuanto introductora de un nuevo tipo de Estado, tenía que recoger forzosamente la presencia, bien directa bien a través de representación, de los grupos sociales — como es obvio, los sindicatos figuraban en primer lugar — surgidos de los cambios culturales y económicos que había sufrido Occidente desde finales del siglo anterior. No se trataba únicamente de una cuestión de justicia o una opción política. Era, asimismo, de oportunidad y eficiencia porque, añadía, sólo el reconocimiento constitucional de estos grupos, cuya « fuerza y poder incontrastados » atacaban la mismísima raíz de la naturaleza y estructura estatal existente, pondría fin a problemas que exigían una perentoria solución, tanto materiales como estructurales (esto es, orgánicos y de funcionamiento), ante los que el Estado vigente era totalmente inoperativo e incompetente. Todos podrían superarse, en su opinión, a través de una concepción *funcional* del Estado siempre, eso sí, que se acogiesen los intereses de esos nuevos grupos⁽⁹⁾.

A ese Estado, en cuanto producto de la « nueva idea constitucional », no sólo era consustancial la aludida representación de los grupos característicos de una sociedad distinta. Lo era también la aplicación efectiva de un « régimen de garantías jurídicas » defensoras de los valores que ahora se estimaban supremos: la libertad, el respeto a la personalidad humana, la sumisión del poder al Derecho, la negación de toda arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad; en suma, « todo cuanto constituye la práctica del *Rechtstaat* ». Es obvio que, no sólo por la prolija argumentación sino por la introducción del « respeto a la persona » como requisito del mismo, su « Estado de Derecho » va más allá del *sozialstaat* prusiano y, aunque sin adherirse completamente, está asimismo marcado por el modelo

(8) POSADA, *La nueva*, cit., pp. 31 y 38.

(9) POSADA, *La crisis*, cit., p. 49.

weimariano. Se diría incluso que, en algunos aspectos por lo menos, su opción se aproxima más bien al *sozialer Rechtsstaat*.

En todo caso y como compendio de su postura al respecto, la crisis del así llamado Estado Constitucional afectaba « a la esencia misma de su idea », a su propia naturaleza. De ahí que el nuevo modelo estatal según las directrices que propone, desprovisto del cuño del psicologismo decimonónico que todavía presenta en su *Derecho Político*, no sólo se adaptaba a la realidad social: era, además, una salvaguarda contra el fascismo y el bolchevismo ⁽¹⁰⁾.

Abundando en esa línea, el futuro presidente Alcalá Zamora identificaba la causa de la crisis con la profunda influencia que su inequívoco contenido social ejercía en los derechos individuales y que los órganos del Estado existente no acertaban a solventar, o no podían aceptar. Y ahí, más que en los vicios y corrupción sistémicas que caracterizaban la praxis de la Restauración, radicaba, exactamente, el problema.

Se trataba, literalmente, de « una alarma de existencia, de agonía, de posible muerte », razón por la cual las alternativas regeneracionistas que se habían reclamado, y en algunos casos aplicado, no eran suficientes. Ahora todo dependía de las « masas proletarias » y, por ello, la única manera de solventar la crisis pasaba por la introducción de un sistema que no estuviera afectado por las consecuencias de la guerra y, sobre todo, mostrase una progresiva « elasticidad » en la comprensión del problema social. Sólo así podría soportarse esa crisis general, y aun superarla.

La solución, por tanto, consistía en la « dignificación sin igual de la ciudadanía y del poder », por un lado y, por el otro, en la creación de una « estructura representativa en la que las clases, los sindicatos, etc., estén reflejados ». Algo que, en su opinión, únicamente podría llevarse a cabo mediante la « vía constitucional » que sentase las bases de un nuevo Estado siempre, eso sí, que la transformación social y política no fuera violenta ⁽¹¹⁾. En resumen:

⁽¹⁰⁾ Contra los que reclama « la idea constitucional más que nunca ». *Ibídem*, p. 55.

⁽¹¹⁾ *Ibídem*, pp. 67-68. Alcalá-Zamora expuso el día 4 de diciembre. En una línea similar se pronunciaba Goicoechea para quien la solución pasaba por la « transformación de los poderes de hecho en los de derecho ». *Ibídem*, p. 84.

el cambio era inevitable, venía marcado por la presión social pero, en ningún caso, debía ser ni brusco ni inmediato sino « progresivo ». Por expresarlo en términos parsonianos, lo que Alcalá-Zamora sostiene es una apertura estructural para incorporar los elementos disidentes, evitando así el peligro de desaparición a través de rupturas radicales. De hecho, el Estado conservaría su esencia.

Es obvio que el fantasma del fascismo y el bolchevismo planeaban sobre ambas posiciones. Sin embargo, sería injusto no reconocer una creencia firme y desprovista de intereses espurios en lo que sostienen. Soy de la opinión de que, en particular Posada, podría incardinarse sin esfuerzo en la línea marcada por el liberalismo social que, más o menos por ese tiempo, habría encontrado su más depurada expresión en Hobhouse⁽¹²⁾. En realidad, este profesor de derecho político aparece como un conspicuo representante del pensamiento progresista no izquierdista — al menos de la izquierda coetánea —⁽¹³⁾. Coincide en algunos aspectos — si bien va más allá en otras reivindicaciones — con la corriente en la que puede incardinarse Alcalá-Zamora, a la que una parte de los actuales expertos ha denominado con razón « republicanismo reformista » y cuya representación más depurada la conforma la así denominada « Generación del 14 », de la que formaban parte, entre otros, Azaña, Unamuno y Ortega y Gasset⁽¹⁴⁾. Un grupo éste cuyas aspiraciones,

(12) Vid a este respecto L.T. HOBHOUSE, *Liberalismo*, edic. y estudio preliminar « Los fundamentos del liberalismo social y sus límites. Leonard Trelawney y Hobhouse » a cargo de José Luís Monereo Pérez, Granada, Comares, 2007, en particular cap. VII « El Estado y el individuo », donde se centra sobre el valor del trabajo.

(13) Muy interesantes a estos efectos son las aportaciones de José Luís MONEREO PÉREZ, *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada*, estudio preliminar a la edición *Tratado de Derecho Político* de Adolfo Posada, Granada, Comares, 2003, p. VII y ss.; Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Adolfo Posada y la Constitución de 1931*, estudio preliminar a *La nueva Constitución española de Adolfo Posada*, reed. Madrid, INAP, 2006, p. VII y ss.; Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL, *Adolfo Posada*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1973.

(14) Integrada por intelectuales de distintas profesiones (juristas, filósofos, historiadores, poetas, etc.), « supone la integración de los intelectuales en la vida política ». Vid Manuel SUÁREZ CORTINA, *Manuel Azaña et le républicanisme démocratique sous la Restauration (1900-1923)*, en *Azaña et son temps*, Jean-Pierre Amalric, Paul Auber (éd.), Madrid, Casa de Velázquez, 1993, pp. 67 y ss., 91 y ss. Sobre las propuestas reformistas del periodo: Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español, Krausismo*,

que encontraron una excepcional divulgación a través del elitista periódico *El Sol*, también iban más allá del « paradigma garantista del Estado Constitucional » según la acertada expresión de Moneo. De hecho, sus integrantes abogaban activamente por la renovación y algunos de ellos, como Ortega, preconizaban la transformación del capitalismo consustancial al liberalismo de raigambre decimonónica, en tanto que otros, como el futuro Presidente y Ministro en el primer Gobierno republicano, Azaña, entendía la libertad como « libertad de la razón » y veía en el Estado un « instrumento de modernización » (15).

Por otra parte, ambos juristas, Posada y Alcalá-Zamora, son seguros testimonios de que, a la altura de 1923, no sólo se habían identificado los problemas sino también, con sus peculiaridades específicas, las soluciones: más que un cambio de la estructura estatal, una reforma orgánica y una nueva definición de las funciones y fines del Estado a través de un nuevo constitucionalismo que albergara las aspiraciones de la sociedad renovada y tremendamente organizada y luchadora. Ahora, simplemente, aunque fuera de manera tácita en algunos casos, se reconocía una visión comunitaria absolutamente contraria al individualismo base del modelo estatal existente. De hecho, se admitía sin dificultad la necesaria representación — en consecuencia, la participación en la toma de decisiones — de los grupos sociales y hasta por los tratadistas y políticos más conscientes se situaba el trabajo — aquella noción trastornadora introducida en la Francia del 48 — en el mismo plano que el derecho de propiedad.

No está de más, llegados a este extremo, reconocer no sólo la coincidencia temática y de intereses con lo que por entonces, y desde

escuela histórica, neocatolicismo, Barcelona, Ariel, 1969; Antonio ELORZA, *La modernización política en España*, Madrid, Endymion, 1990; del mismo, *Arcaísmo y modernidad: pensamiento político en España, siglos XIX-XX*, Madrid, Alba, 2006. Sobre el significado renovador de *El Sol*, fundado en 1917 y dirigido por Urgoiti-Ortega, vid Ángeles LARIO, *La difusión en España del “nuevo liberalismo”*: *El Sol y la defensa de un Estado social de derecho*, en *Ideas reformistas y reformadores en la España del siglo XIX*, Francisco Carantoña y Elena Aguado (eds.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2008, pp. 434-443.

(15) Antonio ELORZA, *La razón y la sombra: una lectura política de Ortega y Gasset*, Madrid, Anagrama, 1984; Manuel ARAGÓN REYES, *Azaña gouvernant: la mission civilisatrice de l'État*, en *Azaña et son temps*, cit., pp. 329 y ss., 332-3.

muy diferentes posiciones ideológicas, reclamaba la atención de relevantísimos iuspublicistas europeos (Duguit, Kelsen, Hauriou, C. Schmitt, Santi Romano, por citar los más representativos), sino acusar una cierta proximidad con la preocupación existente al otro lado del Atlántico sobre los mismos temas, quizá enunciando lo que supuso su propia revolución a través del *New Deal*, en medios intelectuales no precisamente alternativos. Es decir, cuando algunos juristas y politólogos estadounidenses, atentos a lo que se escribía en Europa, admitían que se caminaba hacia « una nueva época en la historia del Estado » que conllevaba cambios profundos en sus poderes motivados por una mayor presencia y actividad de la sociedad ⁽¹⁶⁾.

En todo caso, las dos posturas que acaban de describirse tan sumariamente conforman una parte de los mimbres más sólidos sobre los que se asienta el debate constitucional de 1931 que introdujo el nuevo, no renovado sino innovado, Estado Social.

2. *La praxis. La acción social del Estado de la Restauración.*

He considerado pertinente comenzar por identificar esas posiciones no sólo por las razones expuestas; también porque son una demostración pertinente de las ansias de cambio que existían en los círculos políticos e intelectuales más implicados. Y, asimismo, de las expectativas generadas entre y por políticos profesionales, filósofos

⁽¹⁶⁾ Tomando como referencia el concepto elaborado por la doctrina alemana Kompetenz-Kompetenz, escribe Johannes MATTERN, *Concepts of State, Sovereignty and International Law*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1928, p. 101 y ss.: « Se establece un nuevo gobierno cuyos poderes se obtienen por la vía constitucional y aunque no se crea un nuevo Estado, muchos poderes son diferentes de los del antiguo. Desde el punto de vista de la soberanía no existen límites personales o territoriales pero en cuestiones de poder cada gobierno depende de la opinión pública ». Por su parte, la « Harvard Law Review » dedicó el vol. XXXI, noviembre 1917 a este tema exclusivamente, con las únicas aportaciones de DUGUIT, *The Law and the State* (pp. 1-185) y Harold H. LASKI, *A note on M. Duguit*, p. 185 y ss., donde realiza una finísima crítica no sólo a la obra de Duguit sino de la doctrina contemporánea sobre el Estado desde el presupuesto « la sociedad está fuera de su concepción decimonónica y la vida de la comunidad no consigue encontrar acomodo político ».

y juristas no precisamente izquierdistas (17). Desde sus diferentes posiciones ideológicas no revolucionarias aspiraban a introducir los cambios constitucional y estatal, en cierto sentido radicales, como recursos superadores de los problemas de funcionamiento (básicamente, corrupción) y estructurales que, entre nosotros, habían afectado a las distintas fases del Estado desde su nacimiento.

Atrás quedaba la acción social de la Restauración inspirada en el *Sozialstaat* vonsteiniano con el respaldo del krausismo español que alcanzó la cima en el periodo entre siglos, justamente antes de la Gran Guerra, y que había encontrado impulso en la teoría del servicio público importada de Italia (18). Con ella se había intentado si no resolver, sí al menos contener la temida « cuestión social » que pesaba como una losa sobre todos los Gabinetes europeos.

Ciertamente, la historia constitucional española presenta, casi desde el inicio, problemas capitales en su desarrollo como el religioso, el monárquico y el territorial a los que, en la segunda mitad del siglo XIX, se añade el social. Pero si los tres primeros apenas se habían tratado — o solucionado insatisfactoria y parcialmente, o más directamente, fracasado como ocurrió con la Constitución de 1873 —, es innegable que el social, la « cuestión social », fue confrontada mediante medidas específicas (trabajo de mujeres y niños, salubridad e higiene, casas baratas para obreros de escasos haberes, etc.) (19). Es decir, desde la perspectiva adelantada por las políticas bismarckianas, aquel « socialismo del Gobierno real prusiano » según la calificación que en su día le otorgara Carlos Marx para describir la acción estatal en favor de los intereses patronales evitando la revolución y que, entre nosotros, era bien conocida.

(17) Figuraban entre ellos también políticos conservadores católicos como el que sería Ministro de Trabajo Eduardo SANZ Y ESCARTÍN, *El Estado y la reforma social*, Madrid, Imprenta de la Soc. Edit. de San Francisco de Sales, 1893 y otros como Luís MARICHALAR Y MONREAL, Vizconde de Eza, *La nueva democracia social*, Madrid, Imprenta de Bernardo Rodríguez, 1918.

(18) Nuria MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes del municipalismo de servicios en España, El tránsito del Estado Liberal al Estado Social a la luz de la municipalización de servicios*, Madrid, INAP, 2012, *passim*.

(19) Una visión lúcida y sintética al respecto en Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, en este « Quaderno ». Agradezco profundamente al profesor Varela la generosidad de permitirme la lectura.

Entre otras razones, por el aprendizaje directo que el iuspublicista más famoso de la Restauración, el futuro preceptor de Alfonso XIII Santamaría de Paredes, había adquirido *in situ* tras haber sido becado por el Gobierno en la década de 1870 con este propósito. Incluso a principios del siglo XX un Presidente del Gobierno, Maura, intentó, al igual que el estadista guillermino, realizar su propia « revolución desde arriba ».

No obstante, al margen de la legislación, incluso de la creación del Ministerio de Trabajo y Previsión y hasta de los frustrados proyectos de ley para la legalización de los sindicatos en la segunda década del siglo XX, sin duda el buque insignia de la época lo conforma el *Instituto de Reformas Sociales* creado el 23 de abril de 1903, decisivamente impulsado por el pensamiento progresista « oficial » de la época, el Krausismo, no por casualidad calificado de « krausoinstitucionalismo » (20). Buena parte de las medidas que se acaban de enunciar, y otras, se deben a su influencia directa, de la misma manera que, en otro orden de cosas, se debe a los krausistas la modernización del pensamiento español en todos los ámbitos a través de la creación de la *Junta de Ampliación de Estudios*. Esto es, de la institución de ámbito estatal que envió a centenares de estudiantes — alguno de los cuales alcanzaría gran protagonismo en las Constituyentes de 1931 — a perfeccionarse en las mejores Universidades europeas (21).

Que esas medidas, sobre todo bajo determinados Gobiernos de la década 1910-1920, algunos de cuyos Presidentes (Canalejas, Moret y hasta Dato) simpatizaban abiertamente con este pensamiento y escuela, iban más allá en sus fundamentos y propósitos protectores de los intereses patronales del también denominado « capitalismo de Estado » característico del original y genuino *So-*

(20) Manuel SUÁREZ CORTINA, *La España Liberal (1868-1917). Política y sociedad*, Madrid, Síntesis, p. 81 y ss.; Gustavo H. PRADO, *El grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del krausoinstitucionalismo asturiano*, Oviedo, Krk ediciones, 2008.

(21) Salustiano DEL CAMPO URBANO, *La modernización científica de España (de la Junta para la Ampliación de Estudios a la apertura de nuevos horizontes)*, Madrid, Instituto de España, 2009, como una de las últimas aportaciones.

zialstaat, es evidente (22). Entre otras razones, porque defendían medidas progresistas de carácter social — en particular el denominado « socialismo de cátedra » introducido por Azcárate — y patrocinaban reformas que exigían la acción directa de los órganos estatales en los problemas sociales como un fin y no como remedio (23).

Aun así, no dejan de ser parciales o, en todo caso, insuficientes (24). Cuando en 1962 Luís Araquistáin, el socialista que, tanto en la Comisión como en el pleno, participó enérgicamente en la redacción de la Constitución de 1931 y en la definición constitucional de España como república de trabajadores, publica en el exilio su interesante ensayo *El pensamiento español contemporáneo*, no dudó en escribir que el interés del grupo por transformar las mentalidades y las instituciones políticas y sociales eclipsó totalmente la atención al problema por antonomasia de España, esto es, « la reforma de nuestra economía, la revolución industrial y política del país ». Se trata de un pensamiento, desde luego, clave para entender los círculos intelectuales avanzados del periodo entre siglos, pero esencialmente burgués. Esta es quizá la causa por la que mismo Araquistáin, amigo y en algunos aspectos discípulo de krausistas memorables, se pregunta si el krausismo « que hizo mejores hombres ¿los hizo también mejores ciudadanos? ». La ausencia de respuesta no deja lugar a dudas acerca de su opinión al respecto (25).

(22) Sobre el tema vid. Adolfo BUYLLA, Adolfo POSADA, Luis MOROTE, *El Instituto del Trabajo: datos para la Historia de la Reforma Social en España*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1902. La obra lleva un discurso preliminar del que sería Presidente del Gobierno en 1910 y a la sazón Ministro de Agricultura, Industria y Comercio, José Canalejas y Méndez.

(23) Un ejemplo elocuente, además de diversas obras de Posada, lo aporta el maestro krausista Francisco GINER DE LOS RÍOS, *Persona social. Estudios y fragmentos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1899, p. 200 y ss. Vid sobre el tema Juan José GIL CREMADES, *Krausistas y liberales*, Madrid, Dossat, 1982²; del mismo, *La dimensión política del krausismo en España*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Luís Martínez-Calcerrada y Gómez (coord.), Vol. 1, 2001, p. 229 y ss.

(24) Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL, *El reformismo social en España a principios del siglo XX: coordenadas de un ideal imposible*, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, Virgilio Zapatero Gómez (coord.), vol. II, 2002, p. 499 y ss.

(25) LUÍS ARAQUISTÁIN, *El pensamiento español contemporáneo*, Buenos Aires, Losada, 1962, p. 39. Sobre este relevantísimo socialista, Marta BIZCARRONDO, *Araquistáin*

El peso de su influencia fue, de todas formas, tan intenso que, en realidad, hasta se ha distinguido por algunos entre krausistas, antikrausistas y akrausistas o no krausistas. Sin embargo, a los efectos que interesan aquí, esta clasificación, que sin duda es acertada para esa concreta etapa, y a pesar de su más que notoria presencia en círculos políticos e intelectuales acreditados y respetados (26), no puede adoptarse para determinar *lato sensu* las tres principales corrientes, con sus tres respectivos modelos constitucionales y estatales, cuya presencia se percibe sin esfuerzo en las constituyentes del 31. Y ello a pesar de la heterogeneidad y divergencia existente entre los miembros de algunos grupos (27).

3. *El debate sobre el Estado en las Constituyentes del 31. Crisis de principios y constitucionalización de la dirección estatal de la economía.*

Cuando tras las elecciones municipales del 14 de abril de 1931 se conformó un Gobierno provisional de coalición de las fuerzas republicanas, una de las obvias primeras decisiones adoptadas consistió en abrir un proceso electoral. Tal proceso culminó con las elecciones de 28 de junio y concluyó con la conformación de Cortes Constituyentes donde estaban representadas todas las sensibilidades políticas a excepción de los comunistas y, naturalmente, anarquistas. Y todas ellas tenían una idea de Estado (desde la orgánica a la marxista, la cual, en algunos casos relevantes, era más bien lassalleana) y de la forma de Estado (desde el unitario al federal). En

y la crisis socialista en la II República, Madrid, Siglo XXI, 1975. Juan Francisco FUENTES, *Luis Araquistáin. El socialismo español en el exilio*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

(26) Jesús FERRER SOLA, *Azaña et le krausisme espagnol*, en *Azaña et son temps*, cit., p. 31 y ss. Por lo demás, la bibliografía sobre el krausismo es abundante e imposible de reflejar. Recomendables por su significado son, por el autor, Adolfo POSADA, *Breve historia del krausismo español*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, 1981 y Elías DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, Debate, 1989. Este filósofo del derecho fue uno de los primeros en interesarse y divulgar la importancia del Krausismo español.

(27) A este respecto, pueden verse estas diferencias en los programas en el interesante y completo estudio de Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

contraposición, todos los grupos representados (excepto el agrario, que defendía el *statu quo* y la primacía exclusiva de la propiedad privada) admitían, de mejor o peor grado, los efectos del cambio social y la especial incidencia del trabajo como motor de ese cambio.

Es otras palabras, con independencia de que se compartiera o no la tesis más extendida en aquella Asamblea acerca de la concepción del Estado como producto social en un determinado momento de la Historia, la mayoría no sólo estaba de acuerdo en que el cambio de modelo estatal era ineludible e irreversible. Lo estaba también en que, más incluso — o al menos en un plano igualitario — que por los aspectos orgánicos y estructurales, tal cambio pasaba por la elaboración de un nuevo perfil de las funciones del Estado y la redefinición de la ciudadanía y sus aspectos interrelacionales desde la perspectiva trabajo-trabajador.

Por otro lado, si, desde el punto de vista ideológico, coexistían la tradición, el progresismo burgués (liberalismo social, republicanism reformista), la socialdemocracia y el así llamado socialismo radical, en el teórico existía el respaldo de las tendencias existentes en ese momento relativas a teoría del Estado y de la Constitución, tanto internacionales como de producción interna ⁽²⁸⁾. Es suficiente

⁽²⁸⁾ A la altura de 1930-31 existía en España, en un entorno convulso, un considerable número de publicaciones que, desde tiempo atrás y desde diversas perspectivas, venía reclamando cambios en ambos campos — en esos años urgiendo especialmente la « reforma » constitucional —, tanto a través de obras de especialidad como en artículos de periódicos destinados a formar una opinión pública al respecto. A modo de ejemplo, Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *¿Cómo debería organizarse el futuro régimen?*, ABC, 2 de febrero de 1928; Julián BESTEIRO, *¿Cómo debería organizarse el futuro régimen?*, ABC, 1 de marzo de 1928; Gabino BUGALLAL, *Examen de la reforma constitucional*, ABC, 18 de julio de 1929; Eugenio CEMBORAIN, *La reforma constitucional en España*, Madrid, Ambrosio Pérez y Compañía, 1907; Tomás ELORRIETA, *A lo que deberían limitarse las reformas constitucionales*, en « El Sol », 23 de julio de 1929. Luis DE MARICHALAR Y MONREAL, Vizconde de Eza, *Ante el anuncio de reforma constitucional*, Madrid, Ruiz Hermanos, 1928; Jerónimo GARCÍA GALLEGU, *Necesidad de Cortes Constituyentes. Replicando a La Época, al ABC y a significados hombres públicos de los partidos monárquicos*, Valladolid, Imprenta Casa Social Católica, 1930; Jerónimo MASSANET Y BELTRÁN, *La reforma constitucional. Lo que se intenta y lo que debiera hacerse*, Palma de Mallorca, Imprenta de Francisco Soler Prats, 1929; Salvador MINGUIJÓN, *Hacia las reformas políticas*, en « El Debate », 23 de febrero de 1928; Ángel OSSORIO Y GALLARDO, *Parlamento y Gobierno. Tres proyectos de ley*, Madrid, Sociedad de Estudios Políticos,

recordar la difusión — por más que ésta, como es obvio, únicamente se efectuara entre las élites intelectuales — de obras de especialidad y las traducciones, alguna realizada *ad hoc* para facilitar el conocimiento de todos los miembros de la Cámara, llevadas a efecto durante esos años, en particular desde 1931, de obras de Laski, Kelsen y sobre la Constitución de Weimar, sin género de dudas la más mencionada. Unas y otras se encontraban a disposición de los representantes en la propia Biblioteca del Congreso y consta su consulta ⁽²⁹⁾.

Sociales y Económicos, 1930; Vicente ROIG IBÁÑEZ, *La Constitución que necesita España*, Madrid, Javier Morata, 1930; Antonio VÁZQUEZ DEL CAMPO, *Hacia la reforma constitucional de España*, Madrid, Reus, 1929; Práxedes ZANCADA, *Los problemas constitucionales de España*, Madrid, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, 1930. Naturalmente, existían asimismo los tratados y obras de especialidad como Tomás ELORRIETA Y ARTAZA, *Tratado elemental de derecho político comparado: teoría general del Estado moderno y su derecho Constitucional*, Madrid, Hijos de Reus, 1916; Mario GARCÍA KOHLI, *El problema constitucional en las democracias modernas*, Madrid, Renacimiento, 1931; Vicente GAY, *Las constituciones políticas*, Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1930; Antonio GOICOECHA Y COSCULLUELA, *La idea democrática y la evolución hacia el Estado de derecho*, Madrid, Imprenta de Galo Sáez, 1932; Fernando MELLADO, *Tratado elemental de derecho político*, Madrid, Tipografía de Manuel G. Hernández, 1891. Por otro lado, durante la República, o además de Posada, Fernández de los Ríos o Ayala (*El derecho político de la II República*, Madrid, Dykinson, 2011), existieron excelentes tratadistas como Eduardo LUÍS LLORENS Y CLARIANA, *El Estado y sus órganos*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934 (existe una edición actual de Sebastián Martín, donde va acompañado este estudio de otro de su autoría, *La igualdad ante la ley*). Vid Santos JULIÁ, *La Constitución de 1931*, vol. 8 de *Las Constituciones españolas*, Artola, Miguel (dir.), Madrid, Iustel, 2009; Miguel Ángel JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El dilema unicameralismo-bicameralismo en la Segunda República española*, en «Hispania», 2016, 254, pp. 754 y ss., 755. Para los juristas en la II república, Sebastián MARTÍN MARTÍN, *Ley, justicia y democracia en Eduardo L. Llorens*, Sevilla, Athenaica, 2015; Gabriel GUILLÉN KALLE, Joaquín ALMOGUERA CARRERES, *Eduardo L. Llorens y Clariana y el derecho constitucional de la Segunda República*, Madrid, Reus, 2006; Francisco SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

⁽²⁹⁾ Con la confesada declaración del traductor de facilitar el conocimiento de la Constitución de Weimar a los diputados se traduce en 1931 la obra de O. Bühler, *Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos* (1922). La obra de Kelsen se conocía directamente o a través de la traducción en 1925 por su discípulo Legaz Lacambra de la *Teoría General del Estado*. Pero entre 1933 y 1934 ven la luz la segunda edición de *Compendio de teoría general del Estado*, corregida por su discípulo Recasens Siches (1934) y *Esencia y valor de la democracia* (1934) y, en 1933, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*,

A mi parecer, estas son algunas de las cuestiones previas que prefiguran y condicionan el arduo debate acerca del nuevo Estado

con un prólogo del propio autor donde afirmaba que la posibilidad de llevar a cabo su teoría era « en la joven República española ». Por esos mismos años aparecen las traducción de obras de Laski, *Introducción a la Política* (1931), *El Estado moderno: sus instituciones políticas y económicas* (1932); *Derecho y Política* (1933) y *La democracia en crisis* (1934), con también un prólogo del autor simpatizando con la República.

Por su parte, la obra de Duguit se conocía desde el comienzo, así como la de Hauriou. Y al servicio de los representantes se encontraban en la Biblioteca del Congreso, y consta su consulta, entre otras, las siguientes obras: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Herausgegeben von E. M. Arndt und Adolf Arndt, Berlin, Walter de Gruyter, 1919; Walter BAGEHOT, *La Constitución inglesa*, traducción por Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1902; Joseph BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie Dalloz, 1932; *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, Seconda serie, diretta da Attilio Brunialti, Torino, Unione tipografico-editrice; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920-1922; Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1897³; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921-1925²; Léon DUGUIT, *La transformación del Estado*, traducción con estudio preliminar sobre la nueva orientación del derecho político por Adolfo Posada, Madrid, Librería de Fernando Fé, ca. 1909; William Yandell ELLIOTT, *The pragmatic revolt in politics: syndicalism, fascism and the constitutional state*, New York, The Macmillan Company, 1928; Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey & du Journal du palais, 1906⁴ (está también la edición de 1921); Oskar Georg FISCHBACH, *Derecho político general y constitucional comparado*, traducción y ampliación de W. Roces, Barcelona, Labor, 1927; Pietro GARÓFALO, *Principios de derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano*, traducido de la segunda edición italiana e introducción por Faustino Menéndez-Pidal, Madrid, Góngora, 1934; Ludwig GUMPLOWICZ, *Derecho político filosófico*, traducción, prólogo y notas por Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1915; Maurice HAURIU, *Principios de derecho público y constitucional*, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927; Robert HUE DE GRAIS, Friedrich Hermann ACHILL, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Berlin, Julius Springer, 1927; Georg JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca, Milano, Società editrice libraria, 1912; Keith Arthur BERRIEDALE, *An introduction to British constitutional law*, Oxford, The Clarendon Press, 1931; Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1928; Paul LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, s.n., 1909; MATTERN, *Concepts of State, Sovereignty and International Law*, cit.; Boris Sergueevich MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933;

que « lógicamente — exponía en 1932 el catedrático Luís del Valle Pascual — era una República » en la medida que suponía el punto final de la democratización monárquica y de la racionalización del poder ⁽³⁰⁾. Un Estado cuyo advenimiento estaba marcado por lo que el también jurista Francisco Ayala en 1935 — esto es, en pleno desarrollo del así llamado « Bienio negro » de la República — denominó con acierto « crisis de principios » ⁽³¹⁾ del Estado Liberal, absolutamente determinada y condicionada por la « cuestión social ». Hasta tal punto se participaba de esta opinión que incluso el catedrático de Valladolid y diputado por el muy conservador Partido Agrario Independiente Royo Vilanova no dudó, en pleno debate constitucional, en recurrir a Duguit para hablar del « Estado como solidaridad » y adelantar una definición que, obviamente, no comparte: « es la expresión de la solidaridad económica y la solidaridad social donde el concepto de poder (se sustituye) por el de servicio público » ⁽³²⁾.

El otro aspecto determinante es la concluyente relevancia concedida a lo económico. No sólo por el trágico momento generado tras el derrumbe bursátil y financiero de 1929 cuyas ramificaciones y efectos planearon de manera incesante sobre aquellas Constituyentes, sino por la asumida consciencia de que tomaba carta de naturaleza al más alto grado — el constitucional —, la economía conforma una base irrenunciable en la formulación del Estado. Sobre todo en lo que afectaba a sus fines y funciones pero, asimismo, en las libertades y los derechos — los cuales, por primera vez, van

del mismo, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, traducción del francés por Sabino Álvarez-Gendin, Madrid, Reus, 1934; Walther RATHENAU, *La triple révolution: essais*. Paris, Éditions du Rhin, 1921; Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale*, ed. riv. e aggiornata, Padova CEDAM, 1928; Alfred WEBER, *La crisis de la idea moderna del Estado en Europa*, traducción del alemán de J. Pérez Bances, Madrid, Revista de Occidente, 1932, entre otros. Agradezco al bibliotecario, don Javier Plaza y a la directora del Archivo, doña Rosario Díaz Cañabate, su inestimable ayuda a este respecto. Naturalmente, figuraban los juristas españoles, en especial Posada.

⁽³⁰⁾ LUÍS DEL VALLE PASCUAL, *Derecho político, (orientación sistemática y sintética para la cátedra y seminario)*, Zaragoza, Tip. E. Berdejo Casañal, 1932, p. 335 y ss.

⁽³¹⁾ FRANCISCO AYALA, *Los derechos individuales como garantía de libertad*, en « Revista de Derecho Público », 15 febrero 1935, 39, pp. 33 y s., 33.

⁽³²⁾ Intervención en el debate constitucional. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (D.S.C.), sesión 22 de septiembre de 1931, pp. 1063.

acompañados de la palabra deber ⁽³³⁾ —, para los que se exigía una protección y garantía real por parte del Estado.

En relación con este último aspecto, impregna incluso el propio concepto de libertad, elemento prioritario y fundamental desde las primeras Declaraciones de derechos, y que ahora, si no desplazada, si al menos se equipara en importancia real, esto es, efectiva, a la igualdad. De hecho se sostiene, desde posiciones muy diversas y no exclusivamente izquierdistas, que la primera es inexistente sin la segunda; es más, que el no reconocimiento de la igualdad material y la consecuente obligación de los órganos estatales para su consecución era sinónimo de iniquidad ⁽³⁴⁾.

No sólo porque afecta a la garantía de los derechos individuales sino a toda la vida del país, la necesidad de reconocer y regular constitucionalmente la, por así decir, necesaria acción económica del Estado era un imperativo inexcusable. La economía, se decía entonces, es social, es relacional y es la base de la auténtica democracia.

El problema, sin embargo, lo presentaba la fórmula que expresaría esta constitucionalización cuyo alcance y consecuencias en modo alguno se concebían como estrictamente formales. En este tema, al igual que en otros relevantes y conflictivos asuntos, la discusión iba de suyo. La dirección de la economía, la intervención en el mercado y las políticas activas forzosas e ineludibles en la medida que suponen una obligación del Gobierno y Administraciones Públicas en cuanto órganos estatales frente a sus administrados — elementos irrenunciables del Estado Social de la época y requisitos todos que recogerá la Constitución de 1931 — eran injerencias difícilmente aceptables hasta para los liberales más abiertos.

⁽³³⁾ Es obvio que los deberes se entienden aquí como la contribución personal al bien de la sociedad en su conjunto. La « contribución pasiva al bien social », como diría uno de los filósofos con mayor influencia en el liberalismo social británico, Thomas H. GREEN, *Lectures on Principles of political obligation* (1887), Ontario, Batoche Books, 1999, en especial p. 189 y ss.

⁽³⁴⁾ AYALA, *Los derechos*, cit., p. 34.

4. *Carácter y naturaleza del nuevo Estado. El « Estado Fuerte » de la izquierda.*

Desde su propia teoría y perspectiva acerca del Estado, los grupos de izquierda con representación parlamentaria compartían la crítica, antes enunciada, de Araquistáin acerca de la ignorancia que había mostrado la época precedente sobre la economía en el plano constitucional y, en consecuencia, los efectos que esta falta de interés había ejercido en la sociedad a través de la inactividad estatal. En este sentido, participaban ampliamente de la denuncia que el mismo Laski había realizado a estos efectos tiempo atrás; esto es, la incapacidad de la concepción tradicional del Estado y la soberanía para acoger los « nuevos fenómenos » (regularización de la industria, problemas sociales y reconocimiento político de los nuevos grupos de interés — en particular, sindicatos — y los emergentes).

En otras palabras, para ellos, al igual que para el socialista británico, la « vida de la comunidad » no tenía ni la más remota posibilidad de encajar en un marco creado *ad hoc* para albergar la visión individualista decimonónica. Es decir, en un Estado cuya finalidad última era la conservación del orden público basado en esos presupuestos. En este sentido, era completamente incompatible con una organización social construida sobre la base de que todos los miembros de la sociedad tenían la obligación de contribuir al bien público ⁽³⁵⁾. Por lo demás, y en otro orden de cosas, la influencia de Hermann Heller, el socialdemócrata no marxista alemán que moriría impartiendo clases en la Universidad de Madrid a donde había llegado tras el ascenso del partido nacionalsocialista por su condición de judío, es evidente en lo que a las relaciones del Estado con sus ciudadanos afecta. En especial, por su definición del trabajador como persona ⁽³⁶⁾, el término, este último, más utilizado en el articulado de la Constitución en sustitución de ciudadano.

Una primera aproximación bastante razonable a, por lo menos, algunas de las características más relevantes del Estado Social

⁽³⁵⁾ LASKI, *A note*, cit., pp. 191-2.

⁽³⁶⁾ Hermann HELLER, *Las ideas políticas contemporáneas*, Barcelona, Labor, 1930; ID., *Europa y el fascismo*, Madrid, edt. España, 1931, en especial. También *Concepto, desarrollo y función de la ciencia política*, s.l. s.n., 1933 y *Staatslehre* (1934).

surgido de aquellas Constituyentes se encuentra, a mi entender, en la intervención del diputado radical socialista Valera. Merece la pena prestar una somera atención a la misma, sobre todo por su condición de defensor de la enmienda al artículo primero del proyecto de Constitución, cuyo contenido se modificaría sustancialmente tras añadirse la conocida expresión « república de trabajadores ».

La locución que a estos efectos utilizó el diputado en relación con lo que aquí interesa fue, exactamente, *Estado fuerte*. Y explicaba prolijamente el alcance de esta fortaleza: Sería un Estado cuya legitimidad de origen radicaba en una Constitución entendida como pacto para garantizar « las condiciones mínimas de independencia y libertad » de todas las personas y colectividades para ejercer la soberanía. La colectividad, versión española de la comunidad — y no el individuo —, situada al lado de la persona, era, pues, un pilar fundamental de la nueva forma estatal y, de esta manera, la sociedad, lo social, entraba de lleno en el ámbito constitucional y, en consecuencia, en toda manifestación jurídica, consiguiéndose así la « socialización (no en su significado ideológico sino material) del derecho ». Y lo era asimismo porque en él, el poder dotado de fuerza se sometía a la legalidad y la justicia, cuya consecución se llevaba a cabo, precisamente, por el ejercicio esa fuerza.

Es de interés subrayar que el diputado, de forma deliberada y muy calculada, sustituyó en su discurso la palabra liberalismo por « sentido liberal »⁽³⁷⁾. Su finalidad no era otra que clarificar las diferencias entre lo existente y viejo y lo que se pretendía implantar para acoger real, eficaz y eficientemente las demandas de la nueva sociedad y sus miembros. En lo que afecta al tema de este trabajo, lo que acaba de exponerse se traducía en el siempre espinoso tema de los límites del poder y obligaciones estatales.

A este respecto, la limitación por excelencia es siempre la libertad de los ciudadanos, tanto en el plano político frente al Estado como en el económico. Entendiendo que sin independencia económica no puede existir verdadera libertad y que no puede haber

(37) Es decir, el liberalismo « moderno », « porque en el fondo no es más que la civilización interpretada en el siglo XX » y « que reconoce que el Estado tiene un límite como lo tienen todas las instituciones ». D.S.C., sesión 15 de septiembre de 1931, p. 926.

democracia sin ésta, « para que el hombre sea libre — exponía Valera —, para que haya una verdadera libertad económica, no hay más remedio que poner un límite a la libertad de desenvolvimiento de las finanzas y de la vida económica ». Era, por consiguiente, un deber de los órganos estatales adoptar medidas a este respecto, obviando y superando las críticas en defensa del liberalismo económico por cuanto éste no era más que un « tecnicismo » propio de una disciplina académica y, en consecuencia, circunscrito al terreno de la teoría.

Se trataba, por tanto, de un Estado « liberal, democrático y social », entre cuyas funciones figuraba, en lo que aquí interesa, la dirección de la « vida integral del país », de la « vida de la sociedad política en todos sus aspectos, en el cultural, en el económico, en el social »⁽³⁸⁾. Considerada esta dirección como un elemento irrenunciable, esencial, de su propia naturaleza y definición, no sólo significaba un cambio en el sentido democrático sino la presencia de políticas activas destinadas a garantizar derechos y libertades y la consecución de la justicia social entendida como defensa y conservación de la libertad y de la democracia real, esto es, completamente diferente de la formal preconizada por el Estado Constitucional. En todo caso, la intervención estatal en todos los aspectos relacionales era un requisito consustancial.

5. *El Estado tuitivo, sus funciones y fines. La protección del trabajo-trabajador y la función social de la propiedad.*

A pesar de que la enmienda no fue finalmente aprobada, es innegable su influencia. En realidad, fue Valera quien sacó a la luz por vez primera en ese escenario la sinonimia trabajador-ciudadano como emblema de « una democracia del siglo XX »⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ *Ibídem*, p. 924 y ss., en particular p. 928.

⁽³⁹⁾ *Ibídem*, p. 928. Es de importancia exponer el voto particular sobre la redacción del artículo 1º: « España es una República de trabajadores, liberal en el principio, democrática en el fundamento y social en la orientación. Son fines del Estado: velar por la integridad del territorio y por la independencia de la sociedad española, garantizar la libertad y derechos de los ciudadanos, conservar el orden público y dirigir el progreso moral, intelectual y económico del país ». *Ibídem*, p. 929.

Aunque no faltó quien, desde sector tradicional, considerase que esta remisión al trabajador, en la medida que desplazaba al propietario como sujeto de derechos y situaba al trabajo como categoría constitucional situada bajo la especial protección del Estado (40), era una invasión del derecho privado en el terreno de lo político y, en general, del derecho público, su aceptación no ofreció excesiva resistencia.

En realidad, en relación al primero — esto es, el trabajador —, podía considerarse una adaptación de lo que alguien tan poco sospechoso de radicalidad como Mirkiné-Guezévitch había calificado de *ciudadano social*, al que consideraba el punto de llegada natural del itinerario seguido por el *ciudadano en abstracto* característico del liberalismo — por tanto, de la visión estadista — de preguerra. Un itinerario en el que los « valores éticos » (como los denominaba Posada, entusiasta defensor de esta opción (41)) influyeron decisivamente. Con respecto al segundo, esto es, el trabajo, su aceptación ofrecía incluso menos resistencia. Al fin y al cabo ya había sido objeto de interés y regulación por el Estado bismarckiano como el propio Marx había demostrado en su polémica con Lassalle (42).

La mayoría de intelectuales — y muchos de los más prestigiosos e influyentes fueron elegidos diputados — y representantes, por el contrario, estimaba que se trataba de un derecho justamente conseguido por las « clases trabajadoras »-proletariado en su incesante lucha contra el silencio constitucional y jurídico. Y en esta conquista, precisamente, se basaba, y se identificaba, su fuerza —

(40) Es de interés señalar que en esa misma sesión del 15 de septiembre el diputado socialista Gordon Ordas establecía la diferencia existente entre el trabajador como hombre-ciudadano y trabajo como categoría de derecho social, obrero o del trabajo.

(41) BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, 1930, cit. Adolfo POSADA, *La nueva Constitución española. El Régimen constitucional en España* (1931). Uso la edición Madrid, INAP, 2006, p. 141.

(42) Carlos MARX, *Critica al programa de Gotha* (Glosas marginales al programa del partido obrero alemán) (1875). Archivo Marx-Engels, en línea, en especial, I y IV. Lassalle, por cierto, es considerado una autoridad por algunos conspicuos socialistas españoles. Entre ellos, Araquistáin que aludió a él en varios momentos en el debate parlamentario.

destructora a la par que renovadora — de la propia estructura estatal. En este sentido, ya se considerase una *obligación* (Araquistáin) ya un *deber* (Ortega y Gasset) ⁽⁴³⁾, su configuración fue ampliamente admitida y respaldada. Lo fue, aun cuando formaba parte esencial de la definición de la ciudadanía y, de esta manera, condicionaba sustancialmente las funciones y fines del Estado al entrar en el delicado campo de las garantías específicas tras la redacción final del artículo 46 y formar parte del Título V relativo a derechos y deberes. Y de hecho así sucedió, al menos durante el primer bienio de la República, cuando en el Ministerio de Trabajo se creó una Comisión del mismo nombre que se afanó arduamente en el cumplimiento de esta función estatal ⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, si la admisión del trabajo-trabajador en los términos que acaban de expresarse no encontró particular resistencia, incluso en el Anteproyecto de Constitución elaborado por una Comisión integrada en su mayoría por liberales progresistas, y la mayor parte de los juristas la consideraron una razonable apertura al Derecho social *lato sensu*, no sucedió lo mismo, sino todo lo contrario, con la regulación de la propiedad en el mismo sentido.

En este caso, la « función social », por cuyo cumplimiento debían velar los órganos estatales, no sólo trastocaba absolutamente su concepción como pilar fundamental del viejo constitucionalismo y estatismo, hecho sobre el que todos, o la mayoría, podían estar más o menos de acuerdo. Afectaba también a terrenos de la esfera privada y, en ese ámbito, la burguesía progresista contemplaba con preocupación o consideraba una gran equivocación ⁽⁴⁵⁾, cualquier injerencia de los órganos estatales.

⁽⁴³⁾ No se trata de una cuestión de matiz; de hecho, como es conocido, había sido objeto de debate entre diversos sectores marxistas en el siglo XIX cuyo alcance excede los límites de este trabajo.

⁽⁴⁴⁾ Pueden consultarse las actas de la Comisión Permanente de Trabajo a lo largo de 1932-33 en *Archivo Congreso de los Diputados* (A.C.D.), Serie General, sig. P-01-000475-0036-002.

⁽⁴⁵⁾ « Respecto a la propiedad — grave y apasionante tema —, La Constitución, más que ser social — siendo la concepción social la generalmente admitida en España, incluso por el liberalismo —, es socializadora. El partido socialista ha dejado sentir en este punto su influencia en las Cortes. Quizá no era necesario llevar hasta este extremo el alcance de los preceptos constitucionales », escribe Adolfo POSADA en 1932, *La nueva*, cit., pp. 157-59.

Para los integrantes de estos grupos, que en mayor o menor medida compartían la idea de que « la época individualista [...] está en trance de desaparecer » y hasta valoraban « la solución por vía amigable y legal » de la conflictividad individual o colectiva entre « los diferentes factores de la producción » (46) era imposible estar de acuerdo con la solución aportada por el que sería artículo 44 de la Constitución. En particular, porque continuaban considerando el derecho de propiedad individual « una garantía de la personalidad y la libertad » (47). Para ellos, este precepto significaba ni más ni menos que la implementación de las ideas socialistas al respecto. Y por más que en el *Discurso* de presentación del *Proyecto de Constitución* en las Cortes el presidente de la Comisión parlamentaria que lo había redactado, el penalista y socialista Jiménez de Asúa, expusiera literalmente que aquella era « una Constitución de izquierdas pero no socialista », lo contemplaron, lisa y llanamente, como un ataque a la propiedad privada; su desaparición en la práctica, un acto arbitrario e insensato (48).

(46) GARCÍA OVIEDO, *La reforma de nuestra legislación sobre jurados mixtos*, en « Revista de Derecho Público », sep. 1935, 45, pp. 257 y ss., 257.

(47) En este sentido el Diputado del Partido Republicano liberal-demócrata, Melquíades Álvarez, que había sido presidente del Congreso en 1923 y sería asesinado en agosto de 1936. D.S.C., sesión 9 de septiembre de 1931, p. 816 y ss. Es interesante añadir que, sin embargo, comenzaba su discurso exponiendo que « en las complejidades de la vida moderna, los intereses particulares al cobijo de esas grandes sociedades, [...], adquieren tal consistencia, que constituyen una amenaza para la vida económica de la colectividad ». Sobre este interesante diputado vid Maximiano GARCÍA VENERO, *Melquíades Álvarez. Historia de un Liberal. Prólogo de Azorín*, Madrid, Alhambra 1974².

(48) Para estos grupos continuaba vigente lo que ya 1867 había expresado el maestro krausista Giner de los Ríos: « Que la Propiedad, como relación esencial del Hombre con el mundo sensible, se hace efectiva en el tiempo mediante la libre y ordenada (artística) actividad de aquel, en bien de ambos términos, debiendo ser reconocida de aquí como derecho en el Estado, porque el Estado — la asociación para la recíproca y libre condicionalidad exterior de la vida humana — tiene por misión reconocer y amparar todo los fines racionales de esta. Pero así como el Estado es impotente para crear la Propiedad, sólo mediante arbitrariedad y violencia puede intentar destruirla o siquiera modificarla. Cuando á esto se atreve, cuando pretende llevar su mano á la obra de Dios y destrozarla para acomodarla á fines históricos, no solo es sacrílego, sino insensato [...] Sobre todos estos abusos y corrupciones de la vida pública y privada está, no obstante, el fundamento de la Propiedad en sí misma: fundamento eterno, esencial y verdaderamente divino, y contra su indestructible firmeza

El innegable punto de fricción que presentó este concreto asunto, se saldó finalmente con la aprobación del precepto por la mayoría de izquierda que existía en la cámara. Para ésta mayoría, a pesar de sus divergencias, en aquel momento formaba parte esencial, y por tanto irrenunciable, de su modelo estatal decididamente intervencionista (en la industria, en los servicios públicos), capacitado para nacionalizar en aras de la justicia y la utilidad social ⁽⁴⁹⁾,

se estrellará siempre la soberbia de los poderes terrenos ». *Discurso leído en la Universidad Central por Don Francisco Giner, al recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Madrid [S.I.] [s.n.] Imp. del Norte a cargo de C. Moro.

⁽⁴⁹⁾ El espíritu de la Constitución a este respecto — consonante con la naturaleza del Estado Social del primer siglo XX — está reflejado en la respuesta del Diputado Botella, en nombre de la Comisión de Constitución, al discurso del Sr. Álvarez: « nosotros hemos tenido que hacer en la Constitución, no lo que decía el Sr. Álvarez, no suprimir la propiedad privada; lo que hemos tenido que hacer es establecer el derecho de expropiación, por causa de utilidad social, y este derecho generalmente, con indemnización; pero se establece también la posibilidad de que, en caso de necesidad social, pueda acordarse una expropiación sin indemnización. Esto, señores, es una cosa que no puede almar, sino que ha de satisfacer a una Cámara que represente los intereses legítimos del pueblo, porque aquí se hablaba, no hace muchos días, por el señor Ministro de justicia, de varios casos de señoríos que ya debían estar abolidos, que fueron abolidos muchos por las Cortes de Cádiz, que, después de abolirse, pudieron reconstituirse todavía y que están detentando la propiedad que no es suya, la propiedad del Estado unas veces, la propiedad del Municipio otras, y esos casos deben sujetarse a revisión y es de justicia que, comprobada la falta de título [...] pues en los casos de justicia y en los de utilidad social nosotros creamos la expropiación sin indemnización, y al hacer eso no podemos producir alarma a ningún interés legítimo; *quien puede producir alarma es el Sr. Álvarez, al venir a decir aquí que nosotros, en la Constitución, suprimimos la propiedad privada* (cursiva mía). Enlazado con el problema del campo nos encontramos el problema de la industria y lo traemos aquí, estableciendo que la República asegurará a cada trabajador los medios necesarios para una existencia digna, y a continuación establecemos todos los casos de previsión social, de manera que desde ahora pueda vislumbrarse en el porvenir la perspectiva de un estado de justicia social en que todo hombre, por el hecho de ser trabajador, tenga previstas todas las contingencias y cubiertas todas las necesidades de la vida. Y hacemos esto teniendo en cuenta que la República, a pesar de los recelos que inspira a los enemigos, ha de promover un estado de mejoramiento y de riqueza en el país, por mucho que sorprendan estas declaraciones. [...] Esto no es sólo un principio de humanidad que va en defensa de los que en el régimen actual se llevan la peor parte; es, por encima de todo eso, un principio constructivo, que hemos de tomar en consideración si queremos que España, en el porvenir, se monte sobre bases económicas más seguras y tome un impulso de producción que nos permita cubrir todas las necesidades nacionales y reponernos del déficit en

objetivos principales a cumplir a través de los órganos e instituciones estatales. En resumen, un Estado tuitivo cuya misión era guardar, amparar y defender a su ciudadanía para la satisfacción de cuyas necesidades debía estar la riqueza nacional.

6. *Características esenciales del nuevo Estado: Responsabilidad en la ejecución y tecnocracia.*

Por las razones que acaban de exponerse, son precisamente ambos artículos, el 44 sobre la propiedad y el 46 sobre el trabajo ⁽⁵⁰⁾ — no por casualidad incluidos, como ya se ha expuesto, en el extenso Título relativo a derechos y deberes (económicos, sociales, familia, culturales, etc.) — los que mejor reflejan, a mi parecer, la naturaleza del Estado Social de la II República. Sobre todo en la medida que determinan la intervención estatal en aras a garantizar « las condiciones necesarias para la existencia digna de los trabaja-

que nos han dejado la Monarquía y la Dictadura ». D. S. C., sesión, 9 de septiembre de 1931, pp. 825-6.

⁽⁵⁰⁾ Artículo 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Artículo 46. El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores. En el mismo sentido, el art. 47 sobre el campesinado, cuyo patrimonio familiar era inembargable y se preveía indemnización por pérdida de cosechas a cargo del Estado.

dores », de la ciudadanía integrada por personas — término, por cierto, usado abundantemente, como ya se ha señalado, en sustitución de español o ciudadano — o la racionalización de la producción. Es decir, porque sitúa expresamente el interés social o común por encima del particular, que queda sometido a aquél, previendo y especificando los casos de nacionalización con la debida indemnización de servicios y posesiones. Intervención que también es obligatoria en el compromiso y cumplimiento subsidiario de los deberes anejos a una serie de derechos, en especial sociales, culturales y económicos ⁽⁵¹⁾.

Estas obligaciones, con otras igualmente sancionadas en el texto constitucional, suponen, por si solas, la quintaesencia del Estado Social que, por esos años, se estaba implantando en Occidente. Probablemente, una de sus características más identificativas y, por lo demás, fácilmente reconocible, es que, frente al anterior, que presentaba ante sus ciudadanos una responsabilidad muy general y limitada en el ejercicio de sus funciones y, además, trasladada en su práctica totalidad al sector privado, este nuevo Estado asume la responsabilidad en la ejecución ⁽⁵²⁾. Esto es, una responsabilidad efectiva y real, no nominal o teórica, que es omnipresente y afecta a

⁽⁵¹⁾ Entre otros, la enseñanza gratuita y a la paternidad, cuya investigación se reconoce (art. 43). En este sentido, aparece recogido en el discurso de Presentación del Proyecto por Jiménez de Asúa a las Cortes: «Lo que pretendemos es que no sean declamaciones, sino verdaderas declaraciones, y por ello no basta con ensanchar los derechos, sino que les damos garantías seguras; de una parte, la regulación concreta y normativa; de otra, los recursos de amparo y las jurisdicciones propias para poderlos hacer eficaces. Esto es lo que tratamos de hacer; ensanchar ese territorio, que ya no es tal parte dogmática, que ya no es, como era antaño, una ley secundaria y garantizadora, una declaración de derechos sagrados en aquella tesis, arrumbada al fin, del concepto superestatal de los derechos del hombre, que provenían de un derecho natural hundido para siempre. Es preciso dar garantías a los ciudadanos contra ataques del Poder ejecutivo, y estas garantías se hallan en nuestra Constitución ». El *Discurso* puede consultarse en línea.

⁽⁵²⁾ E incluso el actual, no en vano conocido bajo la denominación Enabling State, o Estado Permisivo, acuñada por la doctrina alemana. Vid Neil GILBERT, *Transformation of Welfare State: The silent surrender of Public Responsibility*, Oxford U., 2002; del mismo, «The 'enabling State'? From Public to Private responsibility for Social Protection: Pathways and Pitfalls», en *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n° 26, 2005, en línea; Pedro COSTA GONÇALVES, «The enabling State and the market», *ibídem*.

todos sus órganos, instituciones y al funcionariado. Entre nosotros, ciertamente, no puede decirse que no se empeñaran en ello: tanto el Gobierno como las Cortes en medio de sus tareas constituyentes, en absoluto fáciles, aprobaron de manera constante un número considerable de disposiciones destinadas al logro de esos objetivos, incluso durante los difíciles momentos de la guerra civil ⁽⁵³⁾.

No son sólo posiciones ideológicas; es el cumplimiento de tales funciones y consecución de los fines, lo que explica, como ya se ha expuesto, la preponderancia de lo económico, incluso en la definición — la economía, se dice por los grupos de izquierda, es el supuesto de la estructura jurídico-política del Estado —. Pero, en este caso, no bastaba con exponer y declarar la supeditación de la riqueza particular a las exigencias de la economía nacional. Era necesario igualmente crear medios nuevos e introducir mecanismos que procuraran el funcionamiento institucional a estos efectos. Y es exactamente ahí donde la Constitución introduce la creación de Consejos técnicos como elementos destinados a la racionalización de políticas y optimización de recursos. Integrados por expertos, estos tecnócratas debían actuar como asesores de los distintos Departamentos para el desarrollo y aplicación de medidas eficaces en beneficio de toda acción gubernativa y administrativa ⁽⁵⁴⁾.

No sorprende que ambos aspectos conformaran el *leit motif* del discurso — aplaudido por toda la Cámara puesta en pie — que en nombre de su partido, el socialista, pronunció en defensa del proyecto el catedrático, traductor de Jellinek y Ministro de Justicia de aquel peculiar primer gobierno de coalición republicano, Fernando de los Ríos, él mismo autor de varias obras sobre el Es-

⁽⁵³⁾ Vid Clara ÁLVAREZ ALONSO, *La Jefatura del Estado, el Gobierno y la Administración Central*, T. IV de la Colección *Leyes Políticas españolas* dirigida por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Iustel, 2013, en especial pp. 508-514.

⁽⁵⁴⁾ « Artículo 93. Una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos figurará un Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley ». En el Proyecto de la Comisión de Constitución, su regulación era más extensa.

tado ⁽⁵⁵⁾. El que ahora defendía desde un punto de vista político que aunaba la necesidad (« lo que señala el pueblo ») y la posibilidad científica (« superar lo que ya está superado en la experiencia, — esto es — liberalismo económico y democracia inorgánica »), requería la organización pública de la economía. Y en este proceso, los sindicatos tendrían un gran protagonismo en la gestión de la misma, supeditada siempre a los intereses de la sociedad en su conjunto.

A este respecto, es de extraordinaria relevancia destacar que el Ministro y diputado del grupo con mayoría en la Cámara veía en los Consejos técnicos, precisamente, la solución a las conocidas discrepancias de fondo que existían entre partidos de izquierda y sindicatos y que, en este caso, afectaban básicamente a la interpretación de « la gestión de los intereses públicos ». En su composición podían coexistir el elemento sindical (« con todo lo que el sindicato moviliza socialmente ») y el técnico (elaboración de « los textos que la Cámara entiende por personas competentes », evitando así « intervenciones inexpertas »). En resumen, estos Consejos no sólo eran instituciones eficaces para el progreso; cumplían además una función sustancial y necesaria: satisfacer « una necesidad de la democracia moderna (como era) la transformación del régimen parlamentario como es imperativo hacerlo ». A pesar de que el Proyecto dedicaba una parte considerable a la regulación de los mismos que, finalmente, quedó reducida a un artículo, lo cierto es que los representantes más implicados apoyaban abiertamente su instauración como organismos de modernización, agilidad, eficiencia e imparcialidad.

Así lo exponía en el *Ruego* dirigido al Presidente del Consejo de Ministros el diputado republicano independiente Justino de Azcárate ⁽⁵⁶⁾ fechado el 4 de marzo de 1932. Extraordinariamente

⁽⁵⁵⁾ El discurso en D. S. C., sesión 3 de septiembre de 1931, p. 749 y ss. Por otro lado, la preocupación por el Estado y su evolución, iniciada durante su estancia en Alemania, la conservó y desarrolló sobre todo a partir del 1934, cuando los partidos de derecha ganaron las elecciones. Así *¿Hacia el Estado corporativo?*, en « Leviatán, Revista mensual de hechos e ideas », 1934 (fundada ese año por Araquistáin) y *¿Adónde va el Estado?*, Buenos Aires, Editorial sudamericana, 1951, obra póstuma con prólogo de Jiménez de Asúa.

⁽⁵⁶⁾ Este Diputado por León, abogado y empleado en la Federación de Sindicatos carboneros de España, había sustituido durante dos días en Mayo del 31 al

fundado y argumentado, el diputado, que reconoce las « inquietudes » de orden político-social que absorben la atención del Gobierno, urge la redacción de un proyecto de ley que desarrolle el precepto constitucional sobre los Consejos técnicos. Con su instauración con el personal más competente no sólo se agilizaba la gestión evitando la « caótica creación de órganos asesores en las diferentes ramas de la Administración » y se contribuiría decisivamente a la superación del « retraso genérico que la economía de nuestro país padece ». Se aportaría algo de igual o más importancia: el optimismo y esperanza del pueblo. Porque, exponía, para que la justicia social fuese un hecho y la libertad en cuanto expresión « condicionada » de la actividad personal pudiera desarrollarse era asimismo « preciso, imprescindible, ilusionar al pueblo con una vida real más cómoda y más sana, más elevada para nuestro espíritu, más vigorosa para nuestro cuerpo, y con racional y justa explotación de nuestra riqueza determinada por consideraciones técnicas y objetivas » (57).

He reproducido íntegro este párrafo porque, me parece, expresa a la perfección el sentido concedido a los consejos de tecnócratas en ese complejo momento. No sólo solucionaban conflictos tácticos de naturaleza ideológica o renovaban la democracia formal preexistente, como había expuesto Fernández de los Ríos. Acallaban las voces de quienes en aquellas polarizadas Cortes y opinión pública veían en las medidas y decisiones de carácter económico que, en particular, afectaban a los servicios públicos y la propiedad a través de los casos de expropiación y nacionalización, una arbitrariedad ideológica. Así también debió entenderlo el Gobierno quien, acto seguido, no sólo envió el escrito a los diferentes Departamentos ministeriales, sino también, en un breve plazo, a la Mesa de las Cortes.

Ministro de Justicia Fernando de los Ríos al frente de ese ministerio y sería nombrado, asimismo por un breve periodo, Ministro de Estado en el Gobierno del Frente Popular en 1936. A. C. D. *Serie documentación Electoral*, 137 n° 26. Exiliado, murió en Caracas en 1989.

(57) El 10 de marzo, el escrito llegaba a la Presidencia del Consejo; el 31 a las Cortes. Las respuestas de los Ministros a partir del 6 de abril. A.C.D. *Serie General*, sig. 01-0039-001-009. Por lo demás, el tema suscitó el interés de Llorens, quien le dedicó un libro al respecto, cfr. Eduardo L. LLORENS Y CLARIANA, *¿Qué es la tecnocracia?*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1933.

En realidad, podían considerarse, hasta cierto punto, como un emblema de los requisitos jurídico-económicos de alto contenido y proyección social que conforman la naturaleza misma del Estado Social de la primera mitad del siglo XX. Un Estado intervencionista y director en el ámbito económico, pero no controlador, tuitivo de los derechos y libertades de las personas comenzando por la igualdad (no es casual que el acto previo a la promulgación de la Constitución el 9 de diciembre de 1931 fuera precisamente un Decreto que declaraba la igualdad de hombres y mujeres), cuyo ordenamiento admitía las normas del Derecho internacional y que era responsable de la ejecución de sus actos y políticas marcadas por el irrenunciable objetivo de conseguir la justicia social. En definitiva, que, como había escrito en 1917 Laski ⁽⁵⁸⁾, no se justificaba por los métodos destinados a conservar un determinado orden para beneficio de un grupo, sino que fue ideado y formulado para fomentar la participación colectiva y obtener resultados en beneficio de la sociedad en su conjunto.

(58) LASKI, *A note*, cit., p. 191.

SEBASTIÁN MARTÍN

DEL FUERO DEL TRABAJO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO. LOS JURISTAS ESPAÑOLES ANTE LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO (*)

1. Acotación del tema. — 2. Estado nacional-sindicalista. — 2.1. Encuadre teórico. — 2.2. Fuero del Trabajo. — 2.3. ‘Integración nacional del proletariado’. — 3. Estado social y democrático. — 3.1. Intentos de homologación. — 3.2. Teorización crítica. — 3.3. Instauración constitucional. — 3.4. Cierre doctrinal y primera sepultura. — 4. Conclusión.

1. *Acotación del tema.*

Abordar la problemática de ‘los juristas ante el Estado social’ en la experiencia española exige una labor de acotación previa, tanto conceptual y cronológica como disciplinar. De *sozialer Rechtsstaat* comenzaron a hablar juristas como Franz Neumann o Hermann Heller a comienzos de la década de los 1930 en referencia a la *Wirtschaftsverfassung* establecida en la Constitución de Weimar. Por « Estado social de derecho » se entendía aquel en que los principios clásicos del constitucionalismo liberal, del derecho de propiedad a las libertades de contratación, comercio e industria, habían abandonado su previa formulación absoluta para consentir ahora restricciones introducidas por las leyes del Estado. En esta primera codificación doctrinal, el concepto se encontraba claramente determinado tanto en sus medios como en sus fines: la intervención estatal en el orden económico solo podía realizarse a través de leyes

(*) Una primera versión de este texto fue discutida en el *XII Seminario Interdisciplinar ‘Globalización y Derecho’* celebrado en Cuenca en diciembre de 2016, donde recibí sugerencias valiosas que agradezco expresamente. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto *Tradición y Constitución: problemas constituyentes de la España contemporánea*, ref. DER2014-56291-C3-2-P.

parlamentarias de fundamento democrático. Y la finalidad que con ellas debía perseguirse, lejos de limitarse a la tutela de los sectores más vulnerables de la sociedad, consistía en la emancipación de los trabajadores respecto del poder privado empresarial (1).

Esta noción primigenia nos coloca ante uno de los rasgos distintivos del Estado social: su irrupción supuso un profundo replanteamiento de las relaciones entre Estado y Sociedad. Lo propio de la constelación liberal era partir de la espontaneidad de las relaciones sociales para marcar los límites y los fines al poder público, en la creencia de que la libre interacción entre privados producía por sí sola la armonía. A estas alturas, es evidente que esta clase de relato, lejos de imponer el abstencionismo estatal, inspiró una intervención masiva de dispositivos legales y burocráticos, indispensables para instituir la « economía del *laissez faire* » (2). Pero esta prevención en nada desmiente el factor típico del constitucionalismo decimonónico: la colocación del Estado en función de la libertad comercial y la propiedad.

Es este factor el que el Estado social vino inicialmente a rectificar. Y lo hizo de dos modos. Desmentida ya la creencia mitológica en la producción espontánea de la armonía social, se legitimó la intervención estructural del Estado en las relaciones laborales y en la producción económica con fines diametralmente opuestos a los anteriores. De quererse con dicha intervención la protección del libre mercado como principal fuente del orden social, pasó a perseguirse la protección de la sociedad frente al desorden generado por el libre mercado. Esto supuso una revisión en sentido socializador de la disciplina del contrato y de las libertades de comercio e industria. Se alteró además la propia fisonomía del orden privado, que no estaba formado solamente por individuos abstractos y autónomos, sino por instituciones colectivas como la familia e impersonales como la propiedad. Tanto una como otra habían conformado un recinto intocable, por principio, para el poder

(1) F.L. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar* (1930), en ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 134.

(2) K. POLANYI, *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo* (1944), México, FCE, 2003, p. 194 y ss.

público, no solo por ser espacios de autonomía y libertad sino sobre todo por constituir esferas de actuación de poderes privados, el del padre sobre la mujer y los menores y el del propietario sobre el trabajador. El Estado social se caracterizó por elevar estas instituciones privadas a nivel público, haciéndolas objeto de la protección e intervención limitativa de las leyes. En su versión democrática, con este movimiento se extendía el sujeto de derechos y el propio estatuto de la ciudadanía a las mujeres, los menores y los trabajadores, en un acto de superación de la anterior centralidad política del varón propietario. Pero en su versión autoritaria se perseguían fines opuestos.

En efecto, si reducimos la identidad del Estado social a ese replanteamiento de las relaciones entre Estado y Sociedad, que permitía la intervención — (supuestamente) protectora — de los poderes públicos en la trama social y ‘socializaba’ instituciones tradicionalmente privadas, pronto habrá que reconocer que tales trazas no son propias solo de los Estados democráticos sino también de sistemas políticos dictatoriales. La gran diferencia que los distinguía venía dada por la disparidad de los fines perseguidos. En el caso democrático la socialización del derecho y las políticas sociales eran un medio para lograr una ciudadanía plena, proteger la dignidad de las personas y emancipar a los sectores subalternos. En el caso autoritario, sin embargo, eran el expediente necesario para fabricar consenso en torno a liderazgos cesaristas y para integrar orgánicamente a las fuerzas sociales en las estructuras del Estado a fin de disciplinarlas. Ahora bien, en numerosas ocasiones la socialización autoritaria no constituyó sino el disfraz externo de una operación encubierta: la impudorosa elevación a categoría pública de lo que durante el liberalismo solo había constituido un instituto privado. Esto se aprecia, por ejemplo, en la disciplina jurídica de la familia. Tanto las repúblicas democráticas de entreguerras como las dictaduras ulteriores declararon su intención de protegerla como institución de notoria trascendencia social, pero mientras en las primeras se consagraba constitucionalmente la igualdad entre sus miembros en las segundas se volvió muchas veces a sancionar legalmente su jerarquización patriarcal interna. Fueron dos modos contrapuestos de « publicar » o « socializar » una institución privada, pero en el caso autoritario no se hizo más que revestir de fuerza pública su

formulación privatista tradicional. Se verá que cosa similar pudo ocurrir en otros aspectos centrales de la arquitectura totalitaria del Estado social.

Nos interesa ahora avanzar en nuestra acotación con precisiones cronológicas. El intervalo recorrido en la presente investigación no abarca el arco completo de la experiencia española sobre el particular. Hay quien de forma convincente considera la disciplina del « accidente moderno » como la primera mutación de la « racionalidad política » liberal, y como el primer pilar de la « institucionalización », tanto cultural como institucional, del « Estado providencia » ⁽³⁾. Si atendiésemos a este comienzo, la problemática aquí abordada tendría que empezar inquiriéndose acerca de la posición de los juristas ante la « cuestión social » y su posible solución a través del intervencionismo estatal desde principios del siglo xx.

Sin embargo, el abordaje del también llamado « problema obrero » no se tradujo en España en una mutación de la propia fisonomía del Estado hasta la dictadura del general Primo de Rivera y su experimento corporativo. Ciertamente es que la nueva disciplina de la economía y del trabajo no llegó a interferir en la autonomía de la voluntad y en la libre iniciativa empresarial. En 1923, la ciencia jurídica convencional aún apoyaba, de hecho, una noción tutelar, supletoria y moralista del « intervencionismo de Estado » ⁽⁴⁾. Pero nada de ello desmiente el hecho de que la « organización corporativa nacional del trabajo » puesta en planta a partir de 1926 se fundase en una decidida « intervención del Estado » en las relaciones laborales ⁽⁵⁾. Por un lado, la incipiente planificación de la economía, impulsada por nuevos órganos burocráticos, y el estatuto público de las corporaciones, introdujeron transformaciones de calado en la administración estatal ⁽⁶⁾. Por otro, la actuación de los « comités

⁽³⁾ F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 19 y ss.

⁽⁴⁾ J. GONZÁLEZ LLANA, *El Estado-providencia. Comentarios sobre el intervencionismo de Estado y la protección social*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia » (RGLJ, en adelante), 1923, 71, pp. 406-7.

⁽⁵⁾ E. AUNÓS, *La organización corporativa nacional del trabajo. Sus principios fundamentales*, en « Revista de Política Social. Órgano del movimiento corporativo español », 1 (1928), 1, p. 11.

⁽⁶⁾ A. GALLART Y FOLCH, *Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1929, p. 10 y ss.

paritarios », enderezada a preservar « los altos fines económicos de la colectividad » con vistas a superar el « régimen sindical » y la confrontación de clases, supuso una franca admisión del intervencionismo en su declinación autoritaria, es decir, como recurso para afirmar la soberanía del Estado (7).

Más conocida es la experiencia posterior, la de la « República democrática de trabajadores de toda clase » instituida por la Constitución de 1931 (8). En ella se consagraron límites al derecho de propiedad y las libertades económicas, se declararon los primeros derechos sociales, presididos por la obligación estatal de proteger legalmente el trabajo, y se legitimó constitucionalmente el intervencionismo en la economía con fines de justicia social.

La intervención de los juristas fue decisiva para el diseño y la comprensión de ambos modelos. Podría decirse, esquemáticamente, que mientras buena parte de ellos prestó legitimidad teórica a la primera socialización autoritaria, muchos menos fueron los que apoyaron la socialización democrática de la República. Pero este primer ciclo de configuración del Estado social en España cae fuera de nuestro ángulo de observación. El presente escrito se ocupa tan solo de los dos extremos del ciclo histórico ulterior: el que abarca la institucionalización del Estado nacional-sindicalista en los primeros años de la dictadura franquista (1938-1943) y concluye con la constitucionalización en 1978 del actual « Estado social y democrático de derecho » y su primer desarrollo. Se deja prácticamente fuera, por falta de espacio, el estudio del intervalo central, ocupado por el Estado « católico » y « social ». Si se han mencionado las dos experiencias anteriores, no ha sido solo para aclarar la acotación cronológica objetiva de nuestra problemática, sino para advertir que el primer tipo de Estado que habrá de interesarnos, el « nacional-sindicalista », se planteó en las representaciones jurídicas como una contestación a la anterior República de trabajadores y también al Estado corporativo primorriverista.

Aclarado uno de los elementos de nuestro asunto, el del « Estado social », quedaría pendiente de redondear el otro, el de

(7) AUNÓS, *La organización corporativa*, cit., pp. 14-5.

(8) Para el estudio de su constitucionalización, vid. S. MARTÍN, *Derechos sociales y procesos constituyentes (1931, 1978)*, en « Gaceta Sindical », (2014), 23, p. 46 y ss.

« los juristas ». Cumple aquí introducir una doble prevención: en ocasiones no pueden deslindarse con facilidad el orden de las representaciones y el orden de las realidades, sobre todo cuando la doctrina jurídica adopta una complejión eminentemente descriptiva y redundante, como aconteció con el discurso del primer franquismo. Se comprende, pues, que, en parte, este escrito pueda ser leído como una historia del Estado social español a través del imaginario de los juristas. Sin embargo, no se reduce a ello, pues su objeto central de estudio no lo da el Estado social en sí, sino la función política que en su proceso de institucionalización jugó el pensamiento jurídico. Por otra parte, debe advertirse la intensa discrepancia de registro que separa el discurso jurídico del primer franquismo del discurso de los juristas que impulsaron la constitucionalización del Estado democrático. El primero se encontraba adherido sin fisuras a la política del régimen, dada la depuración previa del cuerpo de profesores de derecho, y al segundo lo distingue un inconfundible tono crítico con los valores de la dictadura.

Por último, debe apuntarse que la socialización del derecho y las instituciones generó debates candentes en prácticamente todas las ramas de la enciclopedia jurídica. En la medida en que se estaba mutando de orden jurídico y estatal, las disciplinas afectadas no solo eran el derecho político y el administrativo. Las transformaciones se dejaron sentir también en el civil, en el mercantil y, sobre todo, en el laboral. Conviene indicar que tan solo se examinarán los discursos jurídicos que se pusieron como problema la cuestión de la fisonomía del Estado, de sus medios, funciones y límites, particularmente respecto del orden económico. Por eso interesan también cuando abordan la cuestión de la constitución material de la sociedad política. Y en este último punto, hilo conductor y epicentro fundamental de todas las experiencias socializadoras, tanto democráticas como autoritarias, fue la organización del trabajo entendida como factor principal de integración social, como fuente primera de los conflictos que había que reconducir o eliminar para garantizar la producción del orden en sociedad. Fuese reconociendo, desde un punto de vista democrático y pluralista como el de la II República, plena autonomía a los sujetos colectivos implicados en la realidad laboral para regular sus relaciones mutuas, o bien insertándolos forzosamente en una estructura verticalizada de carácter estatal,

como pasó con el Estado nacionalsindicalista, la cuestión del trabajo contó en todo este periplo con una naturaleza materialmente constitucional, que afectaba a puntos tan cruciales como el sistema de fuentes del derecho o la propia arquitectura del régimen político. Estado, economía y trabajo serán así las tres palabras clave que dotarán de cierta unidad y sistema a la exploración de un campo que, en su extensión objetiva, es de envergadura más amplia y multidisciplinar.

2. *Estado nacional-sindicalista.*

2.1. *Encuadre teórico.*

Desde sus primeras formulaciones doctrinales, el nacionalsindicalismo se presentó como una vía de superación del « liberalismo económico » y del « socialismo materialista » ⁽⁹⁾. En movimiento paralelo, proponía un tipo estatal que trascendiese definitivamente el ya inviable « Estado liberal de derecho », derrumbado por la presión de las nuevas tendencias dictatoriales. Superaría también la vía de la « democracia de masas », ya ensayada con la República e igualmente fracasada, por revelarse incapaz de canalizar ese ímpetu autoritario sin fracturar y disolver la sociedad. El Estado nacionalsindicalista implicaba por eso « modernizar » la forma política del país, adaptándola a la « situación sociológico-política » imperante en toda Europa, identificada con la cifra del « totalitarismo ». Lo peculiar es que este nuevo Estado no solo se presentaba como sustituto de los anteriores. En la medida en que sus antecesores habían fracasado en su deber de institucionalizar un principio eficaz de unificación social, el Estado nacionalsindicalista constituiría, en puridad, el primer Estado de la historia política española ⁽¹⁰⁾.

Con su instauración se había disuelto la antítesis que desgarró el Occidente europeo desde las revoluciones liberales: la oposición

⁽⁹⁾ Para la genealogía del término, vid. J. A. LÓPEZ GARCÍA, *Estado y Derecho en el franquismo. El Nacionalsindicalismo: F. J. Conde y Luis Legaz Lacambra*, Madrid, CEC, 1996, p. 57 y ss.

⁽¹⁰⁾ L. LEGAZ LACAMBRA, *Introducción a la Teoría del Estado Nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940, pp. 120 y ss. y 198-9.

aguerrida entre el « Estado y la Sociedad » y entre el « Individuo y el Estado » (11). Tal superación se había logrado mediante la « imposición ‘totalitaria’ de un criterio sustancial », de « una fe », capaz de integrar a los diferentes elementos de la sociedad. Se había renunciado con ello a la neutralidad relativista presuntamente propia del liberalismo decimonónico, como también a la « homogeneidad » política de tipo laicista, igualitario y popular que la democracia social quiso implantar. El nuevo principio social aglutinante se distinguía de los criterios anteriormente ensayados por sustituir la idea de clase — ya fuese la « burguesa » imperante en la « sociedad civil » decimonónica o la popular de las democracias republicanas — por la « idea nacional ». Tal era el « valor político decisivo para la construcción de un nuevo orden político social » (12). Por eso el nuevo Estado, frente a cualquier desviación clasista, era un « Estado nacional ».

Tácitamente, se admitía con ello una cosa: la nueva forma política era el resultado de la abolición militar de la República, de una labor impositiva, constructiva y nacionalizadora realizada por medio de las armas. Pero si el Estado nacionalsindicalista se contraponía frontalmente a la República de trabajadores de 1931 no por ello dejaba de responder al mismo reto socializador. La guerra se presentaba como una guerra de « integración nacional », volcada en arrebatarse al « enemigo » la causa revolucionaria « del proletariado español » para someterla « a la unidad de la Patria » (13). Estamos ante uno de los aspectos centrales de la identidad del Estado nacionalsindicalista, que explica la adopción de retóricas revolucionarias y socialistas para legitimarlo en la teoría y en su legislación. Según parecer doctrinal unánime, nació pretendiendo recoger toda la energía transformadora, igualitaria y protectora que había insuflado vida al sistema constitucional republicano. No se negaba la ascendencia, pero se precisaba, según se ha visto, su reconducción a una unidad superior, la de la patria o nación. Lo que interesa ahora

(11) I. M^a. LOJENDIO IRURE, *Régimen político del Estado español*, Barcelona, Bosch, 1942, p. 12.

(12) LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., p. 109, 213 y 218.

(13) J. GARRIGUES, *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, FE, 1939, p. 11. En idéntico sentido, LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., p. 218 y 246.

resaltar es que esa nación moldeada por la guerra que daba base al nuevo Estado tenía, como uno de sus momentos más destacados, el económico-laboral. Por eso, construir la nación era tarea que implicaba también constituir la en su dimensión económica, como « sindicato de productores » (14), bajo la divisa capital de remplazar « la lucha de clases » por « la colaboración de las clases en la obra nacional de producción » (15).

Era en este segundo sentido en el que el nuevo Estado, además de « Nacional », era « Sindical ». El « método nacional-sindicalista » consistía en eliminar los sindicatos de clase — gracias a la « guerra de afirmación nacional » — y remplazarlos por un sindicato unitario y vertical, que sirviese de instrumento al Estado para disciplinar la producción económica (16). Junto a esta dimensión económico-laboral figuraba otra, de valor prioritario y naturaleza cultural: la condición « católica » de la nueva comunidad nacional. Ambos aspectos se encontraban en mutua y constante relación en los escritos de los juristas. Ahora basta con apuntar que la forma económica del nuevo Estado era el modo en que España se sumaba a la constelación totalitaria impuesta, al parecer, por la historia. Hubo intentos de construir teóricamente el producto con herramientas sociológicas desfasadas. Mediando las teorías de Léon Duguit, se le conceptuó como « Estado solidarista », capaz de institucionalizar, y convertir en obligatorias, las reglas objetivas de la interdependencia social (17). Los juristas más actualizados describían la criatura con otros mimbres. Se estaba ante una figura estatal que aspiraba a constituir una síntesis entre tradición y revolución (18). Se partía del dogma de la cooperación interclasista. Toda la estructura sindical encargada de rearticular la « nación » en su lado económico, empezando por las llamadas « Hermandades », tenía esa finalidad de producir concordia entre las clases, sometiéndolas al interés prefe-

(14) Así se había expresado el 9º Punto de Falange, desarrollado posteriormente por el Fuero del Trabajo.

(15) GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 11 y 13.

(16) *Ibid.*, p. 24 y 28.

(17) L. DEL VALLE PASCUAL, *El Estado Nacionalista Totalitario Autoritario*, Zaragoza, Athenaeum, 1940, p. 117 y ss.

(18) LÓPEZ GARCÍA, *Estado y Derecho en el franquismo*, cit., pp. 66-78.

rente de la producción nacional. Importa tomarse en serio en este punto lo que los juristas describían y apoyaban: se estaba construyendo un orden nacional radicalmente nuevo en su faceta económico-laboral, con consecuencias políticas decisivas. No se trataba tan solo de una refundación de la trama económica, sino de la propia *res publica*: « sólo los productores tienen derecho a considerarse ciudadanos », se sentenciaba (19).

Esa nueva comunidad de productores era descrita por la doctrina más ramplona como una « constitución estamentaria », deudora del gremialismo y el militarismo caballeresco (20). Y existían, en efecto, notorias dosis de medievalismo en el nuevo régimen. El trabajo, que ya abarcaba cualquier tarea vinculada a la producción, pasaba a ser concebido, con evidentes resonancias de la guerra, como « servicio » prestado a la nación, de ahí su organización en « milicia ». De ahí también el carácter « antiburgués » del « hombre nacionalsindicalista », signado por su abnegada y heroica entrega a la patria, en vez de preocupado por el goce seguro de los frutos de su trabajo (21). La propia composición y estratificación interna de la sociedad se debían, en gran parte, a su organización sindical. El *Fuero del Trabajo* instituía la comunidad nacionalsindicalista bajo los principios de « Unidad » y « Jerarquía ». Cada sujeto habría así de ocupar en la « totalidad orgánica de productores » la posición congruente con su preparación y sus capacidades, previo compromiso inquebrantable con el interés supremo de la nación. Sin tal compromiso, se caía en la esfera de lo « *antinacional* », que había que abolir o asimilar (22). Seguidamente se verá que, ratificada la jefatura « natural » del propietario de los medios de producción, esta jerarquización condenaba en la práctica a la petrificación del orden sociolaboral y a la subyugación de los trabajadores respecto del capital (23). Sin embargo, los apologetas del nuevo Estado lo

(19) J. BENEYTO PÉREZ, *El nuevo Estado Español. El Régimen Nacional-Sindicalista ante la tradición y los sistemas totalitarios*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1939, p. 225.

(20) *Ibid.*, pp. 101-3 y 226.

(21) LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., pp. 221-2.

(22) *Ibid.*, p. 245.

(23) J. D. RUIZ RESA, *Trabajo y franquismo*, Granada, Comares, 2000, p. 50.

celebraban como la « sublimación » de la « libertad » y « la personalidad del proletariado », pues ahora se veía incorporado « a una tarea universal superclasista » y además se satisfacían « sus aspiraciones esenciales ». En tal sentido, sería el Estado nacionalsindicalista, y no el Estado social de la República, el que habría colocado al trabajador « en plano de igualdad con los demás productores » y lo habría elevado así a la calidad de « 'ciudadano' » (24). No solo eso. Habría de ser también el Estado nacionalsindicalista el que, contra el personalismo católico de Jacques Maritain, demostrase que, una vez integrado el sujeto en la nación, el totalitarismo no era merma, sino plena realización de la « libertad esencial » del hombre (25).

El Estado nacionalsindicalista era la forma española del nacionalsocialismo. Las versiones más gruesas, pero acaso más sinceras, entendían su naturaleza totalitaria como la legítima penetración total del Estado en la sociedad (26). Las más sofisticadas señalaban, siguiendo a Carl Schmitt, que en ningún caso se trataba de « estaticar » la sociedad, recubriéndola con un « aparato burocrático y militar » asfixiante. La tarea consistía más bien en « la conversión de lo social en estatal », en « la autoorganización de la sociedad misma en Estado » (27), una vez reconstituida aquélla por la fuerza de las armas y con arreglo a las exigencias de la idea nacional y sindical. Si el « proceso de burocratización » y el « intervencionismo » no cesaban era a causa de « las dificultades de la postguerra », y no por elementos inherentes al « Estado español », para el que lo estatal tenía un valor « instrumental », subordinado a la unidad e integridad de la « Patria » (28).

El inequívoco marchamo totalitario del nuevo Estado llevaba además a marcar distancias con el Estado corporativo. Se tenían a la vista el antecedente de la dictadura de Primo de Rivera y las experiencias italiana y portuguesa. Si bien el nacionalsindicalismo compartía con el fascismo el principio de « la unidad económica

(24) LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., pp. 246-7.

(25) *Ibíd.*, p. 250.

(26) DEL VALLE PASCUAL, *El Estado Nacionalista*, cit., p. 137 y ss.

(27) LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., pp. 212-3.

(28) A. GARCÍA VALDECASAS, *Los Estados totalitarios y el Estado español*, en « Revista de Estudios Políticos » (REP, en adelante), 1942, 5, pp. 24-6.

nacional », había abolido, a diferencia suya, los sindicatos de clase y la contratación colectiva, instrumentos, ambos, « para la lucha de clases » (29). Por otra parte, el principal peligro antitotalitario del corporativismo era « hacer de lo corporativo meta y finalidad », convertir todo en « competencia corporativa » y reducir así el « Estado al minimum ». Además de por suprimir las organizaciones sindicales clasistas, el nacionalsindicalismo se separaba entonces del corporativismo porque no distinguía entre sindicato y corporación, pues el sindicato nacional era « punto de arranque y estación terminal de la organización social ». Eso mismo le permitía actuar como órgano de « encuadramiento de masas » en torno a « la idea de servicio » a la nación. Así, mientras el corporativismo tendía a mantener demasiados residuos del orden político anterior, el nacionalsindicalismo era instrumento de potencia revolucionaria, capaz de « instaurar el Orden nuevo » (30).

El nuevo sistema no solo recalibraba las relaciones entre el Estado y la Sociedad en general. También revisaba, en particular, las relaciones entre el Estado y el orden económico. Es aquí donde aparece otra de sus señas distintivas más relevantes. Se compartía un primer diagnóstico: el más « grave error del socialismo » fue reprobar sin matices « la libre concurrencia » y « la legitimidad del beneficio del capital » (31). El capitalismo debía ser purgado de sus elementos negativos, como « el abuso del poder financiero » o su tendencia a « eludir el riesgo económico, traspasándolo al Estado o a la sociedad ». Pero en su lado positivo, de emprendimiento, « labor de dirección » y capacidad creadora, debía ser objeto de

(29) GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 13.

(30) L. LEGAZ LACAMBRA, *Corporativismo y nacional-sindicalismo* (1938), en L. Legaz Lacambra y B. Aragón Gómez, *Estudios sobre sindicalismo vertical*, Zaragoza, La Académica, 1939, pp. 41-56. Para conocer los entresijos de aquel sistema, v. M. A. APARICIO, *El sindicalismo vertical y la formación del Estado franquista*, Barcelona, Eunibar, 1980 y, más recientemente, F. BERNAL GARCÍA, *El sindicalismo vertical. Burocracia, control laboral y representación de intereses en la España franquista (1936-1951)*, Madrid, CEPC, 2010.

(31) B. ARAGÓN GÓMEZ, *Por una teoría económica del nacional-sindicalismo* (1937), en *Estudios*, cit., p. 15 y 19.

tutela y protección ⁽³²⁾. El propio « Caudillo » lo reconocía cuando, al promulgar la Ley Sindical, mostraba « su fe en la iniciativa privada » y adjudicaba al « espíritu de empresa y riesgo » la responsabilidad de la producción ⁽³³⁾.

El Estado nacionalsindicalista compartía el dogma de su tiempo: « subordinar la economía a la política », atribuyendo al Estado su « dirección ». Pero, según se aclaraba, « *dirigir* » era « cosa distinta de *intervenir* », o « de convertir al Estado en empresario ». El intervencionismo socialdemócrata franqueaba el paso a injerencias perturbadoras del libre mercado, atentaba contra la « autonomía económica del individuo » y distorsionaba con su « política de partido » « los intereses económicos privados ». Por su parte, el colectivismo olvidaba que « la iniciativa privada es siempre más fecunda que la iniciativa oficial ». Dirigir implicaba más bien encauzar la economía a través del derecho coactivo del Estado, de un « Derecho de la economía » todavía pendiente de formarse cuyo contenido fundamental era la « organización de los productores » ⁽³⁴⁾. Como se verá después, con ello se hacía alusión a los « reglamentos nacionales » del trabajo, en ningún caso a intervenciones normativas en la propiedad, pues propio de la « ideología fascista » era fijar sus propósitos revolucionarios, no en ella, sino en determinadas relaciones económicas consideradas morbosas, provocadas por desviaciones indebidas del capitalismo ⁽³⁵⁾. Por eso la política económica del Estado nacionalsindicalista estaba movida por el propósito de inscribir las libertades económicas dentro de un orden, no de negarlas. Se estaba convencido de

que el principio de la economía liberal no fue un principio anárquico, sino de orden y de autoridad y que su fracaso se deb[ió] exclusivamente a la [insuficiente] realización de ese orden. De aquí que la misión histórica actual de los Estados consista en perfeccionar el sistema de ordenamiento, que se

⁽³²⁾ E. PÉREZ BOTIJA, *Importancia política del Derecho del trabajo*, en « Revista de Trabajo » (RT, en adelante), 1941, 21-22, p. 40.

⁽³³⁾ *Promulgación de la Ley Sindical. Discurso del Caudillo*, en « RT », 1940, 2, p. 990.

⁽³⁴⁾ GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., pp. 15-8, 23.

⁽³⁵⁾ R. DEL ÁGUILA TEJERINA, *Ideología y fascismo*, Madrid, CEC, 1982, pp. 188-9.

manifestó defectuoso en la época burguesa, manteniendo, sin embargo, el fecundo principio de la iniciativa individual ⁽³⁶⁾.

La autoridad doctrinal sobre la que se basaban estas convicciones era Franz Böhm, jurista cofundador del ordoliberalismo. En la obra inaugural de la escuela, reconocía que « el legado de la época burguesa » había sido la multiplicación de las « fuerzas productivas individuales », hecha posible por la liberación del sujeto y por la expansión del espacio de juego económico que había realizado el liberalismo. Un régimen interesado en la intensificación de la producción como el nacionalsocialista no podía renunciar a semejante herencia. La tarea era inscribirla en una nueva « ordenación dinámica », bien consciente de los efectos positivos del « principio de la competencia », y en la que pudieran desplegarse las capacidades técnicas y organizativas acumuladas por obra del libre mercado. La inflexión sería de naturaleza jurídico-política y vendría dada porque, al instituir la « constitución económica de la sociedad », las libertades de la economía, como por ejemplo la de industria, dejarían de ser meras libertades negativas para convertirse en decisiones « económico-constitucionales » concretas, con un « contenido positivo determinado » en forma de deberes. Solo así la economía podría comenzar a estar orientada en un sentido « social », atento a la conservación de las « formas de vida » comunitarias, evitando la disolución pluralista de la sociedad ⁽³⁷⁾.

Bajo esta cobertura se practicó una política económica que bien podemos denominar intervencionista, pero en un sentido diametralmente opuesto a la prevista por el constitucionalismo republicano anterior. Se establecieron autorizaciones ministeriales obligatorias para desarrollar actividades industriales. La fiscalización gubernamental alcanzaba al nombramiento de gerentes, consejeros y directores de las sociedades anónimas. En los propios consejos de administración tenían que tener presencia decisoria militares y vocales vinculados al partido. Pero, descontada dicha intervención

⁽³⁶⁾ GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 12.

⁽³⁷⁾ F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtschöpferische Leistung*, Stuttgart und Berlin, W. Kohlhammer, 1937, p. 6, 31-2, 37 y 40-42.

de naturaleza política, este intervencionismo se dirigió a la protección de la industria nacional mediante la concesión de duraderos beneficios y con respeto escrupuloso a la iniciativa privada. Se estaba articulando un sistema de autarquía en provecho de los sectores vinculados a la «Victoria», o de aquellos otros que ésta había aupado, pues durante la guerra se conocieron numerosos episodios de confiscación de propiedades industriales y empresariales, siempre motivadas por razones de persecución ideológica ⁽³⁸⁾.

2.2. *Fuero del Trabajo.*

La mayor parte de las referencias teóricas antedichas contaban con su fundamento explícito en el Fuero del Trabajo (FT, en adelante), promulgado en 1938. Juristas de Falange, como Joaquín Garrigues y Francisco Javier Conde, participaron activamente en su elaboración, en defensa de los postulados más socializadores ⁽³⁹⁾. El resultado final fue una síntesis de las inclinaciones conservadoras y falangistas, algo nada inaudito dado que, durante la guerra y en la primera posguerra, «los factores de cohesión eran más potentes que los de disgregación» entre los sectores contrarrevolucionarios, convencidos de su «pertenencia a un mismo proyecto» ⁽⁴⁰⁾. El FT daba de nuevo testimonio de la inserción genuina del régimen en la constelación totalitaria, al pertenecer a la misma estirpe documental que la *Carta del Lavoro*, el *Estatuto do Trabalho Nacional* y el *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Buena parte de las disquisiciones jurídicas se dedicó precisamente al análisis comparativo de estos instrumentos y al hallazgo consecuente de las singularidades que caracterizaban el caso español, bien fuese su decidida supresión de todos los residuos clasistas aún vigentes en Italia y Portugal, bien su

⁽³⁸⁾ Para una exposición más detallada, vid. S. MARTÍN, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado*, en *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, F. Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), Granada, Comares, 2009, «3.5. Antiindividualismo individualista».

⁽³⁹⁾ M. A. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, CEPC, 2014, p. 151.

⁽⁴⁰⁾ F. GALLEGO, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, Crítica, 2014, pp. 535-6.

pretensión de reactivar la « tradición española » cristiana e imperial ⁽⁴¹⁾.

El FT también permitía ver el alcance de la dimensión revolucionaria del proyecto político de los sublevados. En el afán de reconducir el ímpetu transformador propio del siglo, se proclamaba a sí mismo como emblema de la « Revolución Nacional » que habría de « devolver a los españoles » « el Pan y la Justicia ». Su propósito propagandístico de domesticar a las capas trabajadoras se perseguía mediante su « difusión con impresos, en los periódicos, por la Radio », con la esperanza de « arrebatarse masas y masas a la concepción marxista », inscribiéndolas en « un pensamiento nacional patriótico » ⁽⁴²⁾. Si se había denominado « Fuero » era para evidenciar su carácter concesivo por parte de la autoridad ⁽⁴³⁾ y por transmitir el hecho de que se sancionaba en él « un derecho especial », independiente del derecho común civil, dedicado al trabajo « en un sentido de protección » ⁽⁴⁴⁾.

Pero contaba con una significación jurídica mayor. Fue en su delimitación concreta donde se concentró buena parte del debate de los juristas. Hubo quienes negaron que fuese nada parecido a « una ‘constitución’ del trabajo », porque todo lo constitucional sonaba demasiado a « lo antiguo ». Además, sus « declaraciones », formalmente, no eran « preceptos legales de contenido tangible y práctico », por más que en su fondo resultasen vinculantes ⁽⁴⁵⁾. Pocos negaron, sin embargo, su dimensión constitucional, aunque ésta podía afirmarse de modos divergentes, y en ningún caso equiparables a la propia del Estado de derecho. Para algunos especialistas,

(41) L. PRIETO CASTRO, M. SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular del Fuero del Trabajo*, Zaragoza, Editorial Imperio, 1938, pp. 14-5.

(42) I. SERRANO, *El Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Valladolid, Tip. Casa Martín, 1939, pp. 16-7.

(43) PRIETO CASTRO, SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular*, cit., p. 7.

(44) SERRANO, *El Fuero del Trabajo*, cit., p. 11. En un inicio también se le llamó Carta: « el acierto de la denominación de Fuero es directo y personal del Caudillo », hacía saber A. POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, en « Revista de Derecho privado » (RDPr, en adelante), XXV (1945), p. 16.

(45) PRIETO CASTRO, SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular*, cit., p. 9. En idéntico sentido A. GALLART FOLCH, *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1939, p. 20.

peculiaridad del nuevo régimen era ir constituyéndose mediante grandes jalones legislativos, que iban materializando en el plano normativo un cuerpo de principios y doctrinas ya formado en la oposición a la República y durante la guerra. En tal sentido, el FT, con su temprana y solemne promulgación, contaba con una clara valencia constituyente, pues habría de inspirar de forma determinante «la ordenación definitiva del Estado» (46). Con actitud similar, era asimismo considerado, en su conjunto, como «Constitución», en los términos místicos y decisionistas que Carl Schmitt atribuía al concepto en contraposición a las fungibles y revisables «leyes constitucionales». Aun afectando solo a parte de la constitución material y espiritual del país, se trataba de una decisión que la comunidad, a través del «titular del Poder constituyente — el Caudillo —», se había dado a sí misma para transfigurarse en una unidad política existencial. Cosa distinta es que, entre sus declaraciones, figurasen normas particulares sin esa trascendencia; pero, como totalidad, plasmaba inequívocamente una de las «decisiones políticas fundamentales del Estado nuevo español» (47). En esta misma línea decisionista, inspirada ahora por la flamante categoría ordoliberal de la *Wirtschaftsverfassung* (48), se consideraba el FT como «el ordenamiento constitucional de la economía española» (49), llamado a fijar los deberes jurídicos específicos que rellenarían de contenido positivo las libertades comerciales.

En otras ocasiones, más deudoras de categorías liberal-conservadoras, se le atribuía, sí, carácter constitucional, pero de modo más rebajado. Así sucedía cuando se consideraba lo propio de la materia constitucional el conformarse, no de «normas jurídicas», sino de «principios» orientadores. Efectivamente, una vez que las principales disposiciones administrativas de la dictadura habían reservado a la «ley» la función de articular «la estructura orgánica del Estado», lo «constitucional» se había contraído a las declaraciones programáticas referidas «a lo económico-social». No se

(46) SERRANO, *El Fuero del Trabajo*, cit., p. 30.

(47) L. LEGAZ LACAMBRA, *El Fuero del Trabajo como fuente del derecho*, en «RT», 1940, 2, p. 194.

(48) BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 54 y ss.

(49) GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 19.

dudaba entonces del « rango constitucional » del FT, pero gozaba de él en materia social de un modo semejante al que tenían « las Leyes constitucionales del siglo XIX con relación a la estructuración política » (50). Si estaba claro que no era una ley, su superioridad normativa se asemejaba así externamente a la que habían tenido « los textos constitucionales del antiguo régimen político », esto es, a una supremacía más bien retórica, de plasmación de principios que las leyes irían desarrollando (51). Con escasa fortuna, por sostenerse prácticamente lo mismo, esta asimilación del FT a un conjunto de declaraciones inspirativas fue censurada por basarse en « un concepto restringido », por formalista, « de Constitución ». Si el FT contaba con estatuto constitucional era porque en él se daban los rasgos de la « superlegalidad », visibles a primera vista en su vocación de supremacía garantizada por « cierto grado de inmutabilidad o estabilidad preceptiva » (52).

Las discrepancias en torno al valor constitucional del FT encerraban diferencias de criterio ideológico. Al fin y al cabo, en él se subordinaba « la economía a la política » y se ponía « la riqueza al servicio del pueblo español », allanando potencialmente el paso a medidas redistributivas. Por eso el falangismo de vocación más revolucionaria abogaba porque dispusiese del máximo nivel de vinculación posible, mientras que los liberal-conservadores preferían dotarlo de un mero carácter programático, dejando al derecho privado la regulación efectiva de la economía. Lo relevante desde el punto de vista jurídico es que estas divergencias políticas se precipitaban en contrastes técnicos, existiendo un claro paralelismo entre las opiniones acerca de su carácter constitucional y las conclusiones sobre su grado de obligatoriedad. Aquellos que habían considerado inconveniente calificarlo con la nota de constitucional distinguían en su interior preceptos de « vigencia inmediata », « promesas legislativas » o « mejoramiento de instituciones que ya existen » (53). Quienes habían destacado su naturaleza constituyente, se decanta-

(50) J. GASCÓN MARÍN, *Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo*, en « Estudios Jurídicos », 1941, 2, pp. 124-5.

(51) GALLART FOLCH, *Los principios fundamentales*, cit., pp. 22-3.

(52) LOJENDIO IRURE, *Régimen político*, cit., pp. 70-2.

(53) PRIETO CASTRO, SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular*, cit., p. 9.

ban por considerarlo como « norma de general aplicación », con « vigencia inmediata » en sus disposiciones más directas ⁽⁵⁴⁾. Los que habían subrayado su dimensión decisionista existencial elevaban la vinculación del poder legislativo (esto es, de la jefatura del Estado) a su grado máximo: las « situaciones jurídicas de los españoles de derecho y deber » que el FT establecía debían concretarse en leyes ulteriores; y no hacerlo « implicaría una violación del Fuero como Constitución, porque sería negar en la práctica el carácter nacional-sindicalista del Estado » ⁽⁵⁵⁾. Los vínculos no ligaban solo al poder normativo. También al judicial, pues las declaraciones del FT constituían « principios generales del Derecho » en el sentido dispuesto por el código civil, es decir, como fuente subsidiaria aplicable tras la ley y la costumbre ⁽⁵⁶⁾. Siendo el juez « un órgano vivo de la comunidad nacional », era el canal preferente de penetración « renovadora » del FT en la conformación práctica del derecho. A él le competía aplicar sus principios, por más novedosos que resultasen, siempre que no contradijesen normas del código o « una costumbre local » ⁽⁵⁷⁾.

Otros interpretaban esta equiparación con los principios generales como una indebida devaluación de su vigor. No la consideraban como una forma de elevarlo a canon hermenéutico envolvente y de permitir su aplicación directa, sino como un modo de concederle « un valor meramente supletorio », estimado solo en defecto de ley y costumbre. Atribuirle estatuto de « superlegalidad » implicaba, por el contrario, otorgarle normatividad jurídica, pero también « una validez indirecta o de segundo grado », necesitada de concreción normativa ulterior para lograr « eficacia práctica ». Ahora bien, su misma condición de monumento legal inaugural del nuevo régimen demostraba que en él se contenía « la afirmación solemne de un verdadero compromiso legislativo », con numerosos testimonios de su cumplimiento a la altura de 1942 ⁽⁵⁸⁾. Por último figuraban los que también veían en él « principios » inspiradores de

⁽⁵⁴⁾ SERRANO, *El Fuero del Trabajo*, cit., p. 31.

⁽⁵⁵⁾ LEGAZ LACAMBRA, *El Fuero del Trabajo como fuente*, cit., pp. 194-5.

⁽⁵⁶⁾ J. GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 19.

⁽⁵⁷⁾ LEGAZ LACAMBRA, *El Fuero del Trabajo como fuente*, cit., pp. 194-5.

⁽⁵⁸⁾ LOJENDIO IRURE, *Régimen político*, cit., p. 72 y 74 y ss.

la actuación legislativa en materia económica y social, pero de condición más bien política, con la encomiable intención de fundar « una ética nueva », mas sin poder equipararse a normas jurídicas generales ⁽⁵⁹⁾. En este sentido, podían desempeñar una misión subalterna de auxilio para la interpretación judicial de las normas, pero en ningún caso legitimar su aplicación directa ni siquiera como fuente subsidiaria ⁽⁶⁰⁾.

La posición convencional y preponderante se inclinaba ligeramente a favor de restarle juridicidad. Tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, todos estaban conformes en admitir que las declaraciones del FT no podían sustentar una acción procesal ⁽⁶¹⁾. También coincidían en la necesidad de que sus disposiciones contasen con desarrollo legislativo ordinario. Estaba claro que en España no se había sancionado legalmente su aplicación directa, y tampoco el derecho social había penetrado en la ciudadela del código civil, como sí había acontecido en Italia ⁽⁶²⁾. Las diferencias sustantivas se suscitaban en materia de aplicación judicial y aquí el debate implicaba uno mayor sobre el propio sistema de fuentes del derecho, y sobre la capacidad que el nuevo juez franquista tenía de integrar los grandes vacíos de un ordenamiento que en los primeros años de la dictadura aún se estaba conformando ⁽⁶³⁾. En este escenario, los juristas más vinculados a Falange reconocían a la judicatura un mayor margen de discrecionalidad, y veían en el FT la decantación concreta de los principios que, aplicados directamente o sirviendo de orientaciones teleológicas, podrían conducir

⁽⁵⁹⁾ E. PÉREZ BOTIJA, *Apuntes para una teoría de las fuentes del Derecho del Trabajo español*, en « Revista de la Facultad de Derecho de Madrid », 1 (1940), p. 29.

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.* Sin embargo, GALLART FOLCH, *Los principios fundamentales*, cit., pp. 28-30, partiendo de parecidas premisas defendía su « asimilación a los Principios generales del Derecho ».

⁽⁶¹⁾ Vid. la Sentencia núm. 274 (31-XII-1940) y la de 6-IV-1942, comentada en *Jurisprudencia sobre valor jurídico del Fuero del Trabajo*, en « RDPPr », XXVI (1942), pp. 420-1.

⁽⁶²⁾ Recordaba este extremo, en relación a la ley italiana de 23 enero 1941, PÉREZ BOTIJA, *Importancia política*, cit., p. 44. También E. GIMÉNEZ ARNAU, *Normas de Derecho social en el nuevo Código civil italiano*, en « RDPPr », XXV (1941), pp. 241-2.

⁽⁶³⁾ Véase para esta problemática S. MARTÍN, *Los juristas en los orígenes de la dictadura (1937-1943)*, en *Los juristas y el 'régimen'*, F. Fernández-Crehuet y S. Martín (eds.), Granada, Comares, 2014, p. 87 y ss.

su actuación integradora. Los de inclinación liberal-conservadora, sin embargo, discutían su juridicidad, negaban su posible aplicación directa y tendían a equiparar los principios generales con la doctrina jurisprudencial sobre los mismos emanada del Tribunal Supremo, o con los registrados expresamente en las normas jurídicas vigentes, excluyendo de este modo cualquier atisbo de interpretación libre del derecho con signo socializador amparada en sus declaraciones.

Los juristas también inscribieron las disposiciones del FT tanto en la tradición católica española como en las reivindicaciones revolucionarias falangistas. Mientras unos lo entroncaban, no sin forzaduras, con las concepciones de la *Rerum Novarum* ⁽⁶⁴⁾ o con las «Leyes de Indias» ⁽⁶⁵⁾, otros veían en él la disolución de los principios jurídicos de la burguesía y su sustitución por los axiomas comunitarios del totalitarismo ⁽⁶⁶⁾. Algunas de sus más célebres expresiones legislativas vino a confirmar en este punto la opinión de quienes pensaban que el FT, lejos de crear *ex novo* los principios que establecía, no hizo más que darles vigencia positiva. Así, la ley «relativa al descanso dominical» (13-VII-40), concretando una de sus disposiciones, presumía de limitarse a «proveer una ordenación conveniente» a lo ya dictado por «las leyes divinas». Y es que, como todo el movimiento del «cartismo autoritario», el FT y las leyes que lo desarrollaron, por más que procediesen en la práctica de la voluntad del dictador, se legitimaban en un derecho trascendente de naturaleza religiosa ⁽⁶⁷⁾, sobre la pertinencia del cual ni católicos conservadores ni falangistas entraban a discrepar.

⁽⁶⁴⁾ M. ALLUÉ SALVADOR, *Ennoblecimiento de la vida del trabajador en el Fuero del Trabajo*; E. LUÑO PEÑA, *La economía al servicio del hombre. Supremacía de lo humano en el Fuero del Trabajo*; ambos en la revista «Universidad», XV (1938), p. 515 y ss., y XVI (1939), p. 186 y ss.

⁽⁶⁵⁾ F. GÓMEZ DE MARCADO, *España, creadora y maestra del Derecho social*, en «RGLJ», 1941, 169, p. 203 y ss.

⁽⁶⁶⁾ L. LEGAZ LACAMBRA, *Principios fundamentales del Derecho nacionalsindicalista del trabajo*, en ID., *Estudios de doctrina jurídica y social*, Barcelona, Bosch, 1940, pp. 254-5.

⁽⁶⁷⁾ M^a. J. RUIZ RESA, *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 352.

2.3. *'Integración nacional del proletariado'.*

De relevancia doctrinal y jurídica pareja era la consideración teórica del orden económico-laboral instaurado en el FT. Cuando los autores se referían al intervencionismo estatal que éste consagraba, aludían ante todo a la ordenación de las relaciones de trabajo que llevaba a cabo. En él se consagraban algunas reivindicaciones ya conquistadas con anterioridad: la prohibición del « trabajo nocturno de mujeres y niños », el « descanso dominical » obligatorio y las « vacaciones anuales retribuidas ». También se reconocía el principio social de la suficiencia de la retribución salarial y la elevación « gradual e inflexible » del « nivel de vida de los trabajadores », en la medida que lo permitiese el « superior interés de la nación ». La subordinación de todos « los factores de la producción » y de la propiedad misma a ese « supremo interés de la nación » suponía desde luego una franquicia a la regulación de la economía, pero no implicaba su posible fin equitativo, vistos los procedimientos disponibles, excluyentes y dictatoriales, para definir dicho interés supremo.

Al lado de estas mínimas concesiones, el FT eliminaba la libertad sindical, suprimía la negociación colectiva y las bases acordadas del trabajo, y criminalizaba el derecho de huelga. A su vez, amparaba la propiedad privada, la individual y la de los medios de producción, sancionaba la « iniciativa privada » como motor principal de la economía, declarando el carácter subsidiario del intervencionismo estatal, e instituía los centros de trabajo como comunidades orgánicas bajo jefatura del empresario. Con sus declaraciones neofeudales, las relaciones laborales pasaron a concebirse a partir de los deberes de las partes implicadas: los de « asistencia y protección » por parte empresarial, y los de « fidelidad y subordinación » para los trabajadores. Patronos, técnicos y trabajadores pasaron a integrar « sindicatos verticales » unitarios, con funciones consultivas y dictaminadoras en la labor de « reglamentación nacional » de las condiciones laborales. La dimensión « social » del Estado nationalsindicalista se sustanció así en esta sumisión disciplinaria del trabajo al capital nacional y a un Estado dictatorial; sumisión apenas atemperada por el reconocimiento de una mínima

protección existente ya con anterioridad, y ahora siempre orientada ideológicamente.

A este doblegamiento realizado por la fuerza de las armas lo llamaron, como hemos visto, «integración nacional del proletariado». Contó con una trama institucional, del sindicato a las nuevas magistraturas de trabajo, pasando por los seguros sociales, que dispuso de principios doctrinales para su legitimación. No podremos ocuparnos aquí de ello. Baste para terminar de redondear la posición de los juristas ante el nuevo Estado nacionalsindicalista con detenernos en la categorización teórica que realizaron de la nueva disciplina a que se sometieron las relaciones laborales.

Conocida es la controversia entre los preconizadores de la llamada «relación de trabajo» y los que defendían la idea más tradicional del «contrato» laboral. Los primeros, deudores tanto de las doctrinas institucionalistas francesas como del idealismo objetivo alemán, partían de una reconsideración global de la propia categoría del «contrato». De la edad demoliberal, que fundaba todas las instituciones y hasta la propia sociedad en el principio contractual, se había pasado a un nuevo tiempo asentado en «formas de vida basadas con preferencia sobre vínculos de comunidad». Estos lazos comunitarios no suprimían los nexos contractuales debidos a la «libertad formal» de la persona; pero tales nexos solo resultaban satisfactorios si presuponían «comunidades de vida» como la familia, el sindicato o la nación, en las cuales la libertad de la persona se tornaba «sustancial» (68). En una relación contractual producida sin vinculación previa a una comunidad las partes respectivas «se ven y se sienten enemigos». La forma-contrato suponía así una guerra civil latente. Solo su disolución en una «*unidad superior*» acababa con su propensión disolvente (69).

Esto es justamente lo que acontecía en el mundo laboral. Quienes participaban en él se encontraban inscritos en el «orden concreto de la comunidad de empresa», de la que dimanaban deberes específicos que trascendían la voluntad de sus miembros, resumidos en «el recíproco deber de lealtad». La relación de

(68) L. LEGAZ LACAMBRA, *Contrato y persona*, en «RDPt», XXIV (1940), p. 97 y 99.

(69) POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, cit., p. 5.

trabajo se veía entonces disciplinada de forma primaria por reglas objetivas, que no estaban a disposición de la contratación individual, la cual estaba más bien llamada a realizarlas. Los vínculos que unían al trabajador y al empresario dentro de la comunidad se presentaban en consecuencia como nexos personales, de naturaleza ética ⁽⁷⁰⁾, y teleológicos, por perseguir ambos el mismo fin de la prosperidad económica nacional. A la luz de estas tesis, si el FT desterraba la visión del trabajo como « mercancía », no era desde luego por ninguna veleidad marxista, sino por inscribirlo orgánicamente en un plexo de vinculaciones que, al entrañar deberes morales e incluso religiosos, contaban con naturaleza « espiritual », y no material.

Las relaciones laborales ya habían sido interpretadas en un sentido comunitario, pero desde una perspectiva democrática, que incluía en ellas figuras como la participación del trabajador en los beneficios y hasta en la dirección de la empresa ⁽⁷¹⁾. La comunidad de « explotación » o « empresa » que planteaban los franquistas era de naturaleza opuesta. « En exacto reflejo del régimen político », su principio vertebrador era el de « jerarquía », colocado entre los polos de la « jefatura de empresa » y « el deber de subordinación » del trabajador. Como seguidamente veremos, el principio de jefatura de la empresa se expresaba normativamente en los « reglamentos de explotación », en el desenvolvimiento por parte del patrón de una « función pública » y en su sola responsabilidad « ante el Estado », pues, dada la naturaleza de la comunidad empresarial, esa responsabilidad no podía darse « hacia abajo, frente al séquito » ⁽⁷²⁾.

Hubo quien entendió este tránsito hacia la « relación de trabajo » como una generalización a todos los contratos laborales de los rasgos propios de los « servicios mercantiles », restaurando con ello « la lógica de la vieja relación entre el *principal* y el *dependiente* ». Se trataba de recuperar las « notas nobles » de « formas feudales de vasallaje » como las « *encomendaciones* ». De este modo,

⁽⁷⁰⁾ LEGAZ LACAMBRA, *Principios fundamentales*, cit., pp. 254-6.

⁽⁷¹⁾ Figuras previstas en la Constitución de 1931 y construidas por la doctrina republicana más sensible: D. DE BUEN, *Aspectos de la moderna dogmática de la relación de trabajo*, en *Colección de estudios [...] ofrecidos a Rafael Altamira y Crevea con motivo de su jubilación de catedrático*, Madrid, Bermejo, 1936.

⁽⁷²⁾ POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, cit., pp. 81, 89 y 93.

las relaciones laborales se colocarían más en la órbita del « Derecho de familia » que en la del « de obligaciones », volviendo a hacer del empresario « realmente patrono de sus obreros, es decir, padre suyo », con sus deberes de « asistencia y protección » (73).

Las diferencias entre los autores « relacionistas » eran de grado más que sustancia (74). Unos conservaban el elemento contractual de las relaciones laborales y otros preferían suprimirlo. En el primer sentido, más descriptivo que propositivo, se sostuvo que esta dimensión comunitarista de la relación laboral se superponía al aspecto contractualista para insuflarle « el contenido cristiano de las instituciones medievales ». Pero el momento primario continuaba siendo el contrato, acto por el cual el trabajador se incorporaba a « la comunidad de explotación » (75). En el segundo sentido, más propositivo que descriptivo, las obligaciones materiales de « la prestación del trabajo y su remuneración » se concebían como derivadas del deber mutuo de lealtad (76). Y se planteaba que el acto de incorporación del trabajador a la empresa debía formalizarse, no mediante un contrato, sino más bien en forma de « juramento o promesa de lealtad a la comunidad de explotación » (77), desterrando así todo resquicio contractual. Pero incluso los que sostenían esta suerte de acto religioso de adhesión terminaban revelando que su idea de comunidad empresarial era similar a la anterior figura liberal del contrato de trabajo, donde ya existía « subordinación del trabajador a su amo o patrono. Subordinación limitada, hasta donde se quiera, por el derecho; pero subordinación indiscutible », debida al derecho de propiedad sobre la empresa (78).

Tampoco los que se escoraban del lado de la visión contractualista renunciaban a toda coloración relacionista. Invocaban a su favor la « doctrina legal » del Tribunal Supremo. Señalaban que en las relaciones laborales existían todavía, sin lugar a dudas, « dere-

(73) GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., pp. 69-77.

(74) Para una exposición completa, vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Madrid, Akal, 1982.

(75) GARRIGUES, *Tres conferencias*, cit., p. 72 y 74.

(76) LEGAZ LACAMBRA, *Principios fundamentales*, cit., pp. 254-6.

(77) POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, cit., p. 87.

(78) *Ibíd.*, p. 15, n. 33.

chos y obligaciones de carácter patrimonial que se desarrollan conforme a la técnica del derecho de obligaciones ». La reglamentación estatal de las condiciones laborales en ningún caso podía ser completa. Los vacíos que no colmaba debían ser rellenados mediante « la autonomía de la voluntad ». Desconocer este punto, y reducir toda relación laboral a deberes objetivos emanados de la comunidad empresarial, supondría reinstaurar la « servidumbre personal » y « quitar a la vida laboral todo estímulo y repudiar la eficacia de la iniciativa privada ». Además, el ánimo de proteger al trabajador propio del nuevo derecho social no podía significar « desplazar totalmente la voluntad de éste, ni tampoco la del empresario ». Y es que los deberes generales formulados por el FT, como el de « protección » por parte del patrón, no eran equiparables a las obligaciones específicas contraídas por contrato. Eran más bien « principios » con « un carácter general a efectos interpretativos especialmente ». Ahora bien, nada de ello eliminaba el mérito de la conceptualización de la empresa como « verdadera comunidad personal de carácter orgánico y estructura jerarquizada » (79).

El FT proporcionaba argumentos a ambas partes. Al enunciar « la prestación del trabajo y su remuneración » proporcionaba base a las posiciones contractualistas, y al establecer el « recíproco deber de lealtad, la asistencia y protección en los empresarios y la fidelidad y subordinación en el personal », daba armas a los relacionistas. Y lo cierto es que ambas lecturas contaban con consecuencias privatistas, de nulo calado socializador. Los relacionistas, al considerar la empresa como institución objetiva, jerárquica y orgánica, instituían una comunidad bajo jefatura empresarial en la que el Estado, por principio, no debía intervenir. La tesis, por tanto, no reflejaba un empoderamiento del Estado frente al tejido empresarial, sino un empoderamiento de la clase empresarial que actuaba con una renovada protección del Estado y en nombre suyo. Por su parte, los autores contractualistas, al defender esa misma concepción jerárquica de la empresa, y continuar confirmando a la autonomía de la voluntad un papel determinante en la fijación de las relaciones de

(79) E. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, en « RGLJ », 1942, 172, pp. 16-9, 25 y 33; ID., *Naturaleza jurídica del Derecho del trabajo*, Madrid, IEP, 1943, pp. 39-40.

trabajo, coincidían en ratificar la posición preponderante de la parte patronal. Además, asumían del discurso relacionista precisamente la configuración del centro de trabajo como un espacio comunitario desigual de relaciones éticas y personales. Sin embargo, en su exposición, los límites interpuestos a la autonomía de la voluntad tendrían que derivar, más que de la fisonomía objetiva de la comunidad de explotación, de los reglamentos nacionales aprobados para precisar las condiciones del trabajo, los cuales, al ser aprobados unilateralmente por el Estado, podían muy bien, como ahora veremos, inclinar la balanza del lado de quienes habían secundado la sublevación para proteger sus intereses.

Antes de pasar al asunto de la reglamentación estatal del trabajo, conviene detenerse un instante en la interpretación jurídica de algunas de las grandes leyes protectoras del primer franquismo, para captar correctamente el alcance de la dimensión social del Estado nacionalsindicalista. El descanso dominical fue presentado como una obligación moral y religiosa más que como reconocimiento de un derecho estricto. En lo que tenía de ventaja objetiva, como ocurría con el « derecho a la vacación anual retribuida », era para garantizar el « descanso en forma debida », esto es, el descanso encauzado por instituciones oficiales que disciplinaban el uso del tiempo libre ⁽⁸⁰⁾. La celebración del golpe en 18 de julio se convirtió en la « Fiesta de Exaltación del Trabajo », para la que se institucionalizaría el cobro de una paga extraordinaria, vinculada así a la pertenencia a la comunidad instituida por la guerra. La propia aseguración social contaba con un « fin político » declarado: servía como técnica « demográfica de protección y enaltecimiento de la familia, de amparo y fomento del matrimonio y de la natalidad, de salud y robustecimiento físico ». Y si también tenía como misión « dignificar el trabajo » era « como compensación » a su « carácter de función política y de servicio al Estado » ⁽⁸¹⁾. La nueva regulación del despido (l. 6-XI-1941) fue interpretada como confirmación del

⁽⁸⁰⁾ J. PÉREZ SERRANO, *El derecho a vacación anual retribuida*, en « RT », 1940, 2, p. 406, aludiendo a la « institución 'Educación y Descanso' » creada a imitación del *Dopolavoro* o de « la alemana 'La Fuerza por la Alegría' ».

⁽⁸¹⁾ L. JORDANA DE POZAS, *El principio de unidad y los seguros sociales*, en « RT », 1941, 21-22, p. 15.

carácter « ético » y « personal » de la relación de trabajo. Al no ceñirse ésta a « prestación del trabajo, pago del salario », e incluir « vínculos morales » cifrados en la lealtad y la subordinación del trabajador, « el más pequeño olvido de los deberes que esos vínculos entrañan p[odía] determinar [su] ruptura, [su] cesación y [su] extinción » (82). A esto era a lo que se denominaba « espiritualización » de las relaciones laborales.

Si por algo se distinguía el sistema totalitario español a este respecto era por la reglamentación estatal de las condiciones de trabajo según el principio de « plena centralización legislativa ». Este atributo también se describió con los términos del positivismo sociológico. Según esta visión, lo que hacía el Estado al reglamentar las condiciones laborales era expresar « el derecho objetivo », exteriorizar en reglas imperativas la « ley de solidaridad », de cuyo cumplimiento se derivaba la « justicia social ». Por eso con su actividad reglamentadora ejercía de « educador y maestro », contribuyendo a consolidar la conciencia pública sobre lo justo en materia de capital y trabajo (83).

Las aproximaciones más afinadas a estos reglamentos destacaban su importancia en la sistemática de fuentes del derecho. Se presentaban como un avance respecto del tiempo republicano, cuando los pactos colectivos gozaban incluso de mayor rango que la propia legislación estatal, si la exceptuaban en beneficio del trabajador. Ahora, la idea de jerarquía normativa propia del franquismo, que nada tenía de garantismo sino más bien de militarización de las instituciones estatales, quedaba confirmada con la reglamentación nacional del trabajo. Un terreno cedido durante el liberalismo a la autonomía de la voluntad, fuese individual o colectiva, era recobrado ahora por el Estado como afirmación de su supremacía frente a toda confrontación clasista. Pero los reglamentos tenían límites: debían respetar las instituciones básicas reconocidas por el FT, como « la propiedad privada, la iniciativa individual o la dirección

(82) E. PÉREZ BOTIJA, *Algunas consideraciones sobre la regulación del despido en el derecho español y en el derecho comparado*, en « RT », 1941, 26, p. 740.

(83) J. PÉREZ LEÑERO, *Los reglamentos nacionales del trabajo. Su sistematización jurídica*, en « RT », 1941, 17, p. 369.

del jefe de la Empresa », que en ningún caso podían atropellarse para « aplicar una norma más beneficiosa al trabajador » (84).

El núcleo más intervencionista de los reglamentos se ocupaba de disciplinar a los factores implicados en la producción. El sesgo en este punto resultaba clamoroso, pero coherente con el sistema diseñado en el FT. El régimen de « premios y castigos » alcanzaba a « los elementos responsables de la industria », pero siempre bajo « respeto al principio de autoridad y jerarquía » (85). Los deberes que podían vincularle al trabajador eran en realidad exigencias del « patrono frente al Estado », no ante sus subordinados, con los que mantenía una relación jurídica de naturaleza ante todo privada (86). De hecho, el asunto central del salario era regulado con laxitud, pues siempre dependía de « la situación económica del país y de la industria respectiva » (87). El FT no había tratado gratuitamente del « justo interés del capital », de la « formación de las reservas necesarias » y del « perfeccionamiento de la producción ». Eran, por el contrario, factores decisivos para la « formación de los salarios » (88).

Otro cantar eran las obligaciones y supuestas ventajas del trabajador. Siguiendo lo dictado por la legislación (d. 5-I-1939), se introducía aquí una disciplina más severa y la persecución explícita de los llamados « actos contrarios a la producción ». Se entendía que, por honor y abnegación, el obrero debía consagrar a la empresa « toda la capacidad y energía » como servicio tributado en realidad a la nación (89). Regía el llamado *Leistungsprinzip* de los economistas alemanes, que señalaba no solo la « obligación de producir », sino que permitía también sancionar la falta de rendimiento. Se introducía aquí una « potestad correctiva » susceptible de ser ejercida contra el trabajador por incurrir, no ya en infracciones de la legislación o de « las cláusulas del contrato de trabajo », sino por atentar « contra el honor social » del patrón o de la empresa. Eran

(84) PÉREZ BOTIJA, *Apuntes para una teoría de las fuentes*, cit., p. 26 y ss.

(85) J. PÉREZ SERRANO, *La reglamentación del trabajo en el nuevo Estado español*, en « RT », 1941, 24, p. 399.

(86) PÉREZ BOTIJA, *Naturaleza jurídica*, cit., p. 31 y 34.

(87) PÉREZ SERRANO, *La reglamentación del trabajo*, cit., p. 404.

(88) E. PÉREZ BOTIJA, *Los salarios en relación con la familia y el rendimiento*, en « RT », 1942, 35, p. 962.

(89) PÉREZ SERRANO, *La reglamentación del trabajo*, cit., pp. 399-400.

consecuencias, se decía, de las tesis relacionistas y también del « espíritu patriótico » y la « disciplina militar » que la política de la dictadura comunicaba al nuevo derecho del trabajo ⁽⁹⁰⁾. La propia concepción del salario había mutado para convertirse en « salario político ». Se incluía, como factor clave para su modulación, el citado principio del rendimiento laboral. Y se añadían otros dos elementos: la realidad familiar del trabajador, pues objetivo de la llamada « *política del trabajo* » era tutelar la « familia tradicional católica » ⁽⁹¹⁾, y las necesidades básicas para llevar una « vida moral y digna » ⁽⁹²⁾.

A este sistema de explotación masiva amparada por el Estado se le sumaba el régimen contenido en los « reglamentos de empresa ». No eran poca cosa. En ellos ya se trataban las condiciones más concretas de jornada, horarios, descansos, tarifas salariales y también, de nuevo, de las sanciones por indisciplina. No podían incumplir los reglamentos generales ni tampoco las leyes de trabajo, pero se movían en un margen de concreción discrecional en el que ya solo regían los principios de jefatura empresarial y subordinación obrera.

Con estos precedentes no debe extrañar que esa labor de reglamentación estatal amparase una descarada política de clase. Con lenguaje economicista neoliberal, los reglamentos introducían criterios de « flexibilidad » para los empresarios con el pretexto de adecuarse así a « la realidad ». Se partía de la « confianza en las empresas » y del « respeto para sus derechos », por lo que se les daba plena libertad para « organizar su trabajo » y « fijar sus plantillas » ⁽⁹³⁾. Se decía que así se superaban las condiciones demasiado « rígidas » y clasistas introducidas por la negociación colectiva sellada bajo la República. Que el trabajador cobrase « únicamente los días que trabajase », y no por su disponibilidad, también se presentaba como superación de unas « bases arcaicas » debidas a « la lucha

⁽⁹⁰⁾ E. PÉREZ BOTIJA, *Importancia política del Derecho del trabajo*, en « RT », 1941, 21-22, pp. 35-6.

⁽⁹¹⁾ RUIZ RESA, *Los derechos de los trabajadores*, cit., p. 338 y ss.

⁽⁹²⁾ PÉREZ BOTIJA, *Los salarios*, cit., p. 961.

⁽⁹³⁾ Reglamento sobre el sector de la banca (20-XII-1939) citado en PÉREZ BOTIJA, *Apuntes*, cit.

de clases » (94). A ello hay que añadir cómo a veces la práctica institucional podía poner en suspenso las propias leyes que los juristas adornaban de las mejores virtudes. Así, por ejemplo, los « delegados de Trabajo » podían autorizar « la cancelación total » del « beneficio » de las « vacaciones anuales retribuidas » siempre que se pagasen. Solo cabía una excepción (95). Que la empresa hubiese desarrollado su actividad en zona republicana. En ese caso, el reconocimiento de ese beneficio era inexcusable. Era el modo franquista de incentivar una competencia falseada. Un modo sobredeterminado, siempre, por la pulsión de destrucción del adversario. De ahí que, junto al régimen ordinario de despido, existiese desde 1936 (5-XII) plena libertad para licenciar por motivos políticos, de forma « firme e inapelable », según dictaba una orden de 1938 (5-V). También en esta línea de disciplina ideológica y clasista de las relaciones laborales se colocaba la institución de la « prestación personal » que el trabajador perteneciente al bando derrotado debía realizar a favor de ciertas compañías (96), sin cobrar salario o redimiéndola a cambio de un aumento gratuito de jornada.

Con estos elementos se forjaba un « derecho social » abiertamente intervencionista, pero no tanto en la economía, como en las relaciones laborales (97), pues se tenía clara su « índole políticossocial » (98). Se trataba de un intervencionismo sesgado, en favor generalmente de parte, con el propósito de extirpar de la sociedad la politización de los trabajadores y el ejercicio de sus derechos de sindicación y de huelga, que conducían, según se esgrimía, a la desintegración del Estado. El nuevo sistema de reglamentación había sustituido el contrato « por la ley » y había conferido al

(94) Reglamentación de la « Sociedad Madrileña de Tranvías », citada en *Servicio de reglamentación del trabajo. Dirección General del Trabajo*, en « RT », 1939, 2, p. 225.

(95) *Ibid.*, p. 228.

(96) A. MIGUEZ, *Perpetradores y gente corriente: la mirada del otro*, en *El franquismo desde los márgenes*, O. Rodríguez Barreira (ed.), Universidades de Almería y Lleida, 2013, p. 67.

(97) SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo*, cit., p. 62 y ss.

(98) PÉREZ BOTIJA, *Naturaleza jurídica*, cit., p. 76.

derecho social un « carácter público muy acentuado » (99). Esta « publicación » contaba con la consecuencia ya aludida: « una gran parte de las medidas tutelares del obrero » no se inscribían « en la relación bilateral con el patrono »; constituían más bien « una obligación unilateral del patrono frente al Estado » (100). La preponderancia empresarial propia del régimen liberal quedaba así ratificada por el nuevo sistema nacionalsindical. La socialización se cerraba, en realidad, en falso.

La pretensión del naciente derecho del trabajo no era, como el de antaño, « la tutela exclusiva de una clase ». Su propósito central era nacionalizar y estatalizar. No estamos ante retórica vacua. Se afirmaba que el objetivo era implantar un régimen de « colaboración y cohesión de las clases sociales ». Para conseguirlo, éstas habían sido disueltas en « categorías profesionales » insertas en un sindicato unitario. Se pensaba que con ello, a imitación del ejemplo nazi, podría lograrse « la integración del pueblo » y la consiguiente construcción de « una perfecta comunidad nacional, base y *substratum* del Estado » (101). La penetración normativa en las relaciones laborales podía quedar así inscrita en un más general « derecho social », que comprendía asimismo intervenciones en materia agraria y de arrendamientos, y que formaba, en conjunto, la « cristalización de lo que se llama *Política social* » (102). El aspecto social del Estado, de predicarse de la Constitución, como sucedía en la República, pasaba otra vez a identificarse con las políticas tutelares y paternalistas desenvueltas por el ejecutivo.

3. *Estado social y democrático.*

3.1. *Intentos de homologación.*

Tras la derrota de los fascismos, la coloración social del Estado volvió a ser cuestión constitucional en toda Europa. En ocasiones,

(99) C. GARCÍA OVIEDO, *Nota acerca del nuevo Derecho social español*, en « Revista Crítica de Derecho Inmobiliario », XVI (1940), pp. 532-3.

(100) PÉREZ BOTIJA, *Importancia política*, cit., p. 35.

(101) *Ibid.*, p. 33 y 40-1.

(102) J. CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho social*, en « RGLJ », 1941, 169, p. 518.

como en el caso italiano de 1948, con inspiración explícita de la República española. El régimen franquista no tardó en actuar. En el Fuero de los Españoles (17-VII-1945) se atemperaron las definiciones del FT: se declaró el derecho de « la mano de obra » a « participar en los beneficios » de la empresa, y preocupaba que las relaciones instituidas en su interior se mantuviesen « dentro de la más estricta equidad » (art. 26). La Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (26-VII-1947) pasó a describir a España como « Estado católico, social y representativo ». El nuevo contexto constitucional, con la importancia que en él habían recobrado los principios de la « democracia social », podía resultar expuesto en términos estratégicamente descriptivos ⁽¹⁰³⁾. O podía despertar reivindicaciones patrias: España también se hallaba envuelta en el « clamor de reforma general » que recorría Europa, su economía también se había tornado mixta entre socialismo y capitalismo y su FT « esta[ba] al día » en puntos tan centrales como la función social de la propiedad, el intervencionismo estatal y la protección del trabajo. Por eso era injusto que « muchos escritores extranjeros » la « denigra[sen] », cuando contaba con « una legislación social » colocada « a la cabeza de la legislación de todo el mundo », que había sido capaz de mejorar « el nivel de vida de las clases bajas » y de acrecentar « sobremanera nuestra clase media » ⁽¹⁰⁴⁾. Su peculiaridad, que no tacha, era su neta inspiración cristiana, basada en la doctrina pontificia. Y también su « anticomunismo », no debido « al afán de mantener una situación privilegiada frente a los obreros, sino al anhelo de una profunda justicia social, donde no quepa el odio » ⁽¹⁰⁵⁾.

Una de las estrategias seguidas fue « relativizar el concepto de constitución » para defender que España simplemente se había dado un sistema « constitucional distinto » ⁽¹⁰⁶⁾; uno que podía apellidarse « social », y que resultaba intercambiable con el « Estado

⁽¹⁰³⁾ C. OLLERO, *El Derecho constitucional de la postguerra*, Barcelona, Bosch, 1949, p. 25 y ss.

⁽¹⁰⁴⁾ A. MARTÍN ARTAJÓ, *Nuevo sentido de la justicia social*, en « REP », 1945, 19-20, pp. 11-2 y 22.

⁽¹⁰⁵⁾ J. CORTS GRAU, *Nuestro anticomunismo*, en « REP », 1947, 35-36, p. 129.

⁽¹⁰⁶⁾ F. FERNÁNDEZ-CREHUET, *El Anuario de Filosofía del Derecho: síntoma y magra terapia franquista*, en *Los juristas y el 'régimen'*, cit., pp. 143-4, en alusión a Manuel Fraga Iribarne.

social de derecho », porque abrazaba el intervencionismo y porque, desde el FT, revalidado a este respecto por la Ley de Principios del Movimiento de 1958, asentaba el Estado sobre « los postulados de justicia social, la dignificación y exaltación del trabajo y los demás ideales de la moderna política social » (107). A la altura de 1969 se reconocía ya sin ambages que el clasismo del régimen sindical de los primeros tiempos se había debido al simple hecho de que la práctica totalidad de « la clase trabajadora » había « luchado al lado del bando republicano ». Fue la derrotada. Y lo que se hizo con ella fue domesticarla, encuadrándola « dentro de una burocracia universitaria de extracción falangista ». Gracias a ello, y a una « política social » « bastante generosa », se estaba pudiendo pasar sin violencias del « viejo sindicalismo autoritario » a otro realmente « representativo », en el que los trabajadores pudieran defender sus intereses de manera autónoma y directa (108). La labor de estatalización y nacionalización desempeñada en el primer momento totalitario habría engendrado así un Estado donde las prácticas democráticas en el mundo del trabajo comenzaban a ser posibles.

Ya no se contemplaban con espanto los objetivos de la socialización democrática. El *Welfare State* imperante en Europa había logrado sacudirse el yugo del socialismo « totalitario », y conciliar « el legado del liberalismo » con la « transformación del orden capitalista ». El Estado social era un lugar de encuentro y convergencia entre « la versión neoliberal del liberalismo » y « la realización práctica de un socialismo apacible y descargado al máximo de ideología », que ya había aceptado los bienes de la propiedad privada, la libertad de industria y la libre competencia. Limadas las aristas de clase a la técnica de la planificación económica, aceptados los principios liberales capitales, « el pensamiento de los juristas no [podía] estar en antítesis con el Estado social, ni ignorar sus exigencias », encaminadas a « salvar los valores de la libertad y de la personalidad humana ». Por eso había que « revisar ciertos supues-

(107) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los principios filosófico-jurídicos y jurídico-políticos del Régimen español*, Madrid, IEP, 1963, pp. 68-9.

(108) R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La Constitución española*, Madrid, Editora Nacional, 1969, p. 162.

tos del pensamiento jurídico tradicional » y dejar de oponer « Estado de Derecho y Estado social » (109).

En el fondo, los juristas del régimen estaban llevando a cabo un intento de homologación de la dictadura franquista a los sistemas garantistas de posguerra (110). Como ellos, el Estado de Franco era también « social » y « de derecho », e incluso, a su manera antivoluntarista y católica, « democrático » (111), lo que ocurría es que había debido tomar un camino traumático para conseguirlo. Le distinguían, cierto, las notas del catolicismo y del antisovietismo, nada que no fuese perfectamente defendible en el mundo de la Guerra Fría. Tales pretensiones de blanqueamiento del régimen tenían como finalidad facilitar su inserción en la esfera internacional y, más en concreto, avalar la solicitud de ingreso de España en la Comunidad Económica Europea. La petición, sin embargo, fue rechazada. La resolución alcanzada por el IV Congreso del Movimiento Europeo, celebrado en Múnich en junio de 1962, exigía para la integración que se adoptasen instituciones verdaderamente democráticas, se legalizasen los partidos, se garantizase la libertad de expresión y se permitiese el « ejercicio de las libertades sindicales », dejándose de criminalizar la huelga (112). Ese mismo año, la cruda realidad de la dictadura fue denunciada frente a sus intentos de normalización por la Comisión Internacional de Juristas, en su informe sobre *El Imperio de la Ley en España*. Con un sistema de partido único, sin separación de poderes, sin libertades de trabajo y con intervención permanente de los tribunales militares para « reprimir muchos delitos » de tono político, no cabía aspirar con seriedad al distintivo de Estado de derecho (113).

(109) L. LEGAZ LACAMBRA, *Socialización*, Madrid, RACMP, 1964, pp. 52-3, 56, 58 y 66-7.

(110) La obra en que mejor se aprecia tal pretensión es *El nuevo Estado español. Veinticinco años de Movimiento Nacional, 1936-1961*, Madrid, IEP, 1961.

(111) J. CORTS GRAU, *Sentido español de la democracia*, en « REP », 1946, 25-26, « El fascismo y lo nuestro »; T. FERNÁNDEZ MIRANDA, *El concepto de democracia y la doctrina pontificia*, en « REP », 1946, 29-30, « VI. La posibilidad de un concepto católico de la democracia ».

(112) B. DE RIQUER, *La dictadura de Franco*, Barcelona, Crítica, 2010, p. 478.

(113) N. SESMA LANDRÍN, *Franquismo, ¿Estado de derecho?*, en « Pasado y Memoria. Revista de Historia contemporánea », 5 (2006), p. 52.

3.2. *Teorización crítica.*

En esta misma línea de condena se situaron algunos juristas críticos. Antes de que se activase, ya se había descrito la evolución constitucional de la posguerra como el paso desde el « Estado liberal de derecho » a un « Estado social de derecho », esto es, desde un Estado formalista a un Estado fundado en valores éticos materiales, susceptibles de ser aplicados en sede judicial, y dirigidos a la consecución de cada vez mayores cotas de « justicia social ». Solo el Estado de derecho exigía separación de poderes, principio de legalidad, jerarquía normativa capaz de « realizar la seguridad jurídica » y « garantía de los derechos fundamentales ». Y sobre el social, se sugería, en alusión tácita a las ambiciones sociales de la dictadura, que era « posible imaginar una situación de bienestar sin el consentimiento de los gobernados », pero en ese caso « tal bienestar » carecía de moralidad y legitimidad ⁽¹¹⁴⁾.

El texto que más eficazmente desacreditó las pretensiones juricidistas y sociales del régimen fue el libro de Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, un auténtico *best-seller* elaborado a partir de contribuciones escritas durante la primera mitad de los 1960 ⁽¹¹⁵⁾. Partiendo de una caracterización del Estado de derecho similar a la realizada por Pablo Lucas Verdú, precisaba que no existía « imperio de la ley » si ésta « proviene de una voluntad absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida ». Lo vigente en un orden político autoritario, como era el franquista, significaba otra cosa: el « imperio de la voluntad absoluta del ejecutivo incontrolado ». No menos equívoca era su autocalificación de « social ». El « Estado social de Derecho » había sido la fórmula superadora de la crisis del liberalismo, alternativa al camino fascista, que no implicaba sino « la defensa armada » del capitalismo. Lo definía el hecho de que, aun superándolo, englobaba en sí los elementos garantistas del « Estado liberal de derecho ». En el régimen se estaba dando una determinada operación de lavado

⁽¹¹⁴⁾ P. LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad de Salamanca, 1955, pp. 16-7 y 77.

⁽¹¹⁵⁾ E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966), Madrid, Edicusa, 1973⁴, p. 54, 97, 99-100, 105-7, 121 y 130-1.

cultural, que se servía del término « social », o del de « socialización », con el fin de construir « una noción tan abstracta, vaga e indefinida » de Estado social que cupiese en ella la forma de « Estado autoritario » retóricamente preocupado por la igualdad. El objetivo perseguido era alcanzar indirectamente la distinción de « Estado de derecho » a través de esa preocupación retórica por la justicia social. La contestación de Elías Díaz era nítida: « para merecer en rigor la denominación » de « Estado social de Derecho » debían antes satisfacerse las « exigencias propias de todo Estado de Derecho », cosa que no ocurría en los sistemas de « ejecutivo incontrolado ».

La crítica de Elías Díaz contaba además con una dimensión propositiva singular. A través de autores ordoliberales como Wilhelm Röpke, la doctrina jurídica franquista se había reconciliado con la forma del « Estado social » por los principios capitalistas que éste respetaba, aceptando sus políticas de « socialización » solo en la medida en que favoreciesen « el juego de la libertad » ⁽¹¹⁶⁾. La posición de Elías Díaz se encontraba, sin embargo, en otro plano. El Estado social suponía « una auténtica conquista histórica », de acuerdo, pero, en tanto que forma política del « neocapitalismo », estaba llamado a entrar en crisis. Se rechazaban expresamente las críticas reaccionarias que lo atacaban por deshumanizador, pero se advertía que sus políticas no habían generado la igualdad esperada, sus logros se asentaban sobre el colonialismo y sus inercias tecnocráticas y burocráticas contaban con efectos despolitizadores difícilmente conciliables con una democracia. Y es que al Estado social le daba fundamento una pretensión imposible: « compatibilizar en un mismo sistema » el « capitalismo como forma de producción », la « consecución de un bienestar social general » y la realización de una democracia plena. Esta contradicción solo podía superarse pasando a otro tipo de Estado, el llamado « democrático de Derecho ». En él se conservarían las exigencias del « imperio de la ley », pero ampliando los principios de « la democracia política » al campo socioeconómico con el fin de construir una sociedad verdaderamente igualitaria. Tal era la propuesta jurídica del socialismo democrático,

⁽¹¹⁶⁾ « Socializar » para « personalizar » era el lema: LEGAZ LACAMBRA, *Socialización*, cit., p. 81 y 83.

planteada como « superación real Estado social de derecho », pero también de las « democracias populares » de la órbita soviética.

Manuel García-Pelayo, perteneciente al mismo círculo político-intelectual, prefería no trascender el Estado social, consciente de las potencialidades que encerraba. Forma política correspondiente a la « etapa del neocapitalismo », su base económica la suministraba la sugerencia de Keynes de asociar la intervención del Estado en el proceso económico al « aumento de la capacidad adquisitiva de las masas », de lo que se derivaría un « aumento de la producción » y un consiguiente descenso del desempleo. En términos de antropología social, este tipo de Estado, superando viejos prejuicios liberales, partía del convencimiento de que « la sociedad, dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores, conduc[ía] a la pura irracionalidad ». Ahora bien, esta superación, y la consiguiente legitimidad de la « estructuración del orden social » por parte del Estado, podía concretarse en dos « posiciones » en tensión: misión del Estado social podía ser la de « asegurar los fundamentos básicos » del capitalismo, amortiguando sus contradicciones, o bien introducir con medidas planificadoras una corrección « de fondo », « sistemática », del modelo capitalista, « cuyo efecto acumulativo conduc[iría] a una estructura y estratificación sociales nuevas, y concretamente hacia un socialismo democrático ». Que se concretase uno u otro devenir, latentes ambos en el Estado social, dependería de la coyuntura y de la correlación de fuerzas en presencia ⁽¹¹⁷⁾.

En similar línea se colocaba el importante estudio de Wolfgang Abendroth, traducido al castellano por Manuel Sacristán en 1973, sobre las « consecuencias jurídico-institucionales » del « Estado social y democrático de derecho » ⁽¹¹⁸⁾. Adoptarlo suponía establecer un criterio orientador de la legislación, un canon interpretativo de las normas jurídicas, incluidas las constitucionales, e incluso una

⁽¹¹⁷⁾ M. GARCÍA-PELAYO, *El Estado social y sus implicaciones* (1975), en ID., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 19-20 y 22-3.

⁽¹¹⁸⁾ W. ABENDROTH, *Sobre el concepto de estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania* (1954), en ID., *Sociedad antagonica y democracia política: ensayos sobre sociología política*, Barcelona, Grijalbo, 1973, en concreto pp. 270-8.

directriz para « la actividad administrativa ». Su esencia era diametralmente opuesta a la del liberalismo individualista, ya que presuponía que el orden privado de la sociedad ni era autónomo ni contaba con una tendencia inmanente y espontánea a la armonía y la justicia. Por el contrario, consideraba que la esfera económica quedaba bajo « la acción de los órganos del estado en los que está representada la autodeterminación democrática del pueblo ». Y esa intervención legítima del Estado debía procurar la igualdad material entre los individuos, no solo como modo de preservación de sus derechos, sino también como garantía de la propia democracia, inviable en un contexto de concentración del poder socioeconómico. Por eso, consagrarlo en la Constitución era, ante todo, una apuesta antifascista. La homogeneidad económica que estaba llamado a garantizar serviría de antídoto frente a la descomposición de la democracia a que condenaba el capitalismo desenfrenado. Ahora bien, la resistencia a este modelo de Estado podía servirse de su propia configuración constitucional, y consistía en sublimar los derechos individuales clásicos hasta hacerlos intangibles, logrando con ello preservar el orden jerárquico tradicional « liberal-capitalista ».

En medios jurídicos españoles se conocía también la aguda interpretación que Habermas había dado del tránsito del Estado liberal al social ⁽¹¹⁹⁾. Su implantación había supuesto otorgar a los poderes públicos una facultad eminente para « influenciar el proceso de la vida social » con fines tutelares, garantistas y de provisión de servicios. Ello había hipertrofiado a la administración frente a los parlamentos, lo que había aumentado la importancia de los « grupos de presión » a través de los cuales los ciudadanos podían condicionar las actividades administrativas, cada vez más envolventes. En consecuencia, el « contacto con el Estado » por parte del « ciudadano medio », aunque se había hecho más frecuente, se había despolitizado. No era la « participación política », sino la reivindicación de servicios y asistencia eficientes lo que ahora lo definía. A ello se sumaba el que el « fundamento de la sociedad » continuase siendo « la disponibilidad privada de los medios de producción ».

⁽¹¹⁹⁾ J. HABERMAS, *Concepto de participación política* (1967), en *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, Fontanella, 1973, p. 22 y ss.

La regulación esencial de « la vida económica » seguía dándose por « las instituciones clásicas del derecho privado ». Así se producía una contradicción específica: por un lado, la sociedad en su conjunto se politizaba, pues se organizaba en función de la satisfacción de demandas con relevancia pública; pero, por otro, los ciudadanos se despolitizaban, al continuar insertos en una trama económica privatista y limitarse a exigir la satisfacción de necesidades que vivían como privadas.

Y es que el Estado social no gozaba de buen crédito entre los círculos de izquierda en la década de los 1970. Calificándolo como *Stato assistenziale*, se recordaba que solo intervenía en la « distribución » para compensar las « desigualdades económicas ligadas al proceso de producción », cuya fisonomía y titularidad no alteraba ⁽¹²⁰⁾. Se advertía, en fin, que su establecimiento servía para perpetuar « la miseria del liberalismo », pues la « distribución del producto social » requería « una *tasa de crecimiento sostenida* », lo que le impedía contradecir « el interés particular del capital » ⁽¹²¹⁾.

3.3. *Instauración constitucional.*

En vísperas de 1978, existía, por tanto, una notable acumulación doctrinal en torno a la problemática del Estado social. La situación, en términos sintéticos, era esta: los juristas procedentes del régimen celebraron el modelo como sistema para encauzar las relaciones económicas capitalistas; por su parte, los vinculados al socialismo aspiraban a superarlo mediante la instauración de un Estado democrático o bien a mantenerlo para extraer de él toda su potencialidad socialista. Por resumir ⁽¹²²⁾, podría afirmarse que la opción resultante del debate constituyente fue una suerte de transacción inclusiva de la propuesta socialista y la de los grupos

⁽¹²⁰⁾ P. BARCELLONA, G. COTURRI, *Stato e giuristi, tra crisi e riforma*, Bari, De Donato, 1974, p. 159.

⁽¹²¹⁾ N. LECHNER, *Contra la ilusión del Estado Social de Derecho*, en *Liberalismo y socialismo: problemas de la transición. El caso chileno*, Madrid, Túcar, 1975, pp. 171-3.

⁽¹²²⁾ Para una exposición extendida del asunto, v. S. MARTÍN, *Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)*, en *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, de donde tomo referencias aquí revisitadas.

procedentes del franquismo. No es casual que fuese Manuel Fraga, ministro de la dictadura, el responsable de la inclusión del apelativo « social » (123). En su interpretación, ese tipo de Estado suponía « un sistema centrado en torno a la economía social de mercado », esto es, un modelo político-económico basado en las « leyes económicas » de la oferta y la demanda, en la « libre empresa » y en la libre competencia. Operando sin cortapisas estos principios aumentaría « la tarta nacional » y podría garantizarse así « la igualdad de oportunidades », lo que permitiría « el desarrollo general de las posibilidades de todos para lograr una vida digna » (124). Como se ve, el ordoliberalismo alemán seguía acompañando a la concepción hispana del Estado social hasta su consagración constitucional (125).

Pero el calificativo de « democrático » también se incluyó y en él depositaban sus esperanzas de transformación las fuerzas de izquierda. Lo decisivo para ellas era saltar de la dictadura a la democracia y evitar que la definición del Estado cerrase « las puertas a los cambios estructurales », declarando « inconstitucionales » las políticas que permitiesen la famosa transición legal al socialismo (126). El carácter democrático del joven Estado otorgaría así legitimidad a todo programa mayoritario, con independencia de su « ideología, incluida, claro es, la socialista » (127).

Y bien cierto es que en la llamada « constitución económica » se incluyeron alusiones que daban base constitucional a la socialización democrática. Así, las referencias a la planificación o al posible acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Sin embargo, los derechos y libertades también consagrados en 1978 no dejaban demasiadas dudas acerca de cuál de ambas lecturas había colonizado más la letra constitucional. Por lo pronto, la

(123) Lo hizo saber después G. PECES BARBA, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres, 1981, p. 29.

(124) Vid. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, tomo I, Madrid, Cortes Generales, 1980 (ed. Fernando Sainz Moreno), pp. 658-659.

(125) Para una excelente reconstrucción de la escuela, v. Ch. LAVAL. P. DARDOT, *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 118 y ss.

(126) Intervención de Santiago CARRILLO, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, tomo I, cit., p. 651.

(127) Palabras de Enrique TIerno GALVÁN, *ibíd.*, pp. 673-4.

vocación antifascista de otras constituciones europeas estaba ausente por completo. En materia de dominio, el postulado inmovible desde el comienzo fue el reconocimiento pleno del derecho de propiedad privada y su secuela de la herencia, con mención simbólica a su « función social ». Por un voto de la formación franquista Alianza Popular llegó a consagrarse « la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado », algo que fue interpretado como « negar al país la capacidad de darse otro sistema económico » que no fuese el capitalismo ⁽¹²⁸⁾. Y buena parte de los derechos sociales terminaron incluidos solo como « principios rectores » de la política social y económica.

3.4. *Cierre doctrinal y primera sepultura.*

Dados estos precedentes, pronto se celebró en algunos medios el carácter « moderado » de la nueva figura. No se había imitado la proyección rupturista de la Constitución portuguesa de 1976, y además se había desechado el antecedente español de 1931, con su definición del Estado como « República de trabajadores ». La cláusula del Estado social, interpretada ya sistemáticamente, y relacionada, por tanto, con la proclamación constitucional de la libertad de empresa y del libre mercado, no quería decir más que la aceptación plena de « las estructuras económicas del capitalismo », pero admitiendo una capacidad de intervención pública en la economía proporcional a la necesidad de corregir « los desequilibrios más graves » que dicho sistema económico solía provocar ⁽¹²⁹⁾.

Manuel García-Pelayo subrayaba el hecho de que la Constitución española de 1978 había llegado más lejos que todas las de su entorno en la consagración del liberalismo económico. La proclamación como elementos intangibles de « la libertad de empresa » y la « economía de mercado » eran un claro testimonio de ello. Sin embargo, la definición del Estado como social implicaba por lo

⁽¹²⁸⁾ Opinión de F. LETAMENDIA BELZUNCE, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, tomo II, Madrid, Cortes Generales, 1980, pp. 2186-7.

⁽¹²⁹⁾ S. BASILE, *Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Alberto Predieri, Eduardo García de Enterría (dirs.), Madrid, Civitas, 1980, p. 253, 255 y 257-8.

pronto la asignación al poder público de una obligación: la de crear y garantizar ciertas condiciones materiales mínimas, lo cual implicaba admitir la licitud de su intervención « en el orden y proceso económicos ». Conectando ambos extremos, la calificación social del Estado y la constitución económica liberal, no se infería ni una « economía libre de mercado », ni tampoco una « economía social de mercado », que solo permitiese intervenir para regular la competencia. El producto resultante era más bien el de una « economía dirigida (o controlada) de mercado », que si bien partía « de la libertad de decisión de las empresas y de la coordinación espontánea de su actividad », también admitía la pertinencia de « medidas estatales » correctoras e interponía — y esto es lo decisivo — « finalidades económicas nacionales » inasequibles desde la lógica del mercado; necesitadas, pues, de « acción estatal » planificadora.

Viendo que el « socialismo democrático » sostenía, desde hacía más de una década, la compatibilidad entre una « planificación central macroeconómica » y la existencia de una « pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión » y en mutua competencia, podía concluirse que en el tipo de Estado social constitucionalizado en España latían, en potencia, « dos modelos distintos »: bajo su amparo podrían efectuarse tanto « políticas destinadas a un cambio en sentido socialista democrático » como otras conducentes al « endurecimiento de las estructuras capitalistas » (130).

Quienes habían subrayado las inclinaciones conservadoras del « Estado social », abogando por la inclusión solamente del apelativo « democrático », censuraron el sintagma. En pleno debate se apuntó que « en la fórmula híbrida Estado social y democrático de Derecho, el antecedente, Estado social de Derecho, prima[ba] sobre el subsiguiente (Estado democrático de Derecho) » (131). Tal y como se encontraba redactado el anteproyecto, mientras que la institucionalización del Estado de derecho y de su dimensión social quedaba

(130) M. GARCÍA-PELAYO, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Manuel Ramírez (ed.), Zaragoza, Pórtico, 1980, pp. 40-3, 47 y 51-2.

(131) Eran palabras de P. LUCAS VERDÚ, *El título I del anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978, p. 12.

satisfecha, nada se recogía en relación a la dimensión estrictamente democratizadora, que exigía « socialización de los medios de producción, autogestión social en todos los niveles y el paso de la representación política a la participación política », esto es, de la democracia solo representativa a mecanismos múltiples, locales y generales, de participación popular ⁽¹³²⁾. Lo « social », más que un avance en sentido democratizador, suponía un salto a « una etapa anterior en la evolución histórica del Estado » ⁽¹³³⁾, cuya cristalización podría salvar al nuevo capitalismo de sus propias contradicciones, pero a costa de renunciar a constituir una sociedad igualitaria. Por eso la combinación entre el aspecto « social » y el « democrático » fue considerada en un inicio por numerosos juristas de izquierda como una locución contradictoria, en la que el primer elemento anulaba al segundo.

Esta interpretación fue contestada por constitucionalistas democristianos. Óscar Alzaga señalaba que la fórmula del « Estado social de derecho » carecía de las « connotaciones conservadoras » que la izquierda le atribuía. Se trataba más bien de una síntesis virtuosa entre « los viejos ideales de la tradición liberal y los de origen socialista », de una « transacción realista » que permitiría superar la « etapa de lucha de clases », recrudescida durante aquel ciclo transicional, mediante políticas sociales que creasen unas « condiciones de vida más justas » ⁽¹³⁴⁾. No era el producto conservador instituido solo en beneficio de la clase poseedora, ni tampoco expresión unilateral de la clase trabajadora, sino el fruto de un necesario pacto fundacional entre ambos sectores de la sociedad.

Entre los juristas pertenecientes al socialismo democrático, fueron los de la generación posterior a Elías Díaz o Gregorio Peces Barba quienes apostaron por una interpretación armonizadora de las notas de « social » y « democrático ». Esta visión, llamada a convertirse en lectura dominante, tuvo en la tesis de Luis Prieto Sanchís

⁽¹³²⁾ *Ibíd.*, p. 14.

⁽¹³³⁾ Así lo advertía PECES BARBA, *La Constitución española de 1978*, cit., p. 29.

⁽¹³⁴⁾ O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 79.

una de sus plasmaciones más elaboradas ⁽¹³⁵⁾. Su propuesta consistía en desvincular la forma social del contenido neocapitalista. Ciertamente era que, hasta el momento, el Estado del bienestar había servido para perpetuar el capitalismo, sin haberse « suprimido la desigualdad ». La dimensión social aún no se había « dirigido en un sentido verdaderamente humanista de emancipación ». Sin embargo, también era indiscutible el hecho de que había introducido dispositivos y dinámicas en el funcionamiento del Estado a los que no cabía renunciar si se aspiraba a la « igualdad sustancial ». Por eso era conveniente conservar el apelativo de « social » junto al de « democrático », para dejar claro que elementos como la planificación económica o las prestaciones sociales eran factores inherentes al nuevo Estado, incluso si su proceso de institucionalización tomaba un rumbo socialista. Ahora bien, el que tales dispositivos, del intervencionismo a los propios servicios públicos, se pusiesen al servicio de una « verdadera socialización » no era asunto decidido en sede constitucional; debía ser cuestión decidida por voluntad popular mayoritaria, expresada ahora en un contexto institucional de participación legalizada.

El Estado « social y democrático » podía, por tanto, amparar líneas de desarrollo constitucional con un alto grado de transformación estructural y económica, pero su puesta en práctica requeriría un « consentimiento » inequívoco mostrado por « sufragio universal », mucho más que la simple invocación del « expediente jurídico de su 'superioridad constitucional' ». Cabía, por tanto, una materialización del Estado social próxima a las aspiraciones socialistas, pero exigiría el concurso de una potente y resuelta « voluntad política » orientada en dicha dirección, y la « eficacia positiva » de las conquistas sucesivas solo cabría garantizarla a través del « control político » expresado en las votaciones, no mediante cortapisas judiciales o inconcebibles imposiciones unilaterales al legislativo. El « Estado social » tenía, además, otros atributos, apreciables de por sí. Había inspirado la regulación del derecho a la educación con el nivel máximo de protección. Y su filosofía más avanzada se había

⁽¹³⁵⁾ L. F. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, 1981, tomo I, pp. 143, 145, 148, 150-1, 155-161, 167, 169 y 201-2.

plasmado en un precepto, el art. 9.2, que vinculaba expresamente la intervención de los poderes públicos a la consecución paulatina de la « igualdad sustancial ».

En dirección similar se colocó Ángel Garrorena con su pronta defensa de una « interpretación integral » de los dos calificativos del Estado ⁽¹³⁶⁾. El modelo constitucionalizado — no cabía dudarlo — había sido el « sistema neocapitalista hoy vigente ». Pero, con ello, el constituyente no había hecho más que « certificar el punto de partida », introduciendo asimismo anclajes que posibilitaban un horizonte de superación. El Estado social, sostenía también Garrorena, albergaba en sí dos posibles materializaciones: economía de mercado capitalista o « economía socializada ». Se comprendía que, vistos sus precedentes franquistas, la izquierda recelase del apelativo « social », y cierto era que la fórmula utilizada en 1931 « albergaba posibilidades mucho más avanzadas », pero no por eso había que despreciarlo por « inútil ». Gracias a su inclusión, competía « al Estado la dirección y regulación del proceso económico », y se le asignaban nuevas funciones en materia « asistencial », poderosas facultades intervencionistas y, sobre todo, una tarea de « remodelación social », que implicaba no aceptar la estructura social heredada del capitalismo e imponía la obligación de transformarla en sentido igualitario.

Desde su perspectiva, volvía a ser el art. 9.2, con su llamamiento a « remover los obstáculos » que impidiesen lograr una igualdad « real y efectiva », el precepto que quintaesenciaba la potencialidad transformadora del Estado social. A su juicio, podía « servir de soporte a una interpretación material o sustancial de los demás contenidos constitucionales » y de todo el « ordenamiento jurídico ». No solo confiaba entonces en su conveniente concreción legislativa; también en su eficacia directa « en el específico ámbito del recurso de inconstitucionalidad de la ley », en su « uso decidido » por parte de « nuestro juez constitucional », de modo que extrajese de él toda su « potencialidad de renovación ». Así concebido el aspecto social del Estado, su lado democrático no podía entrar en contradicción con él. Más bien lo contrario. Debía impo-

⁽¹³⁶⁾ A. GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, p. 33, 37, 39, 43, 49, 52, 58-60, 70 y 151 y ss.

nerse una lectura que cohonestase ambos y orientarse el intervencionismo estatal hacia la democratización de la sociedad con políticas sociales no autoritarias.

Así pues, la doctrina jurídica más progresiva interpretó la constitucionalización del Estado social como una oportunidad para la construcción, en un marco político democrático, de una economía socialista. Pero esa puerta solo se abriría si se daban mayorías electorales que contribuyesen a conseguirlo y si se contaba también con una interpretación jurisprudencial favorable. Lo peculiar de la experiencia española es que, en octubre de 1982, el partido cuyos juristas e intelectuales defendían esta línea de desarrollo constitucional obtuvo una mayoría electoral abrumadora. Justo la que ellos mismos habían reclamado para que el paso a una economía socializada fuese de verdad factible. El camino tomado por el flamante gobierno socialista fue justo el opuesto: el de realizar reformas sustanciales de las estructuras productivas en el sentido de su mayor liberalización. Esto explica que algunos juristas diesen por muerto al Estado social poco después de haber nacido.

Su juicio condenatorio de las políticas neocapitalistas desplegadas por el socialismo democrático, que a una percepción anacrónica puede parecer catastrofista, encierra, sin embargo, un peculiar valor para concluir nuestro recorrido. Se estaba levantando acta de defunción a las promesas democratizadoras que el Estado social había encarnado en 1978. La posición desde la que se planteaba la crítica, aquí encarnada por la voz del constitucionalista Carlos de Cabo, concebía la figura en términos materialistas, como conciliación provisional «entre las exigencias y las posibilidades de la acumulación capitalista y la lucha de clases»⁽¹³⁷⁾. Su complejidad era, por tanto, contradictoria, por servir, en su aspecto económico, «al proceso de acumulación privada» al tiempo que aspiraba, en su lado político, a una «integración del conjunto social», previniendo «los efectos negativos» del capitalismo. Prácticamente todas las intervenciones operadas por el Estado social eran, pues, susceptibles de contemplarse como funciones del capitalismo para garantizar su propia reproducción, aumentar la productividad y reducir el con-

⁽¹³⁷⁾ Para lo que sigue: v. C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986, p. 30, 33, 37, 41, 51 y 57.

flicto interclasista. Sin embargo, algo tenían también de « conquista y beneficio subjetivos ». El problema vino dado cuando tales concesiones comenzaron a significar obstáculos para el crecimiento continuado que el capitalismo necesita para sobrevivir.

Eso sucedió en el contexto de otra crisis. Se plantearon entonces dos salidas. Por una parte, se agrupaban quienes defendían « directamente y con claridad el fin del Estado social ». De otra, figuraba la posición socialdemócrata, autopresentada como « la heredera legítima del Estado social », y que postulaba la conservación de los elementos del Estado social « compatibles con la modernización económica realizada en términos de economía de mercado ». Esas reformas modernizadoras no eran otras que la reducción del gasto público y el estímulo de la demanda, las privatizaciones de empresas estatales, el primado de la intervención en beneficio de la productividad y la paulatina retirada de la protección al colectivo trabajador, con la consiguiente precarización del empleo, « acomodando, prácticamente por la fuerza, la fuerza de trabajo a las nuevas exigencias que impone la reestructuración del capital ». Esto, que podía ser defendido como adaptación del Estado social a un nuevo marco de relaciones económicas, dada la línea doctrinal socialista expuesta con anterioridad cabía considerarlo también como una « renuncia al desarrollo potencial que podría albergar el Estado social », como « renuncia a lo que en [él], según la formulación de sus defensores históricos, había de utopía ». En este exacto sentido resultaba plenamente congruente sentenciar que « la desaparición del Estado social [era] un requisito imprescindible para la superación de la crisis ».

4. *Conclusión.*

En nuestro recorrido hemos podido apreciar actitudes bien diferenciadas de los juristas ante el fenómeno de la socialización del derecho. Propio de la doctrina franquista fue poner su discurso al servicio de la legitimación cultural del nuevo régimen, sin entrar a discutir sus postulados. La adhesión a la política social totalitaria fue plena y se presentó como adecuación del pensamiento jurídico a la tendencia objetiva de la historia. La defensa de las premisas nacionalsindicalistas convirtió a la ciencia jurídica del primer franquismo

en una suerte de coro unánime completamente cómplice de la operación desplegada por la dictadura, operación consistente en disfrazar de carácter « social » y hasta « revolucionario » lo que no fue más que la instauración por medio de las armas de un sistema de sometimiento y explotación masiva del trabajo. Su propósito fue, ante todo, el de fabricar « una conciencia estatal » (138), y para ello hicieron oscilar sus ideas entre la descripción fiel del proceso que estaba aconteciendo, su fundamentación teórica y la ocultación, por sublimación o por encubrimiento ideológico, de sus numerosos aspectos inhumanos.

Hemos visto igualmente cómo los juristas oficiales del régimen se entregaron a la tarea imposible de homologar la dictadura española al Estado social de derecho triunfante en Europa tras la Segunda Guerra. Y hemos apreciado cómo, desde la década de los 1960, comenzó a circular un discurso jurídico crítico de calado bien distinto. Lejos de plegarse a los valores de la dictadura y a su falaz empresa de normalización internacional, la puso al descubierto con sus denuncias. No se limitaba a describir y legitimar los postulados del sistema, sino a censurarlos a la vista tanto de los Estados constitucionales europeos de posguerra como del horizonte de esperanzas delineado por el socialismo democrático. No invocaba como autoridad inapelable de sus argumentos la tendencia inexorable de la historia, aunque podría haberlo hecho poniendo al descubierto el desencaje del régimen franquista en el mundo constitucional; prefería aceptar que eran los discursos y las voluntades de los actores sociales los que escribían la historia, y en esa tarea colectiva ellos pusieron sus ideas al servicio de la democratización plena del país.

Si en el primer caso, por Estado social se tomó un Estado intervencionista solo en las relaciones laborales, en el sentido ya visto de « integración nacional », en el segundo la socialización implicaba intervención, ante todo, en la trama económico-industrial, con posibles fines democratizadores. La promesa de esos fines pronto quedó incumplida por los mismos que la habían lanzado. Y tras su evaporación ha podido verse una curiosa e inesperada presencia

(138) LEGAZ LACAMBRA, *Introducción*, cit., pp. 198-9.

continúa en toda nuestra trayectoria: la de la doctrina ordoliberal, que conciliaba derecho y economía con fines de optimización capitalista y que inspiró la fisonomía del Estado nacionalsindicalista, del Estado católico-social y del Estado social y democrático de 1978.

BLAKE EMERSON (*)

THE ADMINISTRATION OF CONSTITUTIONAL
CONFLICT: STRUCTURAL TRANSFORMATIONS
IN AMERICAN PUBLIC LAW, 1877-1946

1. Introduction. — 2. From Public Power vs. Private Rights to the Legislation of Public Rights. — 2.1. The Binary of Public and Private. — 2.2. Pressing on the Binary: The Breadth of Public « Interest » in Private Property. — 2.3. The Public Interest as Legislated Public Opinion. — 2.4. The Legislation (and Administration) of Rights. — 3. From Judicial Common Law vs. Legislation to Administrative Policymaking. — 3.1. Common Law Adjudication Against Popular Legislation. — 3.2. Administrative Fact-Finding and the Mediation of Adjudicative and Legislative Power. — 3.3. From « Bi-Polar » Review to Reasonableness. — 3.3. The « Knife of Policy » Cuts Both Ways: From Judicial to Administrative Statutory Interpretation. — 3.4. The Lacuna of Presidential Power: Executive Authority over Administration. — 4. Conclusion: Micro-Constitutionalism and the Paradox of Administrative Legitimacy.

1. *Introduction.*

The contemporary American welfare state is constituted by law. Administrative agencies act on the basis of statutory authority, through binding rules and adjudications, and under the supervision of judicial review. But the law that constitutes the state has also been reconstituted by it. As judges and legal scholars have reckoned with the expansion of centralized administrative power, they have refashioned an existing legal discourse both to accommodate and to constrain the regulatory impulse. American public law has therefore been molded in productive friction with the rise of administrative government.

This transformation in public law went through two phases

(*) J.D., Yale Law School; Ph. D. (political science), Yale University. Research Fellow, Administrative Conference of the United States. The views expressed in this article do not reflect those of the Administrative Conference or the Federal Government.

between the emergence and consolidation of the administrative state, from the 1870s to the 1940s. The first phase was marked by binary legal frameworks: Individual rights versus police powers, legislation versus adjudication, and judicial interpretation of law versus administrative finding of fact. These binaries, however, in each case included a liminal legal situation where both sides of the opposition were at play. These were cases where property was affected with the public interest, where administrative agencies held both quasi-legislative and quasi-judicial powers, and where questions of fact were mixed with questions of law. These compromised situations became a central category in the second phase, as rights emerged from and were conditioned by statutory law; adjudicative determinations by administrative bodies were used and treated as exercises in policymaking; and matters of law were settled with deference to expert factual determinations of public authorities. The mutual constitution of law and the state thus yielded an administrative law which internalized and relativized external legal controls. Just as the European public sphere underwent a « structural transformation » (1), in which the state increasingly penetrated into the civil society that had previously regulated it, American public law underwent a parallel development: The sharp dividing line between public authority and private right, and between legislative and judicial power, was displaced and replicated within administrative procedure.

This conceptual history of public law in the United States enters into a perennial debate on the legitimacy of the American administrative state (2). Some scholars argue that the delegation of rulemaking and adjudicatory power to administrative bodies is illegitimate — a categorical breach of the constitutional principles of

(1) Jürgen HABERMAS, *Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, trans. Thomas Burger, Cambridge, MA, MIT Press, 1991, pp. 141-235.

(2) Seminaly, James O. FREEMAN, *Crisis and Legitimacy: The Administrative Process and American Government*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1978.

the separation of powers and due process of law ⁽³⁾. Many others argue that the administrative state is constitutionally sound, but their grounds for this conclusion vary widely. At one extreme, some maintain that the administrative state has absorbed legal procedures and values that secure its legitimacy ⁽⁴⁾. At the other, some maintain that the administrative state has abandoned legality for discretion, but that liberal constitutional structures themselves require and justify this result ⁽⁵⁾. I argue that administrative law has indeed internalized constitutional norms, and that it is precisely the absorption of such norms that leaves the legitimacy of the administrative state chronically open to question ⁽⁶⁾. Seemingly irresolvable conflicts between public and private rights, and judicial versus legislative models of legality, have been replicated in microcosm at the level of administrative procedure. The administrative state is therefore perpetually vulnerable to the charge that it violates on or another fundamental norm, precisely because those normative tensions are instinct in the very structure of administrative action.

The American state's jurisdiction extends over nearly the entirety of social (and natural) life. It purchases this pervasive power by conditioning its exercise on procedures that replicate, in minia-

⁽³⁾ Gary LAWSON, *The Rise and Rise of the Administrative State*, in « Harvard Law Review », 107 (1994), 6, pp. 1231-54; Philip HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, New York, Columbia University Press, 2014.

⁽⁴⁾ Jerry MASHAW, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, New Haven, Yale University Press, 1985; Daniel ERNST, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, New York, Oxford University Press, 2014; Jon MICHAELS, *An Enduring, Evolving Separation of Powers*, in « Columbia Law Review », 115 (2015), 3, pp. 515-97.

⁽⁵⁾ Adrian VERMEULE, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2016.

⁽⁶⁾ By « legitimacy », I mean the belief of affected parties that binding orders are well justified according to shared principles. See, Max WEBER, *Economic and Society*, vol. 1, Guenther Roth and Claus Wittich eds., Berkeley, CA, California University Press, 1968 [1978], p. 31; Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, trans. Thomas McCarthy, Boston, Beacon Press, 1975, pp. 97-110. My understanding of the current legitimation crisis in administrative law is institutionally broader and sociologically narrower than that presented in Jeremy KESSLER, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, in « Harvard Law Review », 129 (2016), pp. 718-773, reviewing ERNST, *Tocqueville's Nightmare*, cit. See below, p. 413.

ture, the great constitutional struggles between private rights and public right, legislative and judicial prerogatives, and legal rules and social facts. Administrative law then becomes a site of political conflict that is less visible but no less significant for daily life than constitutional court decisions or landmark legislation. The relativization of constitutional binaries within administrative procedure therefore does not definitively resolve the crisis of legitimacy that attended the precipitous growth of administrative power in the twentieth century. Every exercise of administrative power is a potential occasion for constitutional conflict, because such conflict has been etched into the framework in which those administrative powers are exercised.

2. *From Public Power vs. Private Rights to the Legislation of Public Rights.*

2.1. *The Binary of Public and Private.*

The recognizably modern welfare state did not emerge from a legal vacuum. Throughout the nineteenth century, states and localities exercised a broad range of « police powers », related to public health, morals, and economic regulation. This system did not mark an absolute separation between the spheres of individual right and public power. Rather, rights were part of the maintenance of a « well-regulated society », controlled predominantly by local communities, rather than the federal government (7). The first three quarters of the nineteenth century nonetheless remain a prehistory of the American administrative state. There was in this period little national legal intervention into economy and society (8), with notable exceptions like the Patent Office, grant of title in the new

(7) William J. NOVAK, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth Century America*, Chapel Hill, NC, London, North Carolina University Press, 1996.

(8) Stephen SKOWRONEK, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1983, pp. 19-36.

territories, customs collection, and steamboat regulation ⁽⁹⁾. Most regulation was a matter of state and local discretion, rather than federal control. The states came before the state.

The Civil War and its aftermath set the stage for the emergence of federal regulatory law. Union victory firmly established national sovereignty over the states. The Fourteenth Amendment gave legal effect to this supremacy in 1868, providing that no state could « deprive any person of life, liberty, or property without due process of law » (U.S. Const. amend. XIV, § 1). Though the Amendment arose out of a concern to protect the rights of freed African American in the wake of the war, with the compromise of 1877 and the end of Reconstruction, the courts redeployed the Fourteenth Amendment to delimit the economic police powers of the states ⁽¹⁰⁾. In *Munn v. Illinois* (1877), the Court upheld the constitutionality of a state law regulating rates for grain storage. In so doing it set up a dichotomy between constitutionally permissible police powers and a sphere of private property and contract outside of the bounds of public control:

When one becomes a member of society, he necessarily parts with some rights or privileges which, as an individual not affected by his relations to others, he might retain. [...] This does not confer power upon the whole people to control rights which are purely and exclusively private, but it does authorize the establishment of laws requiring each citizen to so conduct himself, and so use his own property, as not unnecessarily to injure another ⁽¹¹⁾.

The Court here endorsed a social contract model of governmental authority, positing that individuals had certain natural rights which they would retain even after entering into society. But property « affected by a public interest », such as the « virtual monopoly » held by

⁽⁹⁾ Jerry MASHAW, *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, CT, Yale University Press, 2012; Gautham RAO, *National Duties: Customs Houses and the Making of the American State*, Chicago, Chicago University Press, 2016.

⁽¹⁰⁾ Laura F. EDWARD, *A Legal History of the Civil War and Reconstruction: A Nation of Rights*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2015, pp. 170-2.

⁽¹¹⁾ 94 U.S. 113, 125 (1877).

the owners of the grain elevators at issue, could be regulated by the state in order to maintain the public's « interest in [...] use » (12).

The Court's framing of the issue created a cleavage between certain pre-political, « private » rights retained by the individual, and rights which had been conferred to the sovereign authority to ensure the harmony between those private rights. This binary legal discourse between public power and individual rights pitted the citizen against the state. Rigorous judicial defense of individual rights served as a « quid pro quo » for the vast expansion of regulatory power (13). In the ensuing decades, the Court would constrain the exercise of the police power, delimiting what property fell within its ambit, as well as the fairness of regulations on such property (14). This form of « guardian review » attempted to distinguish constitutional police regulation relating to public health and welfare from unconstitutional infringements upon the vested property and contractual rights of individuals (15).

It is difficult to discern from the case law any categorical principle that would determine the permissible reach of public power. Rather, judicial reasoning turned on context-specific factors such as the subject-matter of regulation, the persons affected by it, and the broader social, political, and economic circumstances. The Court was, in the words of Justice Taft, « laboriously engaged in pricking out a line » between police powers and individual rights (16). The majority of the Court was particularly sensitive in this era to the governmental regulation of labor relationships, such as limitations on hours worked, on the theory that employment contracts were encompassed within the property rights protected by the Fourteenth Amendment. In the landmark case of the period, *Loch-*

(12) Ibid., 126, 128.

(13) William J. NOVAK, *Legal Origins of the Modern American State*, in *Looking Back at Law's Century*, Austin Sarat, Bryant Garth, and Robert Kagan, eds., Ithaca, NY, Cornell University Press, 2002, pp. 249-83, 265.

(14) Owen M. FISS, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1993, pp. 101-222.

(15) G. Edward WHITE, *Law in American History, Volume II: From Reconstruction Through the 1920s*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 379.

(16) *Adkins v. Children's Hosp. of the D.C.*, 261 U.S. 525, 562 (1923) (Taft, J., dissenting).

ner v. New York (1905), the Court struck down a New York state limitation on hours worked by bakers ⁽¹⁷⁾. It found that the law was not adequately justified by purported health concerns, which it found to be merely a pretext for a more insidious political purpose. The Court, supported by intellectual proponents of *laissez faire*, like William Sumner and Herbert Spencer, worried that the legislation at issue was not an appropriate exercise of police powers, but rather an impermissible form of « class legislation », which used « the power of government for the benefit of a particular group at the expense of the rest of society » ⁽¹⁸⁾.

2.2. *Pressing on the Binary: The Breadth of Public « Interest » in Private Property.*

Despite the Court's stringent review of social legislation, between 1887 and 1911 many more regulatory statutes were sustained than struck down under the due process and equal protection clauses of the Fourteenth Amendment ⁽¹⁹⁾. Among the grounds most prominent in sustaining social legislation in the next decade was that the property in question was, as the Court had found in *Munn*, « affected with the public interest ». Property so encumbered by public rights lay within the purview of governmental control, whereas purely private property within the ill-defined sphere of everyday life was held immune from such encroachments ⁽²⁰⁾. Thus, in *Wilson v. New* (1918), the Court sustained a federal law mandating an 8-hour work day for employers of an interstate carrier: « there is no question here of purely private right since the law is concerned only with those who are engaged in a business charged with a public interest [...] which we have seen comes under the control of the right to regulate to the extent that the power to do so is appropriate or

⁽¹⁷⁾ 198 U.S. 45 (1905).

⁽¹⁸⁾ Michael LES BENEDICT, *Laissez Faire and Liberty: A Re-evaluation of the Meaning and Origins of Laissez Faire Constitutionalism*, in « Law and History Review », 3 (1985), 2, pp. 293-331, 305.

⁽¹⁹⁾ Charles WARREN, *The Progressiveness of the United States Supreme Court*, in « Columbia Law Review », 13 (1913), 4, pp. 294-313.

⁽²⁰⁾ Robert POST, *Defending the Lifeworld: Substantive Due Process in the Taft Court Era*, in « Boston University Law Review », 78 (1998), pp. 1490-1544, 1505.

relevant to the business regulated » (21). Property became affected with a public interest, Justice Taft explained in another case, « when the public becomes so peculiarly dependent upon a particular business that one engaging therein subjects himself to a more intimate public regulation » (22). When the operation of private property worked significantly to undermine or otherwise affect the welfare of the community at large, it lay within the purview of the government to supervise its disposition.

The composite category of private property affected with the public interest, which had since *Munn* constituted the very opposition between police power and individual rights, created an opening for critics of this binary. The category encompassed state and federal public utility commissions — one of the main avenues of administrative expansion in the late-nineteenth and early-twentieth century, and a staple of Progressive legal and economic thought (23). The public utility concept was significant because it was thought to expose the fallacies of a categorical demarcation between coercive governmental police powers and supposedly free contractual relations. All property might be thought of as « affected with the public interest », and therefore subject to governmental regulation, since the law of « private » property in fact delegated coercive power to the owner over others who would benefit from the use of the property. As legal scholar Robert Hale argued, « There is scarcely a single advantage possessed by a business affected with a public use which cannot be matched in the case of some unregulated concern » (24). The notion of public affectation therefore opened a gateway to a more systematic and self-conscious governmental supervision of the economy. In public utility regulation, Hale observed, « we are experimenting with a legal curb on the power of

(21) *Wilson v. New*, 243 U.S. 332, 353 (1918).

(22) *Wolf Packing Co v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923).

(23) Barbara H. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Cambridge, MA Harvard University Press, 1998, pp. 160-1.

(24) Robert HALE, *Rate Making and the Revision of the Property Concept*, in « *Columbia Law Review* », 22 (1929), pp. 209-217, 212.

property owners », which might very well « serve as a model, wherever applicable, for the revision of property rights » (25).

2.3. *The Public Interest as Legislated Public Opinion.*

Such arguments about the ubiquity of coercion, and the functional equivalencies between public utilities and nominally private property, went hand-in-hand with a democratic re-conception of the reach of the police power. Justice Holmes argued that « the notion that a business is clothed with a public interest and has been devoted to the public use is little more than a fiction intended to beautify what is disagreeable to the sufferers. The truth seems to me to be that, subject to compensation when compensation is due, the Legislature may forbid or restrict any business when it has a sufficient force of public opinion behind it » (26). Endorsing the Progressive political theory that enshrined public opinion as the normative core of democracy (27), Holmes and the legal realists sought to turn the « public interest » from an objective into an intersubjective determination. Public opinion, in the form of legislation, would be the arbiter of the extent of the police power, with only the constitutional rule against uncompensated « takings » providing a limit on regulations that went « too far » in destructing vested rights (28). The vagueness of this boundary betrayed judicial retreat from any a priori distinction between private and public spheres.

The police power, on this theory, extended nearly as far as the voting public believed it ought to. Property affected with the public interest could therefore extend beyond clearly defined legal categories like public utilities and common carriers into an indefinitely extensive domain of properties in which the people found their welfare implicated. The legal term of art, « interest in use », which referred to common law rights to take advantage of property, was

(25) *Ibid.*, p. 213.

(26) *Tyson & Bro.-United Theatre Ticket Offices v. Banton*, 273 U.S. 418, 446 (1927) (Holmes, J., dissenting).

(27) Eldon EISENACH, *The Lost Promise of Progressivism*, Lawrence, KS, University Press of Kansas, 1994, pp. 74-103.

(28) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922).

transformed into a more subjective public « interest » in how the property held by one person might impact others. The same conversion from legal concept to subjective belief applied to contractual regulation. As Professor Thomas Reed Powell argued, « the wage relation is a subject of public concern and that, therefore, the field in which minimum wage legislation operates is a proper field of government activity » (29).

In the following decade, in the midst of the Great Depression, this democratic expansion of the public utility concept would allow for the universal application of the « affected with the public interest » doctrine. In *Nebbia v. New York*, the Court held that the State could regulate milk prices even though the milk industry did not share the formal properties public utilities: « So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy, or, when it is declared by the legislature, to override it » (30). *Nebbia* followed in the spirit of the New Deal constitutional revolution, in which the Court largely abandoned the public-private distinction, leaving the determination of the scope of public interest to legislative determination (31).

2.4. *The Legislation (and Administration) of Rights.*

We have seen that individual rights in the first three decades of the twentieth century were treated by the courts as a boundary upon the exercise of legislative power. But with the extension of the domain of legislative power ever deeper into the reaches of social and economic organization, rights reemerged as a product of legislative will. With the enactment of the National Labor Relations Act in 1935, Congress entered the domain of employment contracts,

(29) Thomas Reed POWELL, *The Judiciality of Minimum Wage Legislation*, in « Harvard Law Review », 37 (1924), 5, pp. 545-73, 556.

(30) *Nebbia v. People of N.Y.*, 291 U.S. 502 (1934).

(31) Barry CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 73.

providing employees with the « right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection »⁽³²⁾. The Act was implemented « through the employment of a peculiarly legal discourse », relying on adjudicative procedures to legitimate its otherwise path-breaking bureaucratic management of the labor market⁽³³⁾.

The Court labeled the rights protected by the National Labor Relations Board « public rights », rather than private rights, meaning that they were statutory rights created to further public interests, rather than rights that merely arose out of and were delimited by employment contracts⁽³⁴⁾. Such rights were relativized in relation to the purposes of the Act as a whole, such as equalizing bargaining power and preventing industrial strife. As Professor Louis Jaffe observed, however, « there is no clear and shining line between so-called private rights enforced by individual litigants and so-called public rights enforced by an agency like the National Labor Relations Board »⁽³⁵⁾. In an age where statutory provisions increasingly displaced common law entitlements, both « public » and « private » rights were largely the product of « deliberate legislative decision »⁽³⁶⁾.

Contract law during the New Deal was also internalized into the administration of the Agricultural Adjustment Act 1933 (AAA). Under the leadership of General Counsel Jerome Frank, reformist lawyers trained by Felix Frankfurter and Thomas Reed Powell negotiated agricultural marketing agreements between producers,

⁽³²⁾ National Labor Relations Act § 1, Pub. L. No. 74-198, 49 Stat. 449 (1935), 29 U.S.C. § 157 (2012).

⁽³³⁾ Christopher L. TOMLINS, *The State and the Unions: Labor Relations, Law, and the Organized Labor Movement in America, 1880-1960*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1985, p. 154.

⁽³⁴⁾ National Licorice Co. v. N.L.R.B., 309 U.S. 350, 361-4 (1940).

⁽³⁵⁾ Louis L. JAFFE, *The Public Right Dogma in Labor Board Cases*, in « Harvard Law Review », 59 (1946), 5, pp. 720-45, 720.

⁽³⁶⁾ Ibid.

processors, and handlers to stabilize prices ⁽³⁷⁾. Lawyers in the Agricultural Adjustment Administration thus repurposed the raw material of contractual law into a managerial instrument. Though the Act would be invalidated by the Supreme Court in 1936 as a violation of principles of federalism and an impermissible use of the taxing power ⁽³⁸⁾, the AAA experiment nonetheless shows the ways in which the mid-century welfare state internalized what had been considered private rights, and conscripted them into the service of legislative purposes.

A similar dynamic took place in the implementation of public assistance payments under the Social Security Act of 1935. As Karen Tani observes, the Act came into being at a time when « the legal landscape abounded with new forms of government services and benefits, which confounded the traditional boundaries between ‘public rights’ and ‘private rights’, gratuities and entitlements, rights and privileges » ⁽³⁹⁾. Social Security Administration lawyers determined that individuals had a right to secure the welfare benefits provided for by legislation if they met the relevant statutory criteria. Welfare benefits then came to be treated, by the agency, and eventually by the courts, as an entitlement which could not be taken away without due process of law, including an administrative hearing ⁽⁴⁰⁾.

This procedural understanding of welfare entitlements was contested by non-lawyers within the agency, who insisted upon a more categorical, even natural, conception of an individual’s right to subsistence. The lawyers’ procedural conception, however, better comported than this substantive view with the relativized conception of rights in the New Deal state. Rights could no longer be considered as natural entitlements of persons, irrespective of governmental capacity or statutory authority. Rights were instead adjunct to public purposes expressed in legislation. As Professor James

⁽³⁷⁾ Peter H. IRONS, *The New Deal Lawyers*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1982, p. 120.

⁽³⁸⁾ United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936).

⁽³⁹⁾ Karen M. TANEY, *States of Dependency: Welfare, Rights, and American Governance, 1935-72*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2016, p. 65.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, pp. 91-6.

Landis observed in his seminal lectures, *The Administrative Process*, « The ultimate test of the administrative is the policy that it formulates; not the fairness as between the parties of the disposition of controversy on a record of their own making » (41). Procedural fairness would persist as a crucial bulwark against administrative arbitrariness, but the primary function of such procedures would be to achieve legislative goals, rather than to protect individuals from the reach of those goals. Rights would arise from and be delimited by the legislative expression of public opinion, and the articulation of that statutory purpose through administrative procedure. The mediating role of administrative agencies between legislative policy and the adjudication of rights would arise at the interstices of another binary — that between legislation and adjudication.

3. *From Judicial Common Law vs. Legislation to Administrative Policymaking.*

3.1. *Common Law Adjudication Against Popular Legislation.*

At the same time as the due process cases between the 1870s and 1920s pitted public police powers against private individual rights, they also highlighted jurisdictional conflict between the legislatures against the courts, both at the federal and state level. The trend in social legislation that aimed to alter labor relationships away from common law baselines triggered the judiciary to defend individual rights of property and contract against popular encroachment. Courts sought to constrain legislative power by interpreting statutes in derogation of common law strictly, and by interpreting the text of statutes not to conflict with the Court's understanding of their « spirit » (42). In the first decade of the twentieth century, Professor Roscoe Pound criticized these judicial practices as « spu-

(41) James LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, Yale University Press, 1938, p. 31.

(42) *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 459 (1892).

rious interpretation », the effort to « make, unmake, or remake, and not merely discover » statutory meaning ⁽⁴³⁾. He noted that

The proposition that statutes in derogation of the common law are to be construed strictly [...] assumes that legislation is something to be deprecated. As no statute of any consequence dealing with any relation of private law can be anything but in derogation of the common law, the social reformer and the legal reformer, under this doctrine, must always face the situation that the legislative act which represents the fruit of their labors will find no sympathy in those who apply it, will be construed strictly, and will be made to interfere with the status quo as little as possible ⁽⁴⁴⁾.

Positioned reactively to respond to conflicts concerning private rights, the Courts used tools of strict construction to ensure that the reformist efforts did not disturb the analogical-rational fabric of the common law of property, contract, and tort.

Pound also worried, however, that delegation by the legislative authorities to administrative agencies was simultaneously undermining legitimate due process principles ⁽⁴⁵⁾. By creating administrative commissions with discretion implement social legislation, legislatures were both quitting their legislative responsibilities to set clear statutory rules, and depriving individuals or their rights to judicial hearings: « As the sins of the judicial department are compelling an era of executive justice, the sins of popular and legislative lawmaking are threatening to compel a return to an era of judicial lawmaking. Both are out of place in the modern state » ⁽⁴⁶⁾.

3.2. *Administrative Fact-Finding and the Mediation of Adjudicative and Legislative Power.*

Pound was right to see the rise of the administrative agency as a crucial pivot point in the contest between the judicial adjudication and legislative lawmaking. But time would prove him wrong, as a

⁽⁴³⁾ Roscoe POUND, *Spurious Interpretation*, in « Columbia Law Review », 7 (1907), 6, pp. 379-86.

⁽⁴⁴⁾ Roscoe POUND, *Common Law and Legislation*, in « Harvard Law Review », 27 (1908), 6, pp. 383-407, 387.

⁽⁴⁵⁾ Roscoe POUND, *Executive Justice*, in « American Law Register », 55 (1907), 3, pp. 137-46.

⁽⁴⁶⁾ POUND, *Spurious Interpretation*, cit., p. 386.

descriptive matter, that a certain form of « executive justice » would be « out of place in the modern state ». The conflict between the legislature and the judiciary played out in federal regulatory law first in the struggles over the Interstate Commerce Act of 1887. The Act was passed in response to popular pressure for railroad regulation, railroad interests in protection from competition, as well as the Supreme Court's decision in *Wabash v. St. Louis & Pacific Ry. Co. v. Illinois* (1886) ⁽⁴⁷⁾, which invalidated an Illinois statute regulating price discrimination by railroads ⁽⁴⁸⁾. The Act introduced federal rules against price discrimination and pooling of freights in the railroad industry, and established an Interstate Commerce Commission (ICC) with authority to investigate complaints alleging violations of the Act.

The Act provided that the Commission's « findings of fact » would constitute « prima facie evidence » in judicial proceedings to enforce the Commission's cease and desist orders ⁽⁴⁹⁾. But the Court refused to defer to the Commission's findings ⁽⁵⁰⁾. It rejected the Commission's interpretation of unjust discrimination ⁽⁵¹⁾, its rules on long- and short haul determination ⁽⁵²⁾, and found it did not have final authority to prescribe rates ⁽⁵³⁾. This judicial hostility to the Commission was born out of « the fusion of ideological and institutional imperialism that took hold of the court in the 1890s » ⁽⁵⁴⁾.

Congress responded with the Hepburn Act of 1906, which explicitly empowered the Commission to regulate rates and stated that Commission orders would automatically go into effect within 30 days, unless a reviewing court enjoined the order ⁽⁵⁵⁾. Though the

⁽⁴⁷⁾ 118 U.S. 557 (1886).

⁽⁴⁸⁾ Elizabeth SANDERS, *Roots of Reform: Farmers, Workers, and the American State, 1877-1917*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, pp. 179-85.

⁽⁴⁹⁾ An Act to Regulate Commerce (Interstate Commerce Act) §§ 14, 16, Sess. 1, ch. 103, 24 Stat. 379, 384-5 (Feb. 4, 1887).

⁽⁵⁰⁾ SKOWRONEK, *Building e New American State* cit., pp. 154-5.

⁽⁵¹⁾ Import Rate Case, 162 U.S. 197 (1896).

⁽⁵²⁾ ICC v. Alabama Midland Ry. Co., 168 U.S. 144 (1897).

⁽⁵³⁾ ICC v. Cincinnati, New Orleans & Tex. Pac. Ry. Co., 167 U.S. 47 (1897).

⁽⁵⁴⁾ SKOWRONEK, *Building a New American State*, cit., p. 152.

⁽⁵⁵⁾ An Act to Regulate Commerce (Hepburn Act) §§ 4, 6, Sess. 1, ch. 3591, 34 Stat. 584, 589, 592 (1906).

Act did not provide for a standard of review, the Court retreated from its previous *de novo* review of Commission findings. In *ICC v. Illinois Central Railroad Co.*, the Court held that review would be limited to « all relevant questions of constitutional power or right; (b) all pertinent questions as to whether the administrative order is within the scope of the delegated authority under which it purports to have been made; and (c) [...] whether [...] the exertion of authority which is questioned has been manifested in such an unreasonable manner as to cause it » to be unlawful ⁽⁵⁶⁾. The Court emphasized that it could not « under the guise of exerting judicial power, usurp merely administrative functions by setting aside a lawful administrative order upon our conception as to whether the administrative power has been wisely exercised » ⁽⁵⁷⁾.

The Court thus limited its *de novo* review to pure questions of law, exercising a more limited review of questions of fact to ensure that they were based on the evidentiary record. When it came to « mixed questions of law in fact », the Court held in a subsequent case,

The findings of the Commission are made by law *prima facie* true, and this court has ascribed to them the strength due to the judgments of a tribunal appointed by law and informed by experience. Its conclusion, of course, is subject to review, but, when supported by evidence, is accepted as final; not that its decision, involving, as it does, so many and such vast public interests, can be supported by a mere scintilla of proof, but the courts will not examine the facts further than to determine whether there was substantial evidence to sustain the order ⁽⁵⁸⁾.

This composite category of « mixed questions of law and fact » created an opening in which the allocation of governing authority between the judiciary and the administrative agency could become unstable and contestable. The porous « substantial evidence » standard enabled agencies to exercise some policymaking authority, while remaining under the supervision of the judiciary.

⁽⁵⁶⁾ *Interstate Commerce Comm'n v. Illinois Cent. R. Co.*, 215 U.S. 452, 470 (1910).

⁽⁵⁷⁾ *Id.*

⁽⁵⁸⁾ *I.C.C. v. Union Pac. R. Co.*, 222 U.S. 541, 547-48 (1912).

3.3. *From « Bi-Polar » Review to Reasonableness.*

The Court in the ICC cases adopted an « appellate review model » of administrative action, borrowing common law standards for appellate courts' review of jury verdicts ⁽⁵⁹⁾. This was a turn away from what the nineteenth century's « bi-polar » practice of administrative law, where judicial control of administration was only available either in the extremely limited form of the prerogative writs, or, where applicable, *de novo* review in common law actions for damages against public officials ⁽⁶⁰⁾. While this model subjected public officials to liability, if common law pleading requirements could be met, it left a great deal of administrative action unreviewable. As the administrative state intruded into the very center of the national economy, the conflict between the Court and Congress yielded an intermediate standard of review that would govern the zone of administrative discretion not fully covered by extraordinary and common law writs. The courts would retain primary authority on any pure question of law, but defer to the agency's fact finding, and its conclusions of law based on those findings, if supported by substantial evidence. The common-law distinction between questions of law for the court and fact for the jury was thus repurposed to divide the labor between court and agency. In this way, the direct conflict between statutory legislation and common law adjudication was redirected into a hybrid form of lawmaking, with agency and court struggling to determine the meaning of legislative policy across the uncertain divide between law and fact.

The divergent records of the ICC and the Federal Trade Commission (FTC) show the importance of administrative reasoning in this new era of appellate review. The Federal Trade Commission was formally subject to the same judicial review regime as the ICC. Courts would settle pure questions of law, such as the meaning of « unfair method of competition » *de novo*, while the findings of fact were by statutory provision meant to be « conclu-

⁽⁵⁹⁾ Thomas W. MERRILL, *Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model*, in « Columbia Law Review », 111 (2011), 5, pp. 939-1003.

⁽⁶⁰⁾ Jerry MASHAW, *Creating the Administrative Constitution: The Lost 100 Years of American Administrative Law*, New Haven, Yale University Press, 2012, pp. 65-78.

sive » ⁽⁶¹⁾. In practice, however, the Court repeatedly reversed the determinations of the FTC by refining the meaning of unfair competition ⁽⁶²⁾. In a study that was lauded by Felix Franfurter and Roscoe Pound ⁽⁶³⁾, Gerald C. Henderson concluded that the FTC met with greater judicial resistance than the ICC because of its failure to provide reasoned explanations for its findings:

The expert judgment of the Interstate Commerce Commission is [...] respected by the courts, and the only reason I can think of for not giving the same treatment to the findings of the Federal Trade Commission is that it is difficult to tell from the great majority of the findings that the Commission has ever exercised an expert judgment, since the reason for the decisions are never given ⁽⁶⁴⁾.

Deferential review of findings of fact required agencies to present an evidentiary record, and explain how they drew conclusions from that record. Courts could then evaluate whether administrative conclusions were well-supported and well-reasoned.

The law-fact distinction enabled the judiciary to police the work of state public utility commissions for infringements of rights of property and contract, without determining for themselves the balance of the evidence regarding the reasonableness of rates ⁽⁶⁵⁾. The due process analysis for legislation thus translated into a formally deferential review of the factual record that supported the commission's decision. As the Court stated in *New York v. McGall* (1917), « This court will [...] enter upon such an examination of the record as may be necessary to determine whether the federal constitutional right claimed has been denied, as, in this case, whether there was such a want of hearing or such arbitrary or capricious action on the part of the Commission as to violate the due process

⁽⁶¹⁾ *FTC v. Gratz*, 253 U.S. 421 (1920); Federal Trade Commission Act 1914 § 5, Sess. 2, ch. 311, 38 Stat. 717, 720 (1914), 15 U.S.C. § 45 (2012).

⁽⁶²⁾ MERRILL, *Origins of Appellate Review*, cit., pp. 970-2.

⁽⁶³⁾ Daniel ERNST, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1945*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 21-2.

⁽⁶⁴⁾ Gerald C. HENDERSON, *The Federal Trade Commission: A Study in Administrative Law and Procedure*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 337.

⁽⁶⁵⁾ John DICKINSON, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1927, pp. 176-84. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire*, cit., pp. 187-88.

clause of the Constitution » (66). This jurisprudence was nonetheless highly inconsistent, as in some cases the courts would send back commission determinations for full and independent judicial review of the factual record (67). The triumph of the law-fact formality at the federal level therefore did not dispel the conflict between legislative prerogatives and the constitutional understandings of the federal courts.

3.3. *The « Knife of Policy » Cuts Both Ways: From Judicial to Administrative Statutory Interpretation.*

In his seminal 1923 treatise on administrative law, Professor John Dickinson observed:

In truth, the distinction between ‘questions of law’ and ‘questions of fact’ really gives little help in determining how far the courts will review; and for the good reason that there is no fixed distinction. They are not two mutually exclusive kinds of questions, based upon a difference of subject matter. Matters of law grow downward into roots of fact, and matters of fact reach upward, without a break, into matters of law. The knife of policy alone effects an artificial cleavage at the point where the court chooses to draw the line between public interest and private right (68).

The law-fact distinction, which displaced the conflict between legislation and adjudication onto the terrain of administrative law, never settled the distribution of power between courts and agencies in any stable fashion. It rather provided a rhetoric in which courts could acknowledge the legitimacy of legislative allocations of political power, without abdicating their ability to step in and reverse the determinations of legislative agents when they saw fit. This observation placed Dickinson firmly among the ranks of legal-realist New Dealers like Thurmon Arnold and James Landis, who rejected the formal boundaries of public and private, and embraced administrative power as an instrument of democratic will (69).

(66) *People of State of New York ex rel. New York & Queens Gas Co. v. McCall*, 245 U.S. 345, 348-49 (1917).

(67) See, e.g. *Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough*, 253 U.S. 287 (1920).

(68) DICKINSON, *Administrative Justice*, cit., p. 55.

(69) Robert GORDON, *Willis's American Counterparts: The Legal Realist Defense of Administration*, in « *University of Toronto Law Journal* », 55 (2005), pp. 405-425.

Whereas Landis was generally skeptical of the utility of judicial scrutiny of the administrative process ⁽⁷⁰⁾, however, Dickinson maintained that the judiciary nonetheless had an important role to play in preserving the « supremacy of law » in the new administrative state:

While it must be admitted that the shifting complex of human relations call for an ever-changing course of conduct on the part of governments as well as individuals [...] it is equally true that the more intricate and mobile a field of human relations is, the more it needs to be reduced to order if healthy individual and social growth is to have room to go on; and order demands the maintenance of some fixed points of permanence and stability ⁽⁷¹⁾.

Dickinson's plea for « fixed points » was somewhat at odds with his recognition that the knife of policy alone could distinguish administrative from judicial tasks. He would have to find legal stability, not in substantive limitations on administrative authority, but in procedural formality. As he observed in the context of police regulation, « [t]he really critical point [...] is to guarantee individuals affected proper notice and hearing in the course of administrative proceedings » ⁽⁷²⁾. Courts could then calibrate their review of agency determinations to the procedural protections the agency had accorded in its own decision-making.

Dickinson's proposal would prove influential in one of the landmark administrative law cases of the early 1930s: *Crowell v. Benson* (1932) ⁽⁷³⁾. In *Crowell*, Chief Justice Hughes upheld the constitutionality of administrative fact-finding in a federal worker's compensation program. Comparable worker's compensation commissions at the state level were a staple of progressive labor reforms, through which lawyers « carved out a space for administrative law judges in relation to state and federal jury trial rights, in relation to common law judges in the states, and in relation to federal judges » ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁰⁾ LANDIS, *The Administrative Process*, cit., pp. 123-56.

⁽⁷¹⁾ DICKINSON, *Administrative Justice*, cit., p. 31.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, p. 260.

⁽⁷³⁾ 285 U.S. 22 (1932).

⁽⁷⁴⁾ John Fabian WITT, *The Accidental Republic: Crippled Workingmen, Destitute Widows, and the Remaking of American Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press 2004), 189.

While allowing independent administrative fact-finding, the Court in *Crowell* attempted to preserve a limited fact-finding role for courts. Justice Hughes reserved to the judiciary the responsibility independently to determine « jurisdictional facts » (75), meaning, in this case, those facts which established Congress' constitutional authority to regulate the persons and activities in question. Dickinson's discussion of jurisdictional facts in *Administrative justice* arguably influenced the majority opinion (76), but more important is his explicit citation by Justice Brandeis in his dissent. Brandeis cited Dickinson's discussion of state workmen's compensation commissions' relatively robust notice and hearing procedures relative to other administrative bodies' « summary » procedures (77). In that discussion, Dickinson criticized the jurisdictional fact doctrine as applied to agencies with such adjudicative procedures. He argued that, if agencies had provided sufficient notice and a hearing to affected persons, courts should defer to any agency factual determination that was supported by substantial evidence (78). Brandeis relied on Dickinson to argue that because the federal legislative scheme at issue did not « subject the individual to the uncontrolled action of a public administrative officer », independent judicial determination of jurisdictional facts was unwarranted (79).

Dickinson and Brandeis' insistence on the connections between internal administrative due process and judicial deference anticipated the trajectory of administrative law during the New Deal. As Daniel Ernst argues, the conflicts between the Roosevelt administration and the Supreme Court yielded a settlement: « administrators would follow procedures, including findings of fact on a record, that allowed private parties to contest an agency's actions and to permit courts to make sure that it had acted within statutory and constitutional limits » (80). *Crowell's* concept of jurisdictional

(75) 285 U.S. at 55-6.

(76) MERRILL, *Appellate Review*, cit., p. 977.

(77) 285 U.S. at 89 n 55 (Brandeis, J., dissenting) (citing DICKINSON, *Administrative Justice*, cit., pp. 260-1).

(78) DICKINSON, *Administrative Justice*, cit., pp. 260.

(79) *Ibid.*, p. 90.

(80) ERNST, *Tocqueville's Nightmare*, cit., p. 69.

facts would fall by the wayside as legislation erected sufficient procedural protections to allow judicial deference to agency fact-finding ⁽⁸¹⁾. For example, in upholding the constitutionality of administrative adjudication by the National Labor Relations Board in *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937), the Court emphasized that « [t]he Act establishes standards to which the Board must conform. There must be a complaint, notice, and a hearing. The Board must receive evidence and make findings. The findings as to the facts are to be conclusive, but only if supported by evidence » ⁽⁸²⁾. The Court buttressed legislative protections by applying a plastic standard — the « fundamental requirements of fairness » — to evaluate the sufficiency of agencies' adjudicatory procedures ⁽⁸³⁾.

As administrative agencies won deference to their finding of fact, courts recognized that agencies might also wield the knife of policy. New Deal Lawyers had long understood that they were engaged in making legislative policy, not merely applying clear legal terms to the facts they found. For example, while acting as General Counsel of the Agricultural Adjustment Administration, Jerome Frank observed that it would be « impossible to draw a nice line between policy and law », given the broad discretionary powers the statute had vested in the Secretary of Agriculture. It would be therefore his job « to determine whether, in light of the declared policy, the Secretary is acting within the scope of the powers delegated to him by Congress » ⁽⁸⁴⁾.

In *NLRB v. Hearst Publications* ⁽⁸⁵⁾, the Court explicitly sanctioned this administrative policymaking role. The Court upheld the Board's adjudicatory finding that « newsboys » were « employees » under National Labor Relations Act, even though such newsboys would arguably not be employees at common law. The Court

⁽⁸¹⁾ Reuel SCHILLER, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, in « Michigan Law Review », 106 (2007), pp. 399-440, 429-40.

⁽⁸²⁾ 301 U.S. 1, 47 (1937).

⁽⁸³⁾ *Morgan v. United States*, 304 U.S. 1, 19 (1938).

⁽⁸⁴⁾ IRONS, *The New Deal Lawyers*, cit., p. 129.

⁽⁸⁵⁾ 322 U.S. (1944).

found that the meaning of employees under the Act could not be identical with some state-specific or generalized common law definition, but instead had to be understood by reference to the purposes of Act:

To eliminate the causes of labor disputes and industrial strife, Congress thought it necessary to create a balance of forces in certain types of economic relationships. [...] The broad language of the Act's definitions [...] leaves no doubt that its applicability is to be determined broadly, in doubtful situations, by underlying economic facts rather than technically and exclusively by previously established legal classifications ⁽⁸⁶⁾.

Tying the definition of employee to the purpose of industrial peace, and the « underlying economic facts », the Court concluded that « the Board's determination that specified persons are 'employees' under this Act is to be accepted if it has 'warrant in the record' and a reasonable basis in law » ⁽⁸⁷⁾. Though the court retained its power to settle pure questions of statutory interpretation, « when arising in the first instance in judicial proceedings », « where the question is one of specific application of a broad statutory term in a proceeding in which the agency administering the statute must determine it initially, the reviewing court's function is limited » ⁽⁸⁸⁾. The Court here recognized that the meaning of the law would turn both on empirical questions and policy determinations that were beyond its own institutional competency.

Crowell's guardianship of facts relating to the boundaries of the agency's jurisdiction therefore gave way to a more deferential posture. Courts would respect agency interpretations of law implicating policy considerations that Congress had allocated to the expert competency and experience of the Board. The law-fact distinction thus survived, not as a sharp distinction between judicial and administrative competence, but only as marking the extremes on a continuum of policy-making authority between the court and the agency. Administrative agencies in this way mediated the conflict between the legislative power to set policy, and the judicial power to

⁽⁸⁶⁾ *Id.* at 128-9.

⁽⁸⁷⁾ *Id.* at 131.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*

interpret law, operating as specialized interpreters of statutory mandates under restrained judicial supervision.

3.4. *The Lacuna of Presidential Power: Executive Authority over Administration.*

In a tripartite system of government, the obvious candidate to mediate between judicial and legislative power would have been Executive — the President and those departments which are subject to his authority under Article II of the Constitution. Progressive political scientists had sought to empower the President as a unifying force within the federal government, who would both mobilize public opinion in favor of social regulation, and manage the burgeoning administrative apparatus⁽⁸⁹⁾. The Judiciary might have responded to this effort by rooting administrative legitimacy in the President's constitutional authority as the Chief Executive.

The Court, may seem to have embraced that view in *Myers v. United States* (1926), when it found that Congress could not condition the removal of a Postmaster of the First Class on senatorial approval. But by denying to Congress the right to « participate in the exercise » of executive power, the Court defined the executive in such a way that it could not blend legislative and judicial functions, and mediate the institutional and political frictions between the two⁽⁹⁰⁾. Administrative tribunals, such as the Interstate Commerce Commission, would rather be understood as partaking of both legislative and judicial, rather than purely executive functions. Where administrative bodies exercised such functions, as opposed to purely executive tasks, Congress could intervene to control their personnel and the exercise of their powers. In *Humphrey's Executor v. United States* (1935), the Court therefore upheld removal restrictions on a commissioner of the Federal Trade Commission. The Court categorized the FTC as « an administrative body created by Congress to carry into effect legislative policies embodied in the

(89) Stephen SKOWRONEK, *The Conservative Insurgency and Presidential Power: A Developmental Perspective on the Unitary Executive*, in « Harvard Law Review », 122 (2009), 8, pp. 2070-2103.

(90) 272 U.S. 52, 162 (1926).

statute [...] and to perform other specified duties as a legislative or as a judicial aid »⁽⁹¹⁾. As a « quasi-legislative » and « quasi-judicial » agency, the Commission was not subject to direct and immediate control by the President⁽⁹²⁾.

The Court in the same year rejected broad legislative grants of discretionary regulatory authority to the President, which had empowered him to act « without standard or rule »⁽⁹³⁾. It struck down, as an impermissible delegation of legislative power, provisions of the National Industrial Recovery Act which authorized the President to approve codes of fair competition drafted by private industrial advisory committees: « Congress cannot delegate legislative power to the President to exercise an unfettered discretion to make whatever laws he thinks may be needed or advisable for the rehabilitation or expansion of trade or industry »⁽⁹⁴⁾. The Court contrasted this discretionary scheme with the procedures of the Hepburn Act, which provided for the ICC to « act upon notice and a hearing », and conditioned its powers upon « findings of fact [...] sustained by evidence »⁽⁹⁵⁾. The Court thus rejected an administrative state that would hinge its legality and legitimacy purely upon the executive power of the president, and instead embraced the procedural protections of administrative law as conditions precedent for lawful delegation.

President Roosevelt attempted to consolidate control over independent agencies — the « headless fourth branch of government »⁽⁹⁶⁾. His administration expanded the Executive Office of the President to enhance budgetary and supervisory control over the federal bureaucracy⁽⁹⁷⁾. But the Court never recognized an inherent presidential power to dictate, rather than merely influence, the

⁽⁹¹⁾ 295 U.S. 602, 628 (1935).

⁽⁹²⁾ *Id.* at 628.

⁽⁹³⁾ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 418 (1935).

⁽⁹⁴⁾ *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 539-39 (1935).

⁽⁹⁵⁾ *Id.* at 539-40.

⁽⁹⁶⁾ *President's Committee on Administrative Management, Report with Special Studies* (1937), p. 30 (internal quotation marks omitted).

⁽⁹⁷⁾ Clinton ROSSITER, *The Constitutional Significance of the Executive Office of the President*, in « *American Political Science Review* », 43 (1949), 6, pop. 1296-17.

regulatory decisions of administrative bodies in which Congress had vested authority. Public law in this way disentangled administrative legality from presidential legitimacy. This created a disjunction between the electoral and managerial channels of political accountability and the legal standards for the permissible empowerment of regulatory action. The President's control over regulatory output was conditional, partial, and relative to the quasi-judicial procedures which the Court had imposed upon the administrative agents of legislative will.

4. *Conclusion: Micro-Constitutionalism and the Paradox of Administrative Legitimacy.*

The distribution of policy-making authority across all three branches of government did not end disputes about relative institutional power, nor did it vanquish the classical ideal of the rule of law as the rule of judicial common law. Instead, demands for judicial control were brought down from their constitutional heights and incorporated into the fabric of administrative law, as courts and Congress required agencies to internalize quasi-judicial procedures.

The New Deal had realized Pound's nightmare of « executive justice », as administrative agencies wielded binding authority without abiding by all the strictures of a judicial process. He accordingly led the American Bar Association's Special Committee on Administrative Law on a campaign to subject administrative agencies to intensive judicial review⁽⁹⁸⁾. Pound alleged in the Special Committee's Report that the New Dealers aspired to « administrative absolutism », meaning « a highly centralized administration set up under complete control of the executive for the time being, relieved of judicial review, and making its own rules »⁽⁹⁹⁾. The ABA report reflected widespread resistance from conservative quarters against the expansion of administrative power during the New Deal⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁸⁾ *Report of the Special Committee on Administrative Law*, in « Annual Reports of the American Bar Association », 63 (1938), pp. 331-68, 364-68.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, p. 343.

⁽¹⁰⁰⁾ Joanna GRISINGER, *The Unwieldy American State: Administrative Politics Since the New Deal*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2012, pp. 73-83.

Congress in 1939 passed a bill that tracked the proposals of the Special Committee, subjecting agencies to rigid hearing procedures for both general rules and adjudicatory procedures, and expanding the categories of agency action that were judicially reviewable ⁽¹⁰¹⁾. But President Roosevelt vetoed this bill, awaiting a report by the Department of Justice on the current practices of administrative agencies ⁽¹⁰²⁾. Congress eventually responded with the more modest and flexible Administrative Procedure Act of 1946 (APA), which the President signed into law.

The APA relied on the Justice Department's study to codify and generalize many current administrative practices ⁽¹⁰³⁾. It provided default procedures for all domestic federal agencies. While the APA focused heavily on adjudication, it also formalized public participation in agency policymaking, or « rule-making » ⁽¹⁰⁴⁾. Such public participation in agency legislation had been an element of administrative practice since the Progressive Era ⁽¹⁰⁵⁾, and would become an increasingly prominent form of administrative action in the second half of the century.

By distinguishing rule-making from adjudication, the APA articulated the blended constitutional powers within the executive apparatus. The statute confirmed that an agency could exercise both quasi-legislative and quasi-judicial functions, but prescribed particular procedural forms in which such functions could be exercised. The APA then left open to future legislative enactments which procedures an agency would have to use to conduct its work. The procedures on the menu were not identical to ordinary legislative and judicial procedures, but rather combined elements of adversarial legalism and political policy formation in various permuta-

⁽¹⁰¹⁾ S. 915, H.R. 6324, 76th Cong., 1st Sess. (1939). See also ERNST, *Tocqueville's Nightmare*, cit., p. 134.

⁽¹⁰²⁾ *Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, Washington, DC, GPO, 1941.

⁽¹⁰³⁾ *Administrative Procedure Act, Report of the Committee on the Judiciary*, S. Rep. No. 752-1, at 192 (1945); Walter GELLHORN, *The Administrative Procedure Act: The Beginnings*, in « Virginia Law Review », 72 (1986), 2, pp. 219-233, 22.

⁽¹⁰⁴⁾ 5 U.S.C. § 553 (2012).

⁽¹⁰⁵⁾ John Preston COMER, *Legislative Functions of National Administrative Authorities*, New York, Columbia University Press, 1927, pp. 198-270.

tions. For example, an agency might promulgate a rule by providing notice of its proposal, explaining its « basis and purpose » and accepting public comments on the proposal ⁽¹⁰⁶⁾. The resulting final rule would be subject to judicial review. The notice and review components were judicial; the statement of purpose and public comment period were legislative. Macro-constitutional distinctions between legislative and judicial power thus penetrated into the administrative process, and were recast into micro-constitutional mechanisms for adjusting the boundary of public power and private right, rule by rule, adjudication by adjudication.

The APA was a quasi-constitutional statute, in the sense that it provided a general, transsubstantive framework in which federal public power could lawfully be exercised ⁽¹⁰⁷⁾. Only a few years after the passage of the Act, the Court determined that the statute had « settle[d] long-continued and hard-fought contentions, and enact[ed] a formula upon which opposing social and political forces have come to rest » ⁽¹⁰⁸⁾. But the Court did not interpret this constitutional settlement as a politically neutral compromise. Despite the APA's relative lack of procedural innovations, the Court interpreted the law as « express[ing] a mood » against administrative discretion ⁽¹⁰⁹⁾, and so further tightened its review of agency action beginning in the 1950s ⁽¹¹⁰⁾. Judicial practice in this way self-consciously reoriented itself around anti-statist public opinion, rather than serving as a guardian of pre-political rights against public power ⁽¹¹¹⁾.

Administrative law has undergone many further developments since the mid-century, which are beyond the scope of this article. Nonetheless, the basic legal framework for the welfare state has

⁽¹⁰⁶⁾ 5 U.S.C. § 553 (2012).

⁽¹⁰⁷⁾ William N. ESKRIDGE, Jr. John FERREJOHN, *A Republic of Statutes: The New American Constitution*, New Haven, Yale University Press, 2010, pp. 10-11.

⁽¹⁰⁸⁾ Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U.S. 33, 40 (1950).

⁽¹⁰⁹⁾ Universal Camera Corp. v. N.L.R.B., 340 U.S. 474, 487 (1951).

⁽¹¹⁰⁾ Jeremy KESSLER, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, in « Harvard Law Review », 129 (2016), pp. 718-773, 759.

⁽¹¹¹⁾ Reuel E. SCHILLER, *Reining in the Administrative State*, in *Total War and the Law: The American Home Front in World War II*, Daniel R. Ernst and Victor Jew, eds., Westport, CT, Praeger, 2002.

persisted. As the distinctions between public power and private right, legislation and adjudication, and fact and law were relativized, American governance has taken the form of a « policy state »⁽¹¹²⁾. In this policy state, rigid institutional and discursive boundaries have been replaced with a more flexible opportunity structure, in which political entrepreneurs pursue their programmatic goals in multiple and conflicting institutional fora. Administrative legal discourse in the welfare and regulatory arena continues to trade in constitutional language, such as whether agency action is « arbitrary » or « capricious »⁽¹¹³⁾, but the content of these standards is much more shaped by considerations of empirical evidence and procedural regularity than by any notion of pre-political entitlement.

The rulemaking process has become a legislative process « in microcosm », as administrative agencies must hear and respond to the views of affected parties before they promulgate a rule⁽¹¹⁴⁾. But so-called « legislative rules » produced by administrative agencies are not treated by courts with the same deference as actual laws enacted by Congress. While courts will rarely find that there is no « rational basis » for a law enacted by Congress, they will often subject administrative reasoning to serious scrutiny⁽¹¹⁵⁾. Recent empirical analysis indicates that there are strong correlations between a court's political composition and the likelihood that it will invalidate or uphold a regulation⁽¹¹⁶⁾. Courts are therefore drawn into the vortex of policy-making, alongside the Congress, the President, and the agencies. They often wield administrative law as a political instrument. The constitutional command against arbitrary and capricious action becomes a means of ideological confrontation.

⁽¹¹²⁾ Karren ORREN, Stephen SKOWRONEK, *Pathways to the Present: Political Development in America*, in *The Oxford Handbook of American Political Development*, Richard Valelly Suzanne Mettler, and Robert Lieberman, eds., Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁽¹¹³⁾ 5 U.S.C. 706(2)(A).

⁽¹¹⁴⁾ Richard B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in « Harvard Law Review », 88 (1975), 8, pp. 1667-1813, 1712.

⁽¹¹⁵⁾ Jerry MASHAW, *Small Things Like Reasons Are Put in A Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State*, in « Fordham Law Review », 70 (2001), pp. 17-35, 19-20.

⁽¹¹⁶⁾ Thomas J. MILES, Cass R. SUNSTEIN, *The Real World of Arbitrariness Review*, in « University of Chicago Law Review », 75 (2008), pp. 761-814, 767-8.

The fundamental paradox of administrative law is that the constitutional innovations that licensed and legitimized administrative power have at the same time exposed the exercise of such power to persistent charges of illegitimacy. The problem is not merely that the New Deal settlement relied on a « legalistic conception of fair play » and a judicial model of administration to secure the state's legitimacy⁽¹¹⁷⁾. The content of judicial legalism is linked with broader constitutional structure.

Administrative law has become permeated by these structures, but has not developed a discourse capable of resolving the conflicts between them by resort to a unifying principle. Administrative law in the twentieth century mediated constitutional conflicts between legislative and judicial power and between public and private rights. It successfully diffused the crisis potentials to which the strict separation of powers was prone by re-articulating those tensions within the administrative apparatus itself. But this diffusion of constitutional conflict did not amount to its elimination. The exercise of administrative power continues to raise persistent constitutional worries precisely because constitutional struggles have been internalized into administrative procedure⁽¹¹⁸⁾. Macro-constitutional conflict between the President and Congress is converted into a facially narrower tension between statutory command and administrative discretion. When a court reviews the legality of an administrative regulation, its interpretation of the underlying statute, and the reasonableness of the agency's interpretation, is likely to be inflected with its conception of the appropriate boundaries of public power and private right.

The difference between these micro-constitutional constitutional conflicts and the macro-constitutional conflicts of the first half of the century is that they usually are obfuscated within the technical discourse of administrative law, rather than raising the constitutional concern on its face. Political broadsides against unaccountable bureaucrats or regulations that strangle business raise the specter of

⁽¹¹⁷⁾ KESSLER, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, cit., pp. 722-3 (internal quotation marks omitted).

⁽¹¹⁸⁾ Eg., *City of Arlington, Tex. v. FCC*, 133 S. Ct. 1863, 1879 (2012) (Roberts, CJ., dissenting).

constitutional difficulties that haunt each and every exercise of administrative power. Public law answers such political charges with procedural remedies. These procedures create a discursive framework in which the constitutional struggle can be disaggregated and digested into manageable legal problems. The management of constitutional crisis does not resolve it, but rather extends the struggle along the full range of governmental activity.

Law has therefore not merely acted as a stubborn obstacle to the creation of the regulatory state. Legal categories that predated federal regulation were brought into its service, and provided a vocabulary in which to understand, express, and delimit administrative power. But American public law has been remade in its encounter with the modern state. Legal hierarchies between constitutional, statutory, and administrative authority have been leveled onto a more horizontal terrain of contested interpretations between multiple legal authorities. Law is the language in which these struggles take place. The question is whether we can continue to adjudicate the controversy in terms of technique, expertise, and procedure. If such a discourse is no longer adequate to quell reaction against the welfare state, public law will have to develop a grammar that better expresses the relationship between popular sovereignty and administrative action.

ALESSANDRO SOMMA

STATO DEL BENESSERE O BENESSERE DELLO STATO?
GIUSTIZIA SOCIALE, POLITICHE DEMOGRAFICHE
E ORDINE ECONOMICO NELL'ESPERIENZA
STATUNITENSE

1. Società industriale e ordine del mercato. — 2. Poteri di polizia, libertà contrattuale e relazione di lavoro. — 3. L'emancipazione rifiutata: i macellai di Chicago e i panettieri di New York. — 4. L'Era Lochner tra libertà contrattuale e collaborazione tra capitale e lavoro. — 5. *Segue*: le opinioni dissenzienti del Giudice Holmes. — 6. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo: le lavandaie dell'Oregon e le cameriere di Washington. — 7. Capitalismo organizzato, società organizzata e benessere dello Stato. — 8. New Deal, corporativismo e direzione tecnocratica dell'ordine economico. — 9. Benessere dello Stato, Stato del benessere e neoliberalismo. — 10. A mo' di conclusione: dallo Stato del benessere alla lotta per i diritti.

1. *Società industriale e ordine del mercato.*

Al principio del Novecento la transizione dalla società borghese alla società industriale si era oramai compiuta. Da tempo il lavoro non era più il tramite per l'accesso alla condizione proprietaria, che dunque aveva cessato di costituire un veicolo di mobilità ed emancipazione sociale. Il sistema di fabbrica era il fondamento della società industriale, e questo richiedeva una schematizzazione coercitiva dell'esistenza, per dirla con Weber ⁽¹⁾, come quella scandita dai ritmi della catena di montaggio ⁽²⁾. Tutto era volto ad assecondarli, a soddisfare le necessità di un ordine incentrato sulla produzione e il consumo di massa. Un ordine che dunque invadeva i momenti della vita dedicati al lavoro, ma che tendeva a irreggi-

⁽¹⁾ M. WEBER, *Economia e società* (1922), vol. 3, Torino, Edizioni di Comunità, 2000, p. 85 e s.

⁽²⁾ D'obbligo il riferimento a F.W. TAYLOR, *L'organizzazione scientifica del lavoro* (1911), Milano, Etas, 2004.

mentare anche quelli destinati allo svago e al riposo: il lavoratore doveva essere trasformato in un consumatore mosso da istinti edonistici⁽³⁾. Il tutto nel solco di una visione dello stare insieme come società che, se per un verso pretendeva di essere ricavata da tensioni individualiste, aveva per un altro ceduto il passo a schemi organici-stici: quelli confinati dalla società borghese all'ordine politico, riabilitati dalla società industriale per sciogliere l'individuo nell'ordine economico, per renderlo incapace di condotte diverse da quelle funzionali a preservarne l'equilibrio e promuoverne lo sviluppo.

Tutto ciò riguardò l'area europea e nordamericana, sebbene con tempi e modalità differenti, convergenti però verso un medesimo orizzonte. Nella prima i fondamenti teorici delle trasformazioni a cui facciamo riferimento furono oggetto di un dibattito ampio e vivace⁽⁴⁾, ma è nella seconda che il quadro delle realizzazioni pratiche si delineò con maggiore nettezza. Fu cioè nell'esperienza statunitense che, sin dalla seconda metà dell'Ottocento, si diffusero i primi interventi legislativi destinati in particolare a disciplinare la relazione di lavoro con modalità decisamente contrastanti con il tradizionale *laissez faire*. Fu lì che si evidenziarono i termini della frizione tra il vecchio e il nuovo corso, e soprattutto il senso delle trasformazioni in atto: la volontà di ridurre il comportamento degli operatori del mercato, di quelli addetti alla produzione come di quelli incaricati del consumo, a mera reazione automatica agli stimoli dell'ordine economico.

Insomma, il superamento dell'individualismo aveva condotto a una combinazione di istanze liberatorie e istanze ordinarie con finalità estranee al proposito di produrre emancipazione. Il tutto mentre proprio l'emancipazione era stata perseguita dalla società borghese nel momento in cui aveva esaltato la forza liberatoria della condizione proprietaria, accessibile a tutti attraverso il lavoro e a monte attraverso la contrattazione. Nella società industriale, però, il

⁽³⁾ Ci troviamo non a caso negli anni in cui si compiono i primi studi sui comportamenti di consumo, come testimoniato dal celeberrimo T.B. VEBLEN, *Teoria della classe agiata. Studio economico sulle istituzioni* (1899), Torino, Einaudi, 2007.

⁽⁴⁾ Citazioni in A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in «Rivista critica del diritto privato», 2010, p. 39 e ss.

lavoro era oramai incapace di produrre mobilità sociale, tanto da rendere la condizione proprietaria il punto di riferimento per la divisione tra classi sociali: divisione immobile, perché tale era quella condizione.

La Costituzione statunitense prende in considerazione la libertà contrattuale in quanto valore potenzialmente minacciato dai pubblici poteri. In tal senso vieta innanzi tutto agli Stati di approvare « leggi che derogano alle obbligazioni derivanti da contratto » (art. 1 sez. 10): una disposizione destinata a prevenire interventi come quelli che caratterizzarono gli anni Ottanta del Settecento, quando una grave crisi economica ispirò l'approvazione di provvedimenti volti ad alleviare la condizione dei debitori ⁽⁵⁾.

Più importanti i riferimenti contenuti nel 5. e nel 14. emendamento, dove si dispone che i legislatori federale e statale non possono privare alcuno « della libertà o della proprietà se non in seguito a *due process of law* ». Queste disposizioni hanno infatti offerto un ombrello protettivo ai contraenti insidiati dall'attività dei pubblici poteri, soprattutto se si trattava di imprese ⁽⁶⁾. Sarebbe questo il motivo per cui il 14. emendamento si riferisce alla « persona », e non semplicemente al « cittadino »: esito ottenuto forzando il fine ultimo della disposizione, ovvero promuovere il riconoscimento dei diritti civili in capo ai neri liberati dalla loro condizione di schiavitù, e non certo ampliare lo spazio di manovra assicurato agli operatori del mercato ⁽⁷⁾.

A ben vedere, però, una forte compressione della libertà contrattuale derivava, allora come ora, proprio dalle imprese, che finivano per « usare i contratti come arma nel conflitto industriale » ⁽⁸⁾. Ciò si verificava soprattutto se quelle imprese erano

⁽⁵⁾ Per tutti H. SHEPHERD, B.D. SHER, *An Introduction to Freedom of contract. Cases and Materials*, Brooklyn, The Foundation Press, 1960, p. 568.

⁽⁶⁾ Ad es. J.C. KNOWLTON, *Freedom of Contract*, in « Michigan Law Review », 3 (1904-05), p. 619.

⁽⁷⁾ La vicenda viene ricostruita da H.J. GRAHAM, *The "Conspiracy Theory" of the Fourteenth Amendment*, in « The Yale Law Journal », 47 (1937-38), p. 371 e ss. e 48 (1938-39), p. 171 e ss. In giurisprudenza già *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*, 118 U.S. 394 (1886).

⁽⁸⁾ F. KESSLER, M.P. SHARP, *Cases and Materials on Contracts*, New York, Prentice-Hall Inc., 1953, p. 8.

coalizzate in cartelli, una figura evidentemente ricorrente anche in area europea, dove però il legislatore intervenne in ritardo, oltretutto per regolamentare piuttosto che per reprimere il fenomeno ⁽⁹⁾. Diversa la situazione negli Stati Uniti, dove gli accordi tra imprese volti a regolare prezzi e condizioni di vendita avevano dato vita ad alcuni tra i più potenti e noti monopoli nella storia economica mondiale: primo fra tutti Standard Oil, il cartello del petrolio creato da John Rockefeller a partire da una società fondata nel 1870, poi sciolto dalla Corte suprema nel 1911 ⁽¹⁰⁾.

Ciò avvenne sulla base di quanto disposto dallo *Sherman Antitrust Act* del 1890, adottato per reprimere in generale il comportamento di chi intende realizzare monopoli. Il provvedimento costituì una prima limitazione della libertà contrattuale delle imprese, giacché la formazione di cartelli rappresentava un'espressione della loro autonomia. È però significativo che la limitazione non sia stata concepita come strumento di tutela dei consumatori danneggiati dalle pratiche monopolistiche, o meglio non direttamente per questo. Il fine immediato è stato la protezione del « libero gioco della competizione », intralciando il quale si « sottraggono al Paese i servizi di una pluralità di operatori del mercato » ⁽¹¹⁾. Il legislatore statunitense ha voluto cioè tutelare l'ordine di mercato eretto a sistema, per il quale occorre che gli operatori economici non perseguissero strategie individuali, e in particolare che non fuggissero dalla concorrenza: strumento attraverso cui si ottiene una produzione di beni diversificata, che i consumatori sono poi chiamati a selezionare, anche loro assolvendo così ai compiti di sistema. Solo a queste condizioni, se cioè produttori e consumatori tengono i soli comportamenti qualificabili come reazioni automatiche agli stimoli del mercato, possono ottenere i benefici a loro destinati dall'ordine nel quale sono sciolti.

⁽⁹⁾ Il primo legislatore a muoversi in questo senso fu quello tedesco, con la *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen* del 2 novembre 1923: per tutti D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 115 e ss.

⁽¹⁰⁾ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910).

⁽¹¹⁾ Sono espressioni che ricorrono nella giurisprudenza: cfr. J.H. BENTON, *The Sherman or Anti-Trust Act*, in « Yale Law Journal », 18 (1908-09), p. 314.

È appena il caso di ricordare come la stessa logica sistemica sia stata amplificata dalla letteratura europea che tra i due conflitti mondiali ha premuto per superare l'approccio per cui i cartelli tra imprese, più che repressi, dovevano essere disciplinati. Anche in quel contesto si disse che gli accordi limitativi della concorrenza impedivano l'operare delle « rigide regole del gioco e della lotta », il cui rispetto costituiva « un dovere nei confronti dell'economia nel suo complesso » (12). Giacché « in una situazione di concorrenza imperfetta le energie dell'imprenditore sono indirizzate all'elaborazione di strategie di mercato », mentre solo « in una situazione di concorrenza perfetta l'imprenditore è interessato a lavorare bene e a basso costo » (13).

2. *Poteri di polizia, libertà contrattuale e relazione di lavoro.*

Ma torniamo alle deroghe al principio di libertà contrattuale, per ricordare che, evidentemente, non vi erano solo quelle riconducibili alla tutela della concorrenza eretta a sistema. Più diffusi erano gli interventi del legislatore, in particolare di quello statale, nell'esercizio del cosiddetto potere di polizia (*police power*): espressione dai contorni tuttora indefiniti perché attiene all'esercizio della sovranità in quanto tale (14), risentendo così delle concezioni di volta in volta prevalenti circa le relazioni tra sfera pubblica e sfera privata (15). Il che, ai nostri fini, significa valutare le interpretazioni

(12) F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, Kohlhammer, 1937, pp. 100 e 102.

(13) L. MIKSCHE, *Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz*, in *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, a cura di G. Schmolders, Berlin, Duncker & Humblot, 1942, p. 102 e ss.

(14) Da ultimo B. RODRIGUEZ, *The Inscrutable (Yet Irrepressible) State Police Power*, in « New York University Journal of Law & Liberty », 9 (2015), p. 662 e ss. Nella letteratura dell'epoca, ad es., W. WHEELER COOK, *What is the Police Power?*, in « Columbia Law Review », 7 (1907), p. 322 e ss., con ulteriori riferimenti.

(15) Con specifico riferimento al recente ritorno di un assolutismo proprietario, v. ad es. P.A. TALMADGE, *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, in « Washington Law Review », 75 (2000), p. 857 e ss.

del 5. e 14. emendamento della Costituzione statunitense, per i quali la libertà e la proprietà possono essere comprese dai pubblici poteri solo nel rispetto del *due process of law*.

In quanto intimamente connesso con l'esercizio della sovranità, fin dal 14. Secolo nell'esperienza inglese il potere di polizia venne tematizzato con riferimento ai provvedimenti destinati a perseguire un non meglio definito interesse generale: ad esempio quelli che, all'epoca della peste nera diffusasi intorno alla metà del Trecento, avevano inteso fronteggiare la penuria di forza lavoro vietando ai datori di lavoro di concedere aumenti salariali, e ai lavoratori di muoversi alla ricerca di migliori condizioni economiche (16). Quando però l'esercizio del potere di polizia si diffuse nell'esperienza statunitense, un'attitudine decisamente più rispettosa della sfera privata portò a ritenere che dovesse informarsi alla massima, di sapore kantiano, per cui la libertà individuale poteva conoscere il solo limite della libertà altrui (17).

Le cose erano però destinate a mutare rapidamente per l'ampliamento dei compiti che si reputava dovessero spettare ai pubblici poteri, così sintetizzati dalla Corte suprema nel 1885: « promuovere la salute, la pace, la morale, l'educazione e il buon ordine delle persone » e « legiferare in modo tale da incrementare le industrie dello Stato, sviluppare le sue risorse e contribuire alla sua ricchezza e prosperità » (18). Come si vede, per quanto esemplificato, l'interesse generale restava un concetto dai contorni sfumati, e del resto non poteva essere altrimenti (19). Cambiava però la prospettiva, che era sempre più quella cui rinviava la « scienza di polizia » (*Policey-wissenschaft*), elaborata in area tedesca tra la metà del 17. e la metà

(16) Ad es. S. COHN, *After the Black Death. Labour Legislation and Attitudes Towards Labour in Late-Medieval Western Europe*, in « The Economic History Review », 60 (2007), p. 457 e ss.

(17) Ad es. *Commonwealth v. Alger*, 7 Cush. 53, 61 Mass. 53 (1853), p. 63, dove si evoca il brocardo *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Cfr. V. HARPER, *Due Process of Law in State Labor Legislation*, in « Michigan Law Review », 26 (1928), p. 603 e ss.

(18) *Barber v. Connolly* 113 U.S. 27 (1885), p. 31.

(19) J.M. MATHEWS, *State Power and Individual Rights*, in « Illinois Law Quarterly », 4 (1921-22), p. 253 e ss.

del 18. Secolo ⁽²⁰⁾. Là i poteri di polizia avevano cessato di riguardare il solo mantenimento della pace e della sicurezza per ricomprendere quanto si potrebbe definire in termini di polizia economica: l'insieme delle misure destinate ad alimentare l'industria e il commercio, quindi la ricchezza dei privati e di riflesso la ricchezza pubblica. Il tutto sovrastato da tensioni organiciste e al limite eugenetiche tipiche dell'esperienza tedesca, che conducevano a ricomprendere, tra le misure di polizia, quelle miranti a moltiplicare il numero delle persone capaci di beneficiare la comunità con il frutto del loro lavoro ⁽²¹⁾.

Le stesse tensioni costituirono il movente, più o meno dichiarato, dei provvedimenti con i quali, a partire dalla fine dell'Ottocento, si affrontarono le contraddizioni riconducibili allo sviluppo della società industriale, in particolare quelle relative al rapporto tra capitale e lavoro. Anche in questo ambito operarono del resto considerazioni simili a quelle a cui si deve la disciplina antitrust: il funzionamento del principio di concorrenza richiede, oltre alla diversificazione nell'offerta di beni, anche la pacificazione del luogo in cui vengono prodotti, quindi la collaborazione tra capitale e lavoro.

In Europa il conflitto tra capitale e lavoro fu l'occasione per concepire il primo embrione di Stato sociale ⁽²²⁾. Ciò avvenne, come si ricava in modo esemplare dall'esperienza tedesca, in quanto non si riuscì a reprimere il nascente movimento operaio. Era questo il senso della nota comunicazione con cui l'Imperatore Guglielmo I riconosceva che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente attraverso la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benes-

⁽²⁰⁾ Il collegamento si ritrova persino nella letteratura dell'epoca: v. B.J. RAMEGE, *Social Progress and the Police Power of a State*, in « American Law Review », 36 (1902), p. 685 e s.

⁽²¹⁾ Per tutti M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 1 (*Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600-1800*), München, C.H. Beck, 1988, p. 372 e ss. e vol. 2 (*Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*), München, C.H. Beck, 1992, p. 243 e ss. Nella letteratura italiana ad es. G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, Verona, Ombre corte, 2009, p. 110 e ss.

⁽²²⁾ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 12 e ss.

sere dei lavoratori » (23). La repressione, del resto, non era stata efficace, e questo indusse a istituire il primo sistema moderno di sicurezza sociale, finanziato con soldi pubblici e con i contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori: sistema esplicitamente concepito come misura paternalistica di superamento della lotta di classe e di coinvolgimento dei lavoratori nell'ordine proprietario (24).

Anche gli Stati Uniti conobbero una stagione di rilevante conflitto sociale, con episodi particolarmente cruenti, come la rivolta di Haymarket Square: i disordini di Chicago del maggio 1886 che come è noto ispirarono l'istituzione della Festa del lavoro. Tanto che, all'epoca, il movimento socialista a livello internazionale considerava la classe operaia nordamericana come la più avanzata dal punto di vista della lotta al capitalismo, sviluppatasi non a caso nel Paese in cui esso si trovava allo stadio più avanzato (25).

Solo durante il New Deal, però, si iniziò a edificare lo Stato sociale sulla scia di quanto era avvenuto in area europea. E lo si fece ispirandosi inevitabilmente alla filosofia di fondo che orientò l'azione del Presidente Franklin Delano Roosevelt: quella, a cui ci dedicheremo fra breve, per cui occorre salvare il capitalismo dall'egoismo di classe, combinando sicurezza sociale e incentivo ai processi di modernizzazione nell'ambito di una direzione tecnocratica dell'ordine economico. Fin dalla fine dell'Ottocento, però, vennero emanati alcuni provvedimenti statali destinati a disciplinare la prestazione lavorativa, soprattutto dal punto di vista della sua durata, ma anche dell'entità del salario. E lo stesso fece poco dopo il legislatore federale, ad esempio con la limitazione a otto ore della giornata lavorativa ordinaria nel settore del trasporto ferroviario (26).

A ben vedere anche queste misure riguardavano l'edificazione dello Stato sociale, ovvero dello Stato impegnato a combattere la

(23) Cd. *Kaiserliche Botschaft* del 17 novembre 1881.

(24) V. il *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* del 22 ottobre 1878. Al proposito, per tutti, G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma e Bari, Laterza, 2003, p. 61 e ss.

(25) Ad es. A. TESTI, *Il secolo degli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 15 e ss.

(26) Così l'Adamson Act del 1916, su cui ad es. M.H. LAUCHHEIMER, *The Constitutionality of the Eight-Hour Railroad Law*, in « *Columbia Law Review* », 16 (1916), p. 554 e ss.

debolezza sociale con misure perequative, che possono essere di carattere pubblicistico, se relative al sistema della sicurezza sociale, ma anche privatistico: se riguardavano la promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali, innanzi tutto quelle di lavoro. E forse proprio per questo la disciplina lavoristica non venne concepita per promuovere, come finalità prima, l'emancipazione dei lavoratori.

In massima parte l'intervento del legislatore, che pure poté riverberarsi in modo positivo sulla condizione della parte debole nella relazione di lavoro, era cioè ispirato alle medesime finalità che in Europa avevano stimolato la nascita dello Stato sociale: in particolare alla volontà di pacificare l'ordine economico. Lo si ricava in modo esemplare da una decisione della Corte suprema relativa alla disciplina federale del lavoro nel settore del trasporto ferroviario, quella a cui abbiamo appena fatto riferimento. I giudici dichiararono che l'esecutivo aveva il potere, oltre che di determinare la durata della giornata lavorativa ordinaria, anche di imporre un salario minimo. Tuttavia solo perché la misura aveva un carattere transitorio, e soprattutto perché la si ritenne indispensabile a ricomporre un aspro conflitto sindacale:

Nell'emergenza derivante da un conflitto di portata nazionale sull'entità del salario tra compagnie ferroviarie e operatori del servizio, nella quale uno sciopero generale, la paralisi commerciale e gravi perdite e sofferenze incombono sul Paese perché i contendenti sono incapaci di trovare un accordo, il Congresso ha il potere di prescrivere uno standard per il salario minimo, non confiscatorio negli effetti ma comunque obbligatorio per entrambe le parti, che resti in vigore per un periodo ragionevole, affinché la calamità sia evitata e ai contendenti sia data l'opportunità di trovare un accordo e quindi di individuare uno standard per conto loro (27).

Se così stanno le cose, la tutela dei lavoratori del settore ferroviario non soddisfaceva tanto la loro aspirazione a emanciparsi, quanto la tensione organocista per cui occorreva pacificare l'ordine economico, renderlo un ambiente nel quale capitale e lavoro erano portati a cooperare. Il tutto nell'attesa che un simile ambiente si

(27) *Wilson v. New*, 243 U.S. 332 (1917), p. 332 e s. Al proposito V. T. REED POWELL, *Due Process and the Adamson Law*, in « Columbia Law Review », 17 (1917), p. 114 e ss.

producesse per effetto di un accordo tra lavoratori e datori di lavoro, quindi concependo l'intervento dei pubblici poteri come riproduttivo di quanto si pensava che il mercato del lavoro avrebbe potuto realizzare spontaneamente.

Peraltro l'impeto organicista del legislatore, espressosi al meglio nell'idea per cui i poteri di polizia costituivano strumenti di « autopreservazione »⁽²⁸⁾ o di « autodifesa dello Stato nel suo complesso »⁽²⁹⁾, non si fermava qui. Talvolta traeva fondamento da motivazioni ulteriori rispetto a quelle concernenti l'equilibrio dell'ordine economico, o almeno quest'ultimo non era la finalità prima dell'intervento. È il caso dei provvedimenti dedicati al lavoro femminile, di cui diremo fra breve, che avevano una chiara matrice eugenetica: concernevano la salute della donna, tuttavia per i riflessi sul suo ruolo di madre.

3. *L'emancipazione rifiutata: i macellai di Chicago e i panettieri di New York.*

Si è detto di una decisione della Corte suprema di fine Ottocento in cui si propose una nozione di poteri di polizia che preludeva a una compressione dell'autonomia privata per finalità non più riconducibili alle sole massime kantiane. A ben vedere un mutamento di prospettiva in tal senso non venne avallato in tempi brevi, ma solo dopo un periodo nel corso del quale il vertice della giurisdizione federale mantenne la tradizionale deferenza nei confronti del principio di libertà contrattuale. Il tutto in dissonanza rispetto a un orientamento sempre più diffuso tra i legislatori statali i quali avevano preso a disciplinare, come abbiamo anticipato, alcuni aspetti della relazione di lavoro: in massima parte quelli concernenti la sua durata nel caso di incombenze particolarmente usuranti o categorie di soggetti bisognose di una protezione rafforzata, ma non solo⁽³⁰⁾.

(28) S.M. SOREF, *The Doctrine of Reasonableness in the Police Power*, in « *Marquette Law Review* », 15 (1930-31), p. 3.

(29) J.M. BALYNEY JR., *The Term Police Power*, in « *Central Law Journal* », 59 (1904), p. 486.

(30) Per tutti R.F. STURGIS, *Demands of Labor and the Fourteenth Amendment*, in « *The American Law Review* », July-August 1907, p. 31 e ss. e S.J. WETTRICK, *The*

Nella prima decisione in cui si è misurata con il concetto di libertà contenuto nel 14. emendamento, resa nel 1897, la Corte suprema ha avuto modo di esprimere in termini univoci il suo attaccamento alle massime fondative del *laissez faire*. Per il vertice della giustizia federale il concetto comprende il diritto di « concludere tutti i contratti » funzionali a renderne il titolare libero « di vivere e lavorare dove vuole, di procurarsi il sostentamento con ogni attività conforme alla legge, di esercitare ogni professione » ⁽³¹⁾.

Comunque sia, l'emancipazione dei lavoratori non era il motivo per cui, talvolta, si avallava la limitazione dell'autonomia privata. È quanto si ricava, in modo esemplare, da una decisione concernente un'ordinanza della città di San Francisco con cui si vietò il lavoro notturno nelle lavanderie, con ciò incidendo indirettamente sull'orario dei lavoratori impiegati in quelle attività. L'ordinanza venne ritenuta costituzionale, ovvero un legittimo esercizio di poteri di polizia, ma solo in quanto nelle lavanderie il reparto stireria utilizzava il fuoco e questo avrebbe minacciato le molte costruzioni in legno tipiche della città ⁽³²⁾.

A ben vedere diversa è l'ispirazione di fondo delle sentenza Holden, una decisione della Corte suprema che nel 1898 reputò costituzionale un provvedimento dello Utah dove si limitava a otto ore la giornata lavorativa nelle miniere ⁽³³⁾. In quell'occasione si disse che l'interesse statale a limitare la libera determinazione del contenuto della relazione lavorativa ben poteva reggersi sulla rilevanza pubblica della salute dei lavoratori, e a monte sulla circostanza che la disparità sostanziale tra i contraenti impediva alla parte debole di rappresentare il proprio punto di vista. Precisamente:

Il legislatore federale ha riconosciuto il fatto, corroborato dall'esperienza dei legislatori di molti Stati, che i proprietari degli stabilimenti e i suoi operai

Police Power in Its Application to the Regulation and Limitation of Hours of Labor, in « The Green Bag », 21 (1909), p. 375 e ss.

⁽³¹⁾ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), p. 589. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, R. CASELLA, *La liberty of contract nella giurisprudenza della Corte suprema tra XIX e XX secolo: la tutela del lavoro subordinato e delle attività sindacali*, in *Corte suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, a cura di S. Volterra, Torino, Giappichelli, 2003, p. 272 e ss.

⁽³²⁾ *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885), p. 30.

⁽³³⁾ Sect. 1 *Employment in Underground Mines and in Smelters Act* del 1896.

non si trovano su un piano di parità, e che i loro interessi sono in una certa misura confliggenti. I primi desiderano naturalmente ottenere più lavoro possibile dai loro lavoratori, mentre i secondi sono spesso indotti dal timore di essere licenziati a conformarsi a regole che in base al loro legittimo giudizio sono considerate dannose per la salute. In altre parole i proprietari pongono le loro regole, mentre i lavoratori sono praticamente costretti a seguirle. In questi casi l'interesse egoistico è spesso una cattiva guida, e il legislatore ben può intervenire con la sua autorità⁽³⁴⁾.

Si è però trattato di un'eccezione, celebrata da alcuni perché conduceva finalmente a intendere la libertà come garanzia di « pari opportunità »⁽³⁵⁾, ma avversata dai più in quanto pericoloso attentato alla democrazia e alla sovranità popolare⁽³⁶⁾. Il panorama era cioè complessivamente sordo se non ostile alle istanze dei lavoratori, nonostante le loro miserabili condizioni alimentassero un conflitto sociale sempre più aspro, e trovassero inoltre occasioni sempre più frequenti di essere denunciate pubblicamente.

Nel merito è particolarmente nota l'opera di Upton Sinclair, un giornalista e scrittore statunitense divenuto famoso per un romanzo pubblicato al principio del Novecento, concepito per denunciare la terribile situazione in cui versavano i lavoratori dei macelli di Chicago. « La giungla », questo il titolo del romanzo⁽³⁷⁾, racconta di orari di lavoro al limite della sopportazione umana, di miseri salari e soprattutto di condizioni igieniche intollerabili:

Non c'era operaio che non portasse i segni di quell'orrore sul proprio corpo. Se semplicemente si feriva un dito spingendo un carrello da una stanza all'altra, era probabile che la lacerazione che si procurava lo spediva al cimitero. Oppure se la cavava con le dita sciolte nell'acido. Chiunque adoperasse un coltello — macellai, spellatori, disossatori, rifinitori — era difficile che avesse le mani integre, con tutte e cinque le dita e, soprattutto, il pollice; lentamente la falange più vicina al palmo, a causa dei continui tagli, si assottigliava fino a diventare un inutile moncherino di carne al quale il proprietario appoggiava il coltello per tenerlo fermo. [...] Gli uomini che lavoravano nelle camere di cottura, in mezzo a tutto quel vapore e agli odori nauseanti, sempre sottoposti alla luce artificiale, trascorrevano la loro giornata lavorativa in luoghi dove i bacilli della tubercolosi erano in grado di

⁽³⁴⁾ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), pp. 391 e s. e 397.

⁽³⁵⁾ G.W. ALGER, *The Law and Industrial Inequality*, in « The Brief », 7 (1907), p. 3.

⁽³⁶⁾ S. BARCLAY, *The Danger Line*, in « The American Law Review », May-June 1998, p. 21 e ss.

⁽³⁷⁾ U. SINCLAIR, *The Jungle*, New York, Grosset & Dunlap, 1906.

sopravvivere per due anni, e un'ora dopo l'altra si moltiplicavano al giungere di un nuovo carico. [...] Gli spellatori, operai che separavano la lana dalla pelle, perdevano le mani ancora prima dei loro colleghi addetti alla salamoia. Questo perché la pelle delle pecore veniva trattata con acido per facilitare il distacco della lana, e loro lavoravano a mani nude, finché l'acido non corrodeva le loro dita.

[...] Ma la sorte più ingrata toccava senz'altro a coloro che lavoravano ai reparti fertilizzanti e cottura. A nessun visitatore era possibile entrare in contatto con quest'uomini. Il terribile fetore che emanavano faceva fuggire a gambe levate nel raggio di un centinaio di metri! Ma non era la puzza l'aspetto più brutto del loro impiego. Essi lavoravano in sale intasate di vapore, con grosse caldaie e vasche che si aprivano nel pavimento simili a neri abissi. L'aspetto più orrido del loro impiego era il tasso di incidenti. Capitava che qualcuno di loro precipitasse in quei baratri, e quando riuscivano a risucchiarlo fuori non ne rimaneva molto da mostrare ai visitatori. Magari ci si accorgeva solo dopo alcuni giorni che vi era caduto dentro, e quindi ogni parte del suo corpo, era già stata inviata ai quattro angoli del mondo, etichettata come 'Lardo Foglia d'Oro Durham' ⁽³⁸⁾.

Sinclair, attivista di fede socialista, aveva concepito il suo romanzo come atto di denuncia destinato a sostenere le ragioni dei lavoratori dei macelli, in massima parte immigrati non di rado di minore età: i tentativi di far valere le loro ragioni si erano costantemente scontrati con l'ostilità dei loro datori di lavoro, in particolare di quelli raccolti nel potente *beef-trust*, il cartello in cui si trovavano i principali produttori di carne ⁽³⁹⁾. In effetti il libro ebbe un notevole successo e attirò l'attenzione sulle condizioni di lavoro nei macelli dell'opinione pubblica e persino della politica. Le conseguenze non si registrarono però sul piano del diritto del lavoro, bensì su quello di un settore dell'ordinamento anch'esso nuovo per l'epoca di cui parliamo: il diritto dei consumatori.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 116 e s. La traduzione riportata è quella di Rosa Giovanna Orri (*La giungla*, Bologna, Ginko Edizioni, 2011, p. 90 e s.). Difficile non stabilire un parallelo con le descrizioni della fabbrica e della città fordista contenute nel *Viaggio al termine della notte* di Louis-Ferdinand Céline (*Voyage au bout de la nuit*, 1932), il cui protagonista racconta la sua esperienza di operaio alla catena di montaggio degli stabilimenti Ford nella Detroit del primo dopoguerra. Qui però, a essere stigmatizzata, è anche la « tendenza totalizzante a ridurre l'eterogeneo panorama umano alla dura linearità del sistema di macchine » (M. REVELLI, *Oltre il Novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Torino, Einaudi, 2001, p. 51).

⁽³⁹⁾ Ad es. D. NIBERT, *Animals, Immigrants, and Profits: Slaughterhouses and the Political Economy of Oppression*, in *Critical Animal Studies: Thinking the Unthinkable*, a cura di J. Sorenson, Toronto, Canadian Scholars' Press Inc., 2014, p. 3 e ss.

Lo stesso anno in cui venne pubblicato il romanzo di Sinclair videro infatti la luce il *Federal Meat Inspection Act* e il *Pure Food and Drug Act*, due provvedimenti concernenti l'esercizio di poteri di polizia per finalità attinenti alla salute pubblica. Il primo colpiva il commercio di carne adulterata, stabiliva standard sanitari per la macellazione, e affidava nel merito ampi poteri ispettivi alle autorità amministrative. Il secondo provvedimento si occupava del commercio di prodotti alimentari in genere, di alcolici e di medicinali, prescrivendo l'indicazione degli ingredienti in etichetta e affidando anch'esso all'Amministrazione il potere di verificarne l'applicazione⁽⁴⁰⁾. Nulla invece sul fronte dei diritti dei lavoratori, che pure, come sappiamo, venivano in qualche modo riconosciuti e tutelati da alcuni legislatori statali. Anzi, una decisione della Corte suprema resa nel 1905, la sentenza *Lochner*, impedì per molto tempo un'evoluzione dell'ordinamento in questo senso, pregiudicando così anche la possibilità di valorizzare il precedente relativo alla giornata lavorativa nelle miniere dello Utah⁽⁴¹⁾.

Lochner riguardò un provvedimento dello Stato di New York dedicato alle panetterie e pasticcerie, con indicazioni sulle condizioni igieniche dei locali adibiti alla produzione alimentare, ma anche sulla protezione della salute dei lavoratori: in particolare la limitazione dell'attività lavorativa a dieci ore giornaliere e sessanta settimanali⁽⁴²⁾. I giudici federali ritennero quest'ultima indicazione il frutto di un esercizio incostituzionale dei poteri di polizia, giacché realizzava una violazione del principio di libertà contrattuale ancorato nel 14. emendamento, di cui si proponeva una lettura di matrice formalista: « il diritto di comprare o vendere lavoro », ovvero « il diritto dell'individuo di concludere i contratti in materia di lavoro che gli sembrano appropriati o necessari per il supporto di sé e della sua famiglia », doveva ritenersi « parte della libertà protetta da questo emendamento ». Più precisamente:

(40) Cfr. N. MEIJER, N. TILKIN-FRANSENS, B. VAN DER MEULEN, *Eleven Decades of US American Federal Food Law. How the FDA Acquired its Statutory Powers*, in « European Food and Feed Law Review », 2015, p. 433 e ss.

(41) V.E. FREUND, *Limitation of Hours of Labor and the Federal Supreme Court*, in « Green Bag », 17 (1905), p. 411 e ss.

(42) *Bakeshop Act* del 1895.

Non c'è fondamento ragionevole per interferire con la libertà della persona o il diritto di contrarre liberamente per determinare le ore di lavoro nell'occupazione di un panettiere. Non c'è controversia circa il fatto che i panettieri, in quanto classe, non siano pari agli altri uomini impegnati in altri commerci od occupazioni manuali quanto a intelligenza e capacità, o circa il fatto che siano capaci di affermare i loro diritti e pensare a loro stessi senza la protezione del braccio dello Stato, chiamato a interferire con la loro indipendenza di giudizio e azione ⁽⁴³⁾.

Se peraltro la limitazione dell'orario di lavoro dei panettieri non si doveva ammettere in quanto lesiva della loro libertà contrattuale, in via di principio essa poteva essere legittimata dalla necessità di tutelare la loro salute. Anche qui, però, i giudici non rilevarono alcun motivo per ritenere che questa dovesse essere la conclusione per la specifica classe di lavoratori presa in considerazione. L'attività del panettiere, sostennero, procura non meno danni alla salute di qualsiasi altra occupazione, motivo per cui non può legittimarsi un esercizio dei poteri di polizia come quello a cui si è dedicato il legislatore dello Stato di New York:

Si può tranquillamente affermare che quasi tutti gli impieghi influenzano più o meno la salute. [...] Ma solo per questo dobbiamo essere in balia delle maggioranze legislative? Un tipografo, un lattoniere, un fabbro, un falegname, un ebanista, un impiegato presso un negozio di tessuti, una banca, uno studio di avvocato, uno studio medico, o presso quasi ogni tipo di attività: sulla base di questo assunto tutti sarebbero ricondotti sotto il potere del legislatore. Nessun commercio, nessuna occupazione, nessun modo di guadagnarsi da vivere potrebbe sfuggire a questo potere pervasivo, e gli atti legislativi limitativi delle ore di lavoro in tutti gli impieghi sarebbero validi, nonostante una simile limitazione potrebbe mutilare seriamente la capacità del lavoratore di supportare sé e la propria famiglia ⁽⁴⁴⁾.

Si noti che la Corte non intese, con tutto ciò, superare la sentenza *Holden*: lì il provvedimento riguardava una specifica « classe di persone », sicché la decisione non poteva essere vista come l'avallo del contenimento dell'orario di lavoro in quanto tale. Inoltre il provvedimento relativo alle miniere dello Utah conteneva una « clausola di emergenza », per la quale il limite orario poteva essere superato qualora la vita o la proprietà fossero « minacciate da

⁽⁴³⁾ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 57.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 59.

un pericolo imminente», cosa che invece non era prevista nella disciplina sull'attività dei panettieri.

A ben vedere la possibilità di un *distinguishing* appare contestabile, e in effetti la scelta dei giudici federali sollevò alcune critiche tra i contemporanei ⁽⁴⁵⁾, ovviamente estese al tenore politico normativo della decisione ⁽⁴⁶⁾. Il favore per un'attitudine accondiscendente verso il *laissez faire* incontrava tuttavia il favore di diversi autori, anche se con intensità decrescente con il passare degli anni ⁽⁴⁷⁾.

4. *L'Era Lochner tra libertà contrattuale e collaborazione tra capitale e lavoro.*

Come abbiamo detto, la decisione sull'orario di lavoro dei panettieri di New York aprì una stagione di ostilità della Corte suprema verso la compressione dell'autonomia privata in materia lavoristica, sostenuta da letture formaliste del principio di libertà contrattuale in quella materia. Una lunga stagione, chiusa solo nella seconda metà degli anni Trenta, che venne significativamente chiamata Era Lochner: periodo durante il quale la Corte suprema si mise complessivamente al servizio dei fautori del *laissez faire*, sebbene alcune decisioni furono accondiscendenti verso il ricorso ai poteri di polizia in materia economica ⁽⁴⁸⁾. Tuttavia non in tema di tutela dei lavoratori, o comunque non per promuovere la loro emancipazione o eventualmente per legittimare condotte incompatibili con le necessità sistemiche dell'ordine economico.

Emblematiche furono due decisioni dedicate ai cosiddetti

⁽⁴⁵⁾ Ad es. FREUND, *Limitation of Hours of Labor*, cit., p. 412 e ss. Anche ID., *Constitutional Limitations and Labor Legislation*, in « Illinois Law Review », 4 (1910), p. 3 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Per tutti L.M. GREELEY, *The Changing Attitude of the Courts Towards Social Legislation*, in « Illinois Law Review », 5 (1910-11), p. 226.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. S.W. DUNSCOMB JR., *The Police Power and Civil Liberty*, in « Columbia Law Review », 6 (1906), p. 93 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Sull'Era Lochner la letteratura è sterminata. Da ultimo F. SAITTO, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in « Diritto pubblico », 2016, p. 669 e ss., anche per una panoramica sui problemi che il tema oggetto di queste pagine pone nel rapporto, di cui non ci occuperemo, tra diritto federale e diritto statale.

accordi *yellow dog* ⁽⁴⁹⁾, ovvero gli accordi con cui un lavoratore si impegnava con il suo datore di lavoro a non aderire al sindacato, comprensibilmente considerati una vera e propria minaccia per l'esistenza di quest'ultimo ⁽⁵⁰⁾. Una simile pratica venne per la verità ritenuta un illecito penale da un provvedimento federale di fine Ottocento relativo al trasporto ferroviario intrastatale, dove si vietava al datore di lavoro anche di « minacciare il lavoratore con la perdita del posto » o « discriminare il lavoratore » a causa della sua appartenenza a un'organizzazione sindacale ⁽⁵¹⁾. La Corte suprema, però, dichiarò l'incostituzionalità di questi divieti in una decisione resa poco dopo la sentenza *Lochner*, dove si ribadirono i fondamenti dell'impostazione formalistica solidale con l'ideologia del *laissez faire*. La Costituzione statunitense, si precisò, protegge la proprietà e la libertà personale, beni che il provvedimento federale invece aggrediva menomando la libertà contrattuale di entrambe le parti della relazione di lavoro:

Il diritto di una persona di vendere il suo lavoro alle condizioni che reputa più opportune è, nella sua essenza, lo stesso diritto di chi acquista il lavoro di prescrivere le condizioni alle quali accetterà il lavoro dalla persona che si offre di venderlo. Allo stesso modo, il diritto del lavoratore di uscire dalla relazione con il datore di lavoro, non importa per quale ragione, è lo stesso diritto del datore di lavoro di fare a meno dell'opera di quel lavoratore, non importa per quale ragione. [...] Il datore di lavoro e il lavoratore hanno uguali diritti, e ogni disciplina che alteri questa uguaglianza è un'interferenza arbitraria con la libertà di contratto che in un Paese libero nessun governo può giustificare legalmente ⁽⁵²⁾.

L'orientamento dei giudici federali venne confermato in una decisione di qualche anno successiva, in cui si dichiarò l'incostituzionalità di una legge statale di contrasto degli accordi *yellow dog*. Con l'occasione si ribadì che non era compito dei pubblici poteri

⁽⁴⁹⁾ Letteralmente « cane giallo », espressione coniata al principio degli anni Venti in ambienti sindacali per alludere a come si sarebbe ridotto il lavoratore, privato di « ogni diritto che possiede in virtù della Costituzione », e reso « uno schiavo impotente del datore di lavoro »: cfr. P. COUSINEAU, *Wordcatcher. An Odyssey into the World of Weird and Wonderful Words*, Berkeley Ca., Viva Editions, 2010, p. 284.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Against the "Yellow Dog" Contract!*, in « American Labor Legislation Review », 17 (1927), p. 367.

⁽⁵¹⁾ Sect. 10 *Erdman Act* del 1898.

⁽⁵²⁾ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), p. 174 e s.

risolvere il problema della sostanziale disparità dei contraenti quanto a forza sociale, e dunque a capacità di rappresentare e far prevalere i propri interessi: « dove c'è diritto di proprietà ci devono essere e ci saranno fortune diseguali, sicché accade naturalmente che coloro i quali negoziano un contratto non sono liberi in modo uguale dai condizionamenti delle circostanze » (53).

Insomma, gli Stati Uniti, non diversamente dagli altri Paesi occidentali, stavano attraversando un periodo di cambiamenti epocali, oltre che per lo sviluppo dell'ordine economico, anche per le vicende legate al primo conflitto mondiale, non certo estranee a quelle connesse all'evoluzione del capitalismo. Ciò indusse a rivedere la rigidità con cui, in materia di lavoro, si applicavano i dogmi ereditati dal passato, tuttavia sulla base di un impeto organicista che non consentiva di vedere nei correttivi all'autonomia privata un modo di promuovere l'emancipazione di coloro i quali erano menomati dalla sua affermazione in termini assoluti.

Altrimenti detto, se si ammettevano deroghe al *laissez faire*, era per « confezionare discipline per la protezione di tutti, la comunità o il pubblico interesse » (54). E non può certo ritenersi che sia nel merito un'eccezione la decisione con cui la Corte suprema ha ritenuto legittima una limitazione a dieci ore dell'orario di lavoro disposta da una legge dell'Oregon, che in effetti presentava le medesime caratteristiche della disciplina, sopra ricordata, del lavoro nelle miniere dello Utah: conteneva una clausola di emergenza per la quale, se « la vita o la proprietà sono esposte a un pericolo imminente », il limite indicato poteva essere superato, sebbene accordando al lavoratore un riconoscimento per il lavoro straordinario (55).

Evidenzieremo fra breve la carica eugenetica che ha caratterizzato l'impostazione della Corte suprema. Prima però occorre dire dell'atteggiamento dei giudici federali nei casi in cui la promozione dei diritti dei lavoratori non costituiva il mero riflesso di misure volte a produrre un loro scioglimento dell'ordine economico. Menzione-

(53) *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), p. 17.

(54) J.R. ANTHONY, *Attitude of the Supreme Court Towards Liberty of Contract*, in « Texas Law Review », 6 (1927-28), p. 301.

(55) *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

remo a titolo esemplificativo tre decisioni rese tra la fine del secondo conflitto mondiale e la metà degli anni Trenta, anche per dare conto della notevole estensione temporale dell'Era Lochner.

La prima decisione riguardò il lavoro minorile, fenomeno verso il quale l'opinione pubblica iniziava a sensibilizzarsi, ispirando tuttavia interventi legislativi solo in alcuni Stati. Nel 1916 un provvedimento federale tentò allora di venire in soccorso, escludendo dal commercio interstatale i prodotti realizzati da minori di quattordici anni, oppure da minori di sedici anni impiegati di notte o per più di otto ore al giorno. I giudici federali non valutarono il provvedimento dal punto di vista della sua compatibilità con il *due process of law*. Si limitarono a rilevare che esso tentava di correggere una situazione di « concorrenza sleale » determinata dal diverso approccio dei legislatori statali al problema del lavoro minorile, e che non rientrava tra le competenze federali emanarlo: per questo motivo era da ritenersi incostituzionale ⁽⁵⁶⁾.

Alcuni anni dopo, con la sentenza *Adkins*, la Corte suprema si occupò di una legge federale per l'allora District of Columbia, ovvero per la Capitale, che aveva disposto in materia di salario minimo delle lavoratrici donne, sulla scia di quanto avevano all'epoca realizzato altri legislatori statali ⁽⁵⁷⁾. I giudici riconobbero che « la libertà contrattuale assoluta non esiste », e tuttavia precisarono che nello specifico non vi erano i presupposti per derogarvi: si trattava « semplicemente ed esclusivamente di una legge destinata a fissare il prezzo, limitata alle donne adulte, legalmente capaci di contrarre esattamente come gli uomini ». Era pertanto incostituzionale in quanto impediva di esercitare la libertà contrattuale, e dunque alle parti di individuare « il prezzo al quale una fornirà il servizio all'altra », in una situazione nella quale « entrambe sono intenzionate e forse ansiose di trovare un accordo » ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), p. 273. Le legge dichiarata incostituzionale è il *Child Labor Act* del 1916.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. A.N. HOLCOMBE, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, in « The Annals of the American Academy of Political and Social Science », 69 (1917), p. 34 e ss.

⁽⁵⁸⁾ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), pp. 546 e 554 s., dove il provvedimento colpito è il *Minimum Wage Act* del 1918. In dottrina ad es. G.W.

Nel 1936 il vertice della giustizia federale si trovò a valutare un provvedimento simile, questa volta dello Stato di New York. Anche questa volta, a distanza di quasi quindici anni, venne ribadita l'incompatibilità del provvedimento con il *due process of law*, e con ciò l'incostituzionalità delle misure legislative destinate a individuare minimi salariali. E anche questa volta si ravvisò una violazione del principio di libertà contrattuale non perché non fossero immaginabili situazioni in cui occorreva tutelare le lavoratrici, ma perché nel caso di specie mancavano i presupposti per la tutela. Quest'ultima era ammissibile solo in presenza di un « interesse pubblico », per ravvisare il quale « le differenze fisiche tra uomini e donne devono essere riconosciute », cosa che per i giudici non si era però verificata ⁽⁵⁹⁾.

5. Segue: *le opinioni dissenzienti del Giudice Holmes.*

Solo qualche mese dopo, questo orientamento venne affossato da una decisione, che vedremo fra breve, a cui si attribuisce il merito di aver terminato l'Era Lochner. Si capirà allora che l'interesse pubblico di cui si parla non ha a che vedere con l'emancipazione dei soggetti socialmente deboli, la cui condizione viene bilanciata dal riconoscimento di forza giuridica, bensì con le necessità dell'ordine economico eretto a sistema. Un sistema che richiede la compressione dei comportamenti emancipatori in quanto condotte antisistema, a meno che non portino alla pacificazione dell'ordine e alla collaborazione tra le sue componenti. Un sistema, ancora, che finisce per alimentare costruzioni di tipo eugenetico in quanto utili ad alimentare quella pacificazione e quella collaborazione.

Tutto il contrario di quanto venne invece affermato nella sentenza Lochner, dove si è accuratamente evitato di assumere un punto di vista sistemico, quello per cui le condotte individuali sono funzionalizzate al mantenimento dell'equilibrio dell'ordine e alla

GOBLE, *The Minimum Wage Decision*, in « Kentucky Law Journal », 12 (1923-24), p. 3 e ss. e T.R. POWELL, *Judiciality of Minimum-Wage Legislation*, in « Harvard Law Review », 37 (1923-24), p. 545 e ss.

⁽⁵⁹⁾ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), p. 610 e s. La legge considerata dalla decisione è il *Minimum Wage Law for Women* del 1933.

promozione del suo sviluppo. Lì si rifiutava esplicitamente l'idea che i pubblici poteri dovessero intervenire, direbbero alcuni in chiave paternalistica, affinché « una parte contrattuale sia protetta da se stessa »: come ha invece affermato la Corte suprema nella sentenza *Holden* ⁽⁶⁰⁾. I giudici del caso *Lochner* esclusero invece che lo Stato dovesse assumere « la posizione di un supervisore o di un *pater familias* con riferimento a qualsiasi atto individuale », quindi che l'esercizio dei poteri di polizia potesse essere legittimato da « un interesse dello Stato a che la sua popolazione sia forte e robusta » ⁽⁶¹⁾.

Se peraltro la Corte suprema rifiutava il punto di vista sistematico, il futuro cambiamento di rotta emergeva dalle opinioni dissenzienti di Oliver Holmes ⁽⁶²⁾, una personalità che avrebbe interpretato la reazione al formalismo poi approdata al realismo giuridico ⁽⁶³⁾. Una opinione in particolare ci restituisce il senso di quel cambiamento, perché riguarda la legge federale, come sappiamo dichiarata incostituzionale, che ha vietato il ricorso agli accordi *yellow dog* nel settore dei trasporti. La legge aveva come finalità prima la collaborazione tra capitale e lavoro, giacché colpiva le condotte antisindacali per alimentare un sistema arbitrare di risoluzione delle controversie tra datori di lavoro lavoratori iscritti ai sindacati, che dunque assumevano un ruolo in quanto promotori di pace sociale nell'ambito dell'impresa. Il tutto sulla scia di pratiche instaurate durante il primo conflitto mondiale, quando vi era un particolare interesse alla ricomposizione pacifica dei conflitti di

⁽⁶⁰⁾ *Holden v. Hardy*, cit., p. 397.

⁽⁶¹⁾ *Lochner v. New York*, cit., pp. 60 e 62.

⁽⁶²⁾ Personalità di primo piano nella storia del diritto angloamericano, testimoniata dalla notevole diffusione dei suoi scritti e celebrata da una letteratura molto vasta. V. per tutti, anche per ulteriori citazioni e per una prima selezione di lavori, R.A. POSNER, *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Chicago, University of Chicago Press, 1992. In italiano v. O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1975.

⁽⁶³⁾ Nel merito può essere richiamato anche Roscoe Pound, le cui riflessioni sulla libertà di contratto presentano alcuni punti di contatto con quanto ci accingiamo a riferire di Holmes: cfr. R. POUND, *Liberty of Contract*, in « *Yale Law Journal* », 18 (1908-1909), part. p. 480 e s.

lavoro ⁽⁶⁴⁾, incentivata dai pubblici poteri attraverso la promozione di schemi corporativi ⁽⁶⁵⁾. Pratiche non a caso criticate da chi negli anni Trenta avversava la rappresentanza organizzata di interessi, quelli dei lavoratori come quelli dei datori di lavoro, in quanto capace di condurre gli Stati Uniti a percorrere strade assimilabili a quelle percorse dal fascismo ⁽⁶⁶⁾.

Ebbene, la curvatura organicista del provvedimento sottoposto al giudizio della Corte venne colta da Holmes nella sua opinione dissenziente, che anzi la celebrava come fondamento di una politica del diritto da avallare in quanto corrispondente « ai migliori interessi non solo dei lavoratori, ma anche delle ferrovie e del Paese in generale ». Più precisamente

Evitare gli scioperi, e in quanto possibile facilitarne la composizione, poteva senza dubbio costituire per il Congresso un valido orientamento politico e ritengo insostenibile che tale organo non potesse ragionevolmente pensare che la disposizione in parola avrebbe molto giovato all'attuazione di tale orientamento. Ma se anche supponiamo che il Congresso mirasse unicamente a promuovere il completo inquadramento sindacale dei ferrovieri, ritengo che tale scopo giustificerebbe da solo la legge. Convegno che stabilire che cosa e quanto facciano di buono i sindacati è questione su cui le persone intelligenti possono avere idee contrastanti [...] ma non potrei considerare illegittimo che il Congresso decida che favorire un forte sindacato giovi ai migliori interessi non solo dei lavoratori ma anche delle ferrovie e del Paese in generale ⁽⁶⁷⁾.

Holmes ribadì la legittimità di un divieto degli accordi *yellow dog* in occasione della seconda decisione della Corte dedicata a questa figura, anch'essa menzionata poco sopra. Qui, a onor del vero, la sua posizione non possedeva venature organiciste, rimpiazzate da motivazioni incentrate sull'utilità della coalizione tra lavora-

⁽⁶⁴⁾ Cfr. J.I. SEIDMAN, *The Yellow Dog Contract*, in « The Quarterly Journal of Economics », 46 (1932), p. 351.

⁽⁶⁵⁾ R.D. CUFF, *Politica del lavoro e burocrazia federale*, in *L'età progressista negli Stati Uniti*, a cura di A. Testi, Bologna, il Mulino, 1984, p. 329 e ss., con particolare riferimento all'operato del Dipartimento del lavoro.

⁽⁶⁶⁾ C.E. BONNETT, *The Yellow Dog Contract in Its Relations to Public Policy*, in « Tulane Law Review », 7 (1933), p. 318.

⁽⁶⁷⁾ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), p. 191 e s. (traduzione tratta da HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit., p. 59).

tori per lottare e ottenere così un « contratto giusto » (68). Era cioè prevalente l'approccio di chi valorizzava l'azione collettiva volta a produrre emancipazione sociale, quello per cui la parità sostanziale si ha nel momento in cui il diritto contribuisce a distribuire le armi del conflitto sociale, che in altra occasione Holmes aveva avuto modi di meglio precisare (69).

Di tutt'altro tenore è però l'opinione dissenziente nella decisione sul salario minimo delle lavoratrici, anch'essa ricordata poco sopra. Qui l'impeto organicista assumeva coloriture eugenetiche, capaci di gettare ombre oscure sugli effetti emancipatori che l'orientamento pure produce, e che tuttavia appaiono come un esito secondario, incapaci di rappresentare il loro fondamento primo. È quanto si ricava dal rilievo che « vietare l'impiego di lavoratrici a salari inferiori a quelli chiesti come minimi da esigenze di salute e da un giusto tenore di vita » corrisponde a un fine capace di legittimare l'esercizio dei poteri di polizia: « il fine di rimuovere condizioni di vita che sono cause di malattie, d'immoralità e di deterioramento della razza » (70).

6. *Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo: le lavandaie dell'Oregon e le cameriere di Washington.*

Come abbiamo anticipato, già durante l'Era Lochner la Corte suprema aveva legittimato intrusioni nella libertà contrattuale, e lo aveva fatto nei confronti delle lavoratrici donne. La prima decisione in cui ciò avvenne è la sentenza Muller del 1908, relativa a una legge dell'Oregon con cui si limitava a dieci ore la giornata lavorativa nelle lavanderie: gli stessi luoghi di lavoro per i quali un provvedimento della Città di San Francisco aveva disposto il divieto di lavoro notturno, avallato come sappiamo dal vertice della giustizia federale

(68) *Coppage v. Kansas*, cit., p. 27 (traduzione tratta da HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit., p. 63).

(69) V. la sua opinione dissenziente in una decisione resa in quanto giudice della Corte suprema del Massachusetts, in *Vegefabn v. Guntner*, 167 Mass. 92 (1896), p. 104 e ss. (anche in HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit., p. 12 e ss.).

(70) *Adkins v. Children's Hospital*, cit., pp. 567 e 570 (traduzione tratta da HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 122 e 124).

in quanto utile a prevenire gli incendi. Anche qui le motivazioni hanno espresso una tensione organicista dei giudici federali, questa volta, però, affiancata da costruzioni piuttosto impegnative: concernono la necessità di colpire il lavoro produttivo per tutelare il lavoro che potremmo definire, con terminologia di sapore volutamente eugenetico, riproduttivo.

Evidentemente si fa qui riferimento all'eugenetica negativa, ovvero quella destinata a incidere sulla salute fisica e psichica dell'individuo attraverso politiche demografiche e sanitarie, e non anche all'eugenetica positiva, volta invece a condizionare i meccanismi di trasmissione dei caratteri ereditari. La prima si diffuse proprio nei decenni cui sono dedicate queste pagine, anche e soprattutto in area statunitense, dove prese corpo in netto anticipo sulla Germania nazista ⁽⁷¹⁾: a conferma di come simili pratiche siano il portato della modernità, e non la prerogativa di fasi particolarmente screditate della storia ⁽⁷²⁾. Il tutto avallato dalla Corte suprema, che in una nota sentenza scritta non a caso dal Giudice Holmes non ebbe remore a sostenere una legge sulla sterilizzazione obbligatoria dei disabili, sul presupposto che « tre generazioni di imbecilli sono abbastanza » ⁽⁷³⁾.

A rigore, le misure di diritto del lavoro che abbiamo finora analizzato non concernono pratiche di eugenetica negativa, e tuttavia l'accostamento non sembri fuori luogo. L'ordine economico aveva in qualche modo assunto le sembianze di un organismo economico, e in quanto tale era il destinatario di interventi di natura biopolitica: rivolti alla parte viva, ovvero alla popolazione dedita al lavoro. La si doveva infatti plasmare in funzione del suo impiego alla catena di montaggio, e a monte del suo essere destinataria di compiti di sistema concernenti al presidio del meccanismo concorrenziale: la

⁽⁷¹⁾ Citazioni in C. FUSCHETTO, *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Roma, Armando Editore, 2004, p. 105 e ss.

⁽⁷²⁾ Ad es. E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma e Bari, Laterza, 2003, p. 24.

⁽⁷³⁾ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), p. 207. In letteratura, ad es., K.E. GRADY, *A Review of Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell*, in « Georgia State University Law Review », 26 (2009-10), p. 1295 e ss.

si doveva valorizzare in quanto delegataria di funzioni di polizia economica (74).

Ma torniamo alla sentenza Muller, e in particolare alle riflessioni di sapore eugenetico proposte per legittimare la limitazione dell'orario di lavoro delle lavoratrici. Riflessioni tutte incentrate sul ruolo della donna in quanto affidataria del compito di « preservare la forza e il vigore della razza », del tutto assimilabili a quelle poi ricorrenti nelle esperienze fasciste (75). In entrambi i casi il corpo della donna diveniva oggetto di attenzioni dei pubblici poteri in quanto responsabile della trasmissione del patrimonio genetico (76):

Che la struttura fisica della donna e lo svolgimento delle funzioni materne la collochino in una posizione svantaggiata nella lotta per la sopravvivenza, è un fatto ovvio. Questo è vero soprattutto se su di lei incombono gli oneri della maternità. E persino quando così non è, come abbondantemente testimoniato dalla classe medica, stare a lungo in piedi al lavoro, ripetendolo di giorno in giorno, provoca effetti dannosi sul suo corpo. Per questo, siccome le madri sane sono essenziali per ottenere una prole vigorosa, il benessere fisico di una donna diviene oggetto di pubblico interesse e cura per preservare la forza e il vigore della razza (77).

E il tutto, precisano i giudici, non costituisce un superamento del precedente stabilito con Lochner, dal momento che qui si individua una specifica categoria di soggetti effettivamente portatori di una specifica debolezza: quella femminile, derivante fra l'altro dalla naturale subordinazione della donna all'uomo. Precisamente:

La storia rivela il fatto che la donna è sempre stata dipendente dall'uomo. L'uomo ha stabilito fin dall'inizio il suo controllo facendo leva sulla superiore forza fisica, e questo controllo, in varie forme, con intensità decre-

(74) Citazioni in A. SOMMA, *Razzismo economico e società dei consumi*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2009, p. 447 e ss.

(75) Per tutti G.L. MOSSE, *Il razzismo in Europa* (1978), Roma e Bari, Laterza, 2007, p. 7 e G.M. FREDRICKSON, *Breve storia del razzismo* (2002), Roma, Donzelli, 2005, p. 60 e ss.

(76) Cfr. R. MAIOCCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Scandicci, La Nuova Italia, 1999, p. 65.

(77) *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), p. 421, in cui la legge analizzata dai giudici è il *Minimum Wage for Women Act* del 1903. Nello stesso senso alcune corti statali: cfr. A.A. BRUCE, *The Illinois Ten-Hour Labor Law for Women*, in « Michigan Law Review », 8 (1909), p. 1 e ss. e L.M. GREELEY, *The Changing Attitude of the Courts Towards Social Legislation*, in « Illinois Law Review », 5 (1910-11), p. 222 e ss.

scente, è continuato sino al presente. Come i minori, sebbene non nella stessa misura, nelle corti è stata vista come bisognosa di speciale protezione affinché possa conservare i suoi diritti. L'educazione le è stata negata per molto tempo, e sebbene ora le porte delle classi scolastiche siano aperte e le sue opportunità di acquisire conoscenze siano grandi, nonostante la conseguente maggiore capacità negli affari, è pur sempre vero che non è un competitore al livello di suo fratello. [...] Distinta dall'uomo in relazione a questi problemi, è collocata in una classe per se stessa, pertanto si può ammettere una legislazione concepita per la sua protezione anche se una legislazione identica non è necessaria per gli uomini, e dunque non potrebbe essere ammessa. È impossibile chiudere gli occhi di fronte al fatto che guarda ancora a suo fratello, e che dipende da lui ⁽⁷⁸⁾.

In altre decisioni la Corte suprema ha sostenuto la costituzionalità di leggi statali in cui si imponevano limiti alla durata del lavoro femminile, tuttavia senza scomodare motivazioni come quelle appena riferite ⁽⁷⁹⁾. L'approccio eugenetico ha invece fatto capolino nella sentenza *West Coast*, una decisione del 1937 relativa a un provvedimento dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici e per i minori. Anche questa decisione è molto nota in quanto viene ritenuta la pronuncia con cui finalmente si terminò l'Era *Lochner*, e dove venne esplicitamente superato l'orientamento espresso nella sentenza *Adkins*.

Nel periodo di cui parliamo erano numerose le leggi statali simili a quella dello Stato di Washington, che non si erano cioè adeguate alle indicazioni espresse negli anni Venti dai giudici federali. Un invito a confezionarle era stato del resto formulato da Roosevelt nel 1933, al principio del suo primo mandato presidenziale. Secondo il padre del *New Deal* la fissazione per legge dei minimi salariali, in un periodo notoriamente afflitto dalle conseguenze della Grande depressione, corrispondeva a un « interesse pubblico », giacché la possibilità di accettare salari bassi costituiva « una grave forma di concorrenza sleale » e una « minaccia alla

⁽⁷⁸⁾ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), p. 421 e s.

⁽⁷⁹⁾ Ad es. *Bosley v. McLaughlin*, 236 U.S. 385 (1915) e *Miller v. Wilson*, 236 U.S. 373 (1915), dove si prese in considerazione un provvedimento dello Stato della California che limitava l'orario di lavoro delle lavoratrici a otto ore giornaliere e quarantotto settimanali.

stabilità dell'industria »⁽⁸⁰⁾. Certo, in questo modo veniva sfidata la Corte suprema, ma Roosevelt avrebbe poi fatto di più: nel 1937, proprio mentre i giudici erano impegnati a valutare la legge sui minimi salariali dello Stato di Washington, propose al Congresso di rivedere la composizione della Corte, e precisamente di aumentare il numero dei componenti il collegio per avere così la possibilità di mettere in minoranza i giudici conservatori. Le valutazioni attorno a questa vicenda sono in parte divergenti, ma è un dato di fatto che, sebbene alla proposta non si sia poi dato seguito, l'atteggiamento della Corte nei confronti dei provvedimenti voluti dall'Amministrazione Roosevelt mutò profondamente⁽⁸¹⁾.

Detto questo, possiamo concentrarci sul percorso argomentativo che ha portato la Corte suprema a modificare il proprio orientamento in materia di minimi salariali. Il punto di partenza fu la constatazione, non nuova, che la libertà contrattuale non doveva intendersi come valore assoluto. Manifestandosi « nell'ambito di un'organizzazione sociale », poteva infatti rivelarsi « minacciosa per la salute, la sicurezza, la morale e il benessere delle persone ». Di qui la necessità di un intervento del legislatore, ad esempio per limitare l'orario di lavoro delle lavoratrici, funzionale a « preservare la forza e il vigore della razza » e in questo senso coincidente con uno specifico interesse statale⁽⁸²⁾.

Negli anni Venti, con la sentenza *Adkins*, la Corte aveva ritenuto che un simile interesse non potesse giustificare anche l'individuazione da parte del legislatore di minimi salariali e proprio su questo punto i giudici mutarono orientamento. Occorreva infatti ammetterli, e non solo nell'interesse dalla parte debole del rapporto,

⁽⁸⁰⁾ Cfr. I.O. ANDREWS, *Minimum Wage Comes Back*, in « American Labor Legislation Review », 23 (1933), p. 103 e ss.

⁽⁸¹⁾ Sul cosiddetto *Court packing plan* del Presidente Roosevelt, v. ad es. B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, New York e Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 11 e ss. Con specifico riferimento alle decisioni sui minimi salariali, cfr. G.E. WHITE, *West Coast Hotel's Place in American Constitutional History*, in « Yale Law Journal Online », 122 (2012-13), p. 70 e ss.

⁽⁸²⁾ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), p. 394, dove la legge considerata è il *Minimum Wage for Women Act* del 1913. Nella dottrina dell'epoca, ad es., T.C. CHAPIN, *Stare Decisis and Minimum Wages*, in « Rocky Mountain Law Review », 9 (1936-37), p. 297 e ss.

finalmente sottratta a una « competizione dannosa »: i minimi salariali evitavano anche aggravii di spesa a carico dei pubblici poteri, inevitabilmente chiamati a fronteggiare le situazioni di indigenza. Di qui il tono paternalistico e insieme organicista della motivazione:

Lo sfruttamento di una classe di lavoratori che sono in una posizione di disparità quanto a potere contrattuale, e che pertanto sono relativamente privi di difese di fronte al rifiuto di un salario sufficiente al sostentamento, non produce danni solo alla loro salute e al loro benessere, ma determina anche un trasferimento sulla comunità degli oneri relativi al loro sostentamento. Ciò che questi lavoratori perdono in termini di salario, i contribuenti sono chiamati a corrisponderlo ⁽⁸³⁾.

Come si sa, tutto ciò è stato nel tempo sottoposto a critiche penetranti, rivolte in particolare da chi a partire dagli anni Settanta ha iniziato a osservare il fenomeno diritto da un'ottica di genere ⁽⁸⁴⁾. Ai nostri fini ci concentreremo invece, come abbiamo in parte già fatto, sul nesso tra le misure lavoristiche analizzate e il tipo di ordine economico che questo erano chiamate ad alimentare.

7. *Capitalismo organizzato, società organizzata e benessere dello Stato.*

Tra le riflessioni sull'orientamento della Corte suprema in tema di orario di lavoro spicca quella, formulata già dai contemporanei, di chi reputava ingiustificato limitare la tutela alle sole lavoratrici: la protezione andava estesa a tutti i lavoratori, a prescindere dal genere, che « non si trovano in una situazione di parità quanto a potere contrattuale » ⁽⁸⁵⁾. Si tratta di una riflessione centrale ai nostri fini, giacché evidenzia al meglio il senso delle costruzioni di matrice organicista, che mentre esaltano il punto di vista della comunità in quanto tale, impediscono che si riconoscano al suo interno interessi divergenti o comunque distinti da quelli attribuiti

⁽⁸³⁾ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, cit., p. 399.

⁽⁸⁴⁾ Ad es. N.S. ERICKSON, *Women and the Supreme Court: Anatomy is Destiny*, in « Brooklyn Law Review », 41 (1974-75), p. 209 e ss. e R.B. GINSBURG, *Muller v. Oregon: One Hundred Years Later*, in « Willamette Law Review », 45 (2009), p. 359 e ss., con ulteriori riferimenti.

⁽⁸⁵⁾ J.K. CHEADLE, *The Parrish Case: Minimum Wages for Women and, perhaps, for Men*, in « University of Cincinnati Law Review », 11 (1937), p. 314.

all'ente a beneficio del quale vengono più o meno forzosamente ricomposti.

Ci troviamo del resto in un'epoca nella quale l'organicismo conosce una notevole diffusione, speculare rispetto al declino dei paradigmi individualisti, entrati definitivamente in crisi con il primo conflitto mondiale: quell'evento li aveva « abbattuti » esattamente come la Rivoluzione francese aveva « rovesciato il feudalesimo »⁽⁸⁶⁾. Certo, l'organicismo non si mostrava ovunque con le medesime costruzioni, legate del resto al diverso modo di concepire la comunità entro cui sciogliere l'individuo: come Stato, per le comunità dove si era raggiunta l'unità politica, o come popolo, se invece la mancanza di quell'unità imponeva di invocare vicende di ordine culturale o biologico⁽⁸⁷⁾. Queste diversità non intaccavano tuttavia una finalità di fondo delle tensioni organiciste, ovvero il loro utilizzo come strumento di pacificazione sociale, e dunque di sterilizzazione del conflitto di classe: il conflitto inevitabilmente emerso come portato della transizione dalla società borghese alla società capitalista.

L'organicismo serviva insomma per sostenere l'ordine economico, il suo reggersi sul principio di concorrenza, il suo alimentare un regime di accumulazione di matrice fordista. E questo richiedeva la funzionalizzazione dei comportamenti individuali al mantenimento dell'equilibrio e alla promozione dello sviluppo di quell'ordine. Ad essi si doveva sacrificare il sistema dei diritti un tempo percepiti come assoluti: innanzi tutto il diritto di proprietà e il diritto di contrarre liberamente⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ N. STOLFI, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in « Rivista di diritto pubblico », 1922, I, pp. 388 e 404 e ss.

⁽⁸⁷⁾ Ho approfondito questi aspetti, con particolare riferimento alle esperienze italiana e tedesca, in A. SOMMA, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, Ombrecorte, 2009, p. 29 e ss.

⁽⁸⁸⁾ Sulla scia di Léon Duguit, la cui opera era conosciuta e diffusa in area statunitense: v. in particolare L. DUGUIT, *Changes of Principles in the Field of Liberty, Contract, Liability and Property*, in *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Boston, Little Brown and C., 1918, p. 65 e ss. (traduzione di *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912) e Id., *Law in the Modern State*, New York, B.W. Huebsch, 1919 (traduzione di *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, F. Alcan, 1911). Per riscontri, ad es. H.E.

Ma torniamo al modo di concepire la comunità di riferimento per le costruzioni organiciste e dedichiamoci alle retoriche in uso nell'esperienza statunitense, in particolare quelle emerse nel tentativo di legittimare l'uso dei poteri di polizia in contrasto con il principio di libertà contrattuale. In molti casi si evita di richiamare la dimensione dello Stato o quella del popolo, e si preferisce riferirsi alla società: concetto che rinvia ai corpi intermedi tra lo Stato e l'individuo, occultati dalla società borghese e riscoperti dalla società industriale, ma solo per poi ricomporli in chiave cooperativa entro un ordine sistemico.

La società a cui si pensa è insomma quella che occorre adattare al capitalismo organizzato: espressione coniata come si sa per l'esperienza tedesca tra gli anni Dieci e Venti del Novecento ⁽⁸⁹⁾, in parte riferibile anche all'esperienza statunitense: in particolare per la tendenza alla gestione tecnocratica e tendenzialmente corporativa dell'ordine economico, espressiva della tensione organicista cui abbiamo più volte fatto riferimento ⁽⁹⁰⁾. Del resto è proprio alla « società organizzata composta da individui con doveri reciproci », che si richiede una « comune lealtà a un Paese comune, una causa comune e una umanità comune » ⁽⁹¹⁾.

Non si tratta dunque di un'entità interamente assorbita nello Stato, così come accadeva nelle costruzioni all'epoca ricorrenti in area europea, dove erano alimentate anche e soprattutto dall'esperienza fascista. E tuttavia lo Stato non era certo assente, tanto da essere evocato come punto di riferimento per l'intervento dei pubblici poteri che potevano invadere la sfera individuale, se ispirati dal proposito di produrre benessere per la collettività. Ricorreva infatti

BARNES, *Some Contributions of Sociology to Modern Political Theory*, in « American Political Science Review », 15 (1921), p. 487 e ss., dove si richiama anche l'opera di Otto Gierke.

⁽⁸⁹⁾ R. HILFERDING, *Organisierter Kapitalismus. Referate und Diskussionen vom Sozialdemokratischen Parteitag 1927 in Kiel*, Kiel, (s.n.), 1927.

⁽⁹⁰⁾ Ad es. H.-J. PUHLE, *Der Übergang zum Organisierten Kapitalismus in den USA — Thesen zum Problem einer aufhaltsamen Entwicklung*, in *Organisierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge*, a cura di H. Winkler, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1974, p. 172 e ss.

⁽⁹¹⁾ A.A. BRUCE, *The Individualism of the Constitution*, in « Central Law Journal », 62 (1906), p. 377.

la formula « benessere dello Stato » (*Welfare of the State*), da cui ricavare una forse inconsapevole, ma significativa, indicazione circa il fondamento del nascente Stato sociale o Stato del benessere (*Welfare State*): quest'ultimo si giustificava non tanto come strumento di emancipazione dei portatori di debolezza sociale, bensì per la sua capacità di produrre benefici per la comunità altrimenti minacciata da disordini e conflitti, incompatibili con il corretto funzionamento dell'ordine economico.

Non solo. Forse il riferimento all'ente statale non venne caricato di particolari significati, e forse in alcuni casi ben poteva essere sovrapposto ai riferimenti alla società. Ciò nonostante era evidente che il benessere della comunità poteva sostenere compressioni della libertà contrattuale, ovvero un esercizio costituzionale dei poteri di polizia, solo se in tal modo si colpivano condotte « dannose per la collettività nel suo complesso ». Si sarebbero altrimenti accordati « speciali privilegi » a singole categorie, si sarebbe cioè prodotta una « legislazione di classe »⁽⁹²⁾, incompatibile con il *due process of law* perché incapace di sterilizzare lo stesso conflitto la cui neutralizzazione compariva tra i principali compiti dello Stato.

Con questo significato, a ben vedere diverso da quello ricorrente sul finire dell'Ottocento⁽⁹³⁾, il benessere dello Stato venne innanzi tutto evocato dai legislatori statali nell'esercizio dei loro poteri di polizia in materia lavoristica. L'espressione compariva ad esempio in apertura della legge dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici, la cui declaratoria di costituzionalità ha chiuso formalmente l'Era Lochner: era il benessere dello Stato a richiedere che « le donne e i minori siano protetti dalle condizioni di lavoro capaci di avere effetti dannosi sulla loro salute e sulla loro morale » (sect. 1)⁽⁹⁴⁾. E la stessa espressione compare

(92) A.A. BRUCE, *The True Criteria of Class Legislation*, cit., p. 425.

(93) In *Holden v. Hardy*, cit., p. 397 si riporta un brano della decisione del grado inferiore (Corte suprema dello Utah) in cui si dice che « lo Stato possiede un interesse al suo benessere », ma si evita di combinare questa affermazione con costruzioni organiciste: si aggiunge semplicemente che quell'interesse viene leso nel momento in cui « la salute, la sicurezza e il benessere individuali sono sacrificati o trascurati ».

(94) Dello Stato di Washington v. anche la *Employment Agency Law* del 1914, introdotta da questa affermazione: « The welfare of the State of Washington depends on the welfare of its workers ».

nella Costituzione dello Utah del 1896 in una disposizione tutt'ora in vigore, dove si parla di « benessere industriale dello Stato » (*industrial welfare of the State*), alla cui promozione deve tendere il diritto del lavoro (art. 16).

È significativo che in entrambi i provvedimenti appena richiamati il benessere dello Stato sia evocato in combinazione con costruzioni di matrice corporativa: un accostamento dal quale trae conferma la tensione organicista di cui è intrisa l'espressione. La legge dello Stato di Washington, come del resto molte altre leggi statali sul minimo salariale e sull'orario di lavoro ⁽⁹⁵⁾, aveva attribuito il compito di individuare standard per l'entità del compenso a una Commissione sul benessere industriale (*Industrial Welfare Commission*). Dal canto suo la Costituzione dello Utah, nella medesima disposizione in cui afferma che il diritto del lavoro deve tendere al benessere industriale dello Stato, prevede l'istituzione di un Consiglio per la conciliazione e l'arbitrato nel lavoro (*Board of Labor Conciliation and Arbitration*), nel quale siano « rappresentati in modo equo gli interessi di entrambi il capitale e il lavoro » ⁽⁹⁶⁾.

Peraltro, come si intuisce, la tensione organicista emergeva con particolare vigore nelle ipotesi in cui il riferimento al benessere dello Stato si invocava a proposito della protezione della maternità come fine ultimo della tutela delle lavoratrici, che assumeva così toni marcatamente eugenetici. In tale ambito si auspicava che lo Stato, in quanto tutore del « benessere del bambino », predisponesse un vero e proprio sistema per « l'amministrazione della protezione della maternità », per consentire a « funzionari statali della salute » non tanto di « fare beneficenza », bensì di prendersi cura e con ciò costruire i « futuri cittadini » ⁽⁹⁷⁾.

Da notare, però, che la materia lavoristica non esauriva il campo dei riferimenti al benessere dello Stato. Questi ricorrevano

⁽⁹⁵⁾ Ad es. HOLCOMBE, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, cit., p. 34 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Anche qui non si tratta evidentemente di un caso isolato: per tutti R.H. PLOCK, *Methods Adopted by States for Settlement of Labor Disputes without Original Recourse to Courts*, in « Iowa Law Review », 34 (1949), p. 430 e ss.

⁽⁹⁷⁾ I. OSGOOD ANDREWS, *A Tentative Outline for Maternity Protection Legislation*, in « American Labor Legislation Review », 10 (1920), p. 250.

nei discorsi attorno alla disciplina di vari aspetti dell'ordine economico, per il cui funzionamento occorreva orientare, oltre al comportamento dei lavoratori, anche quello delle imprese. Vi erano insomma limiti alla libertà d'impresa giustificati dal « benessere e dalla prosperità dello Stato », minacciati in particolare se si trattava di beni di prima necessità la cui produzione e commercializzazione era affidata al mercato, chiamato tuttavia a farsi carico di alcune finalità tenute in alta considerazione dai pubblici poteri. Si giustificava così la disciplina del prezzo del latte, motivata dal timore che un suo eccessivo abbassamento danneggiasse « un'industria fondamentale, dalla quale dipende in larga parte la prosperità dell'intero Stato »⁽⁹⁸⁾, o l'indicazione di parametri per la produzione e stoccaggio dei combustibili, per il cui rispetto si poteva persino giungere a impiegare la forza pubblica⁽⁹⁹⁾.

8. *New Deal, corporativismo e direzione tecnocratica dell'ordine economico.*

Descrivendo il modo di intendere l'ordine economico tipico del periodo considerato in questo lavoro, abbiamo evocato concetti espressivi di una tensione organicista: capitalismo organizzato, società organizzata, funzionalizzazione dei comportamenti individuali, per citare i più ricorrenti. Questi concetti rendono il senso delle continuità che attraversano la fase storica, che pure ha conosciuto rotture drammatiche, come in particolare quelle scandite dai conflitti mondiali e dalla Grande depressione. Continuità che si possono evidenziare considerando a titolo esemplificativo due vicende, per molti altri aspetti contrapposte, che caratterizzarono gli anni Trenta e che in qualche modo si svilupparono come ricette destinate a fronteggiare le instabilità dell'ordine economico: prima il New Deal,

⁽⁹⁸⁾ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), p. 541 e s. V. anche *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), p. 276, dove però il riferimento alla « prosperità » e al « benessere dello Stato » viene invocato per ritenere incostituzionale la limitazione della libertà d'impresa, nello specifico la vendita di ghiaccio riservata ai possessori di specifica licenza.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. G. LOGAN, *The Use of Martial Law to Regulate the Economic Welfare of the State and Its Citizens: A Recent Instance*, in « Iowa Law Review », 17 (1931-32), p. 40 e ss.

il piano di riforme voluto dal Presidente Roosevelt tra il 1933 e il 1937, e poi la formulazione del pensiero neoliberale iniziata con il noto colloquio intitolato a Walter Lippman, sul finire degli anni Trenta.

Abbiamo già menzionato il New Deal, anticipando che fu l'epoca durante la quale lo Stato del benessere iniziò a svilupparsi come costruzione non esclusivamente votata a promuovere il benessere dello Stato, per il quale interessava soprattutto la salute della popolazione: intesa come sanità della stirpe, indispensabile a sprigionare potenza nazionale espressa in termini economici, oltre che militari. In quegli anni venne infatti edificato il primo embrione di Stato sociale, modellato sulle riforme all'epoca già conosciute in area europea, dove assolveva altresì alla funzione di produrre pacificazione sociale: anche per questo Roosevelt volle la prima assicurazione contro la disoccupazione e la vecchiaia, non però contro la malattia, finanziata con contributi dei lavoratori e dei datori di lavoro integrati da fondi federali ⁽¹⁰⁰⁾. E poco dopo fece approvare un provvedimento federale relativo al salario minimo e alla durata massima dell'orario settimanale, fissati rispettivamente a 25 centesimi all'ora e a 44 ore, contenente altresì indicazioni per il lavoro straordinario e il lavoro minorile ⁽¹⁰¹⁾.

Per contrastare la Grande depressione non ci si limitò a queste misure. Si vararono programmi di lavori pubblici, la cui ampiezza fu però relativamente contenuta, in quanto non si volle accogliere la soluzione suggerita da John Maynard Keynes: adottare programmi particolarmente ampi, fronteggiando il disavanzo creato dalla spesa pubblica con l'emissione di titoli del debito. Roosevelt volle infatti contenere il deficit e decise per questo di ricorrere soprattutto alla leva fiscale, il che consentì tuttavia minori margini di manovra ⁽¹⁰²⁾. Centrale divenne allora, o almeno sarebbe dovuto divenire, il con-

⁽¹⁰⁰⁾ *Social Security Act* del 1935, su cui ad es. J.G. SIDDENS, *Some Important Features of the Social Security Act*, in « Kansas City Law Review », 4 (1936), p. 56 e ss.

⁽¹⁰¹⁾ *Fair Labor Standards Act* del 1938. Al proposito, per tutti, L. STITT, *State Fair Labor Standards Legislation*, in « Law and Contemporary Problems », 6 (1939), p. 454 e ss. e B. SHISHIN, *Wage-Hour Law Admistration from Labor's Viewpoint*, in « American Labor Legislation Review », 29 (1939), p. 63 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Ad es. P. FISHBACK, *US monetary and fiscal policy in the 1930s*, in « Oxford Review of Economic Policy », 26 (2010), p. 385 e ss.

trollo sulle dinamiche concorrenziali e sul funzionamento del mercato del lavoro.

Si volle insomma presidiare l'ordine economico, tuttavia non per metterne in discussione i fondamenti, ma semplicemente per porre finalmente rimedio alla sua incapacità di autoregolarsi, quella celebrata dal liberalismo tradizionale e dalla Corte suprema sino agli anni Trenta inoltrati: per rendere visibile la famosa mano non più capace di rendere autosufficiente l'incontro spontaneo di domanda e offerta. Fra i numerosi provvedimenti confezionati a questi fini ricorderemo quello che istituì l'Amministrazione per la ripresa nazionale (*National Recovery Administration*), con cui si volle da un lato alimentare l'ordinato sviluppo della competizione tra le imprese, e dall'altro promuovere il riconoscimento dei sindacati e con il loro contributo l'instaurazione di rapporti di lavoro rispettosi di standard condivisi relativi alla durata e all'entità del salario ⁽¹⁰³⁾.

Dal punto di vista della tradizione, ostile alle misure in odore di capitalismo organizzato, il tutto significava introdurre elementi dell'economia di piano in un'economia di mercato. Per questo, sebbene il coinvolgimento delle imprese avvenisse su base volontaria, la Corte suprema dichiarò l'incostituzionalità del provvedimento appena menzionato ⁽¹⁰⁴⁾. Di qui il tentativo del Presidente Roosevelt di incidere a proprio vantaggio sulle maggioranze interne al collegio modificando la sua composizione. Tentativo che come sappiamo restò sulla carta, e che tuttavia ottenne l'effetto sperato: vincere l'ostilità dei giudici federali nei confronti della filosofia di fondo che ispirava il New Deal. Quest'ultima era del resto ben rappresentata nei provvedimenti che vararono il primo embrione di Stato sociale, a cui si affidavano funzioni ulteriori rispetto alla mera promozione del benessere dello Stato, peraltro utilizzato anche e soprattutto come strumento di pacificazione sociale: le prestazioni sociali rap-

⁽¹⁰³⁾ Il provvedimento è il *National Industrial Recovery Act* del 1933. Sugli aspetti evidenziati nel testo, v. ad es. E.E. WHITE, *The Background of the Labor Provisions of the N.I.R.A.*, in « University of Chicago Law Review », 1 (1933-34), p. 572 e ss. e O.P. FIELD, *The Constitutional Theory of the National Industrial Recovery Act*, in « Minnesota Law Review », 18 (1933-34), p. 269 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Per violazione del *due process of law*: *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). V. anche A. RUSSELL ELLINGWOOD, *The New Deal and the Constitution*, in « Illinois Law Review », 28 (1933-34), p. 742 e ss.

presentavano pur sempre un incentivo alla collaborazione nelle relazioni tra capitale e lavoro, i cui rappresentanti venivano non a caso coinvolti nella formulazione dei provvedimenti relativi ai loro rapporti (105).

Alla collaborazione tra capitale e lavoro mirava anche l'Amministrazione per la ripresa nazionale, se non altro perché favoriva il riconoscimento dei sindacati finalizzato a diffondere modalità corporative nella gestione di alcuni aspetti dell'attività d'impresa. Dopo l'intervento della Corte suprema si decise allora di affrontare questi aspetti in modo organico, dedicando loro uno specifico provvedimento, innanzi tutto per fondare il diritto dei lavoratori dell'industria privata di costituire sindacati, e terminare così definitivamente il contenzioso attorno alla pratica degli accordi *yellow dog*. Il provvedimento disponeva anche in materia di azioni collettive incluso il ricorso allo sciopero, ma non voleva alimentare una visione conflittuale dei rapporti tra capitale e lavoro. Veniva infatti incentivata la contrattazione su base collettiva del salario e delle condizioni di lavoro, il tutto presidiato dal Consiglio nazionale per le relazioni di lavoro (*National Labor Relations Board*): un'agenzia governativa, i cui vertici erano di nomina presidenziale, incaricata fra l'altro di monitorare l'elezione dei rappresentanti sindacali dei lavoratori (106).

Che la ricomposizione del conflitto di classe costituisse l'ossatura del New Deal, complessivamente inteso come un argine « all'azione diretta e alla rivoluzione » (107), venne sottolineato in particolare da Stuart Chase: l'economista che fu tra i suoi più noti teorici, se non il più originale, e soprattutto, secondo alcuni, colui il quale coniò la locuzione (108). Lo ricaviamo ricostruendo alcuni aspetti del suo pensiero, in particolare quelli da cui si ricava al

(105) Per tutti J. DICKINSON, *Political Aspects of the New Deal*, in « American Political Science Review », 28 (1934), p. 197 e ss.

(106) *National Labor Relations Act* del 1935. In dottrina, ad es., W.A. McAFEE, *The Wagner Labor Act — A New Deal in Labor Relations*, in « American Bar Association Journal », 23 (1937), p. 523 e ss.

(107) Per tutti C. MANION, *The Constitutionality of New Deal Measures*, in « Notre Dame Lawyer », 9 (1933-34), p. 387.

(108) R.B. WESTBROOK, *Tribune of the Technostructure: The Popular Economics of Stuart Chase*, in « American Quarterly », 32 (1980), p. 387 e ss.

meglio la sintonia con quanto abbiamo brevemente indicato come il contenuto essenziale delle riforme volute dal Presidente Roosevelt.

Il pensiero di Chase consente innanzi tutto di evidenziare come la pacificazione sociale fosse in fin dei conti il primo obiettivo della « terza via », espressione all'epoca utilizzata anche per descrivere il percorso intrapreso dalle dittature fasciste, che come il New Deal volevano intraprendere strade alternative a quelle tracciate dal liberalismo classico e dal socialismo ⁽¹⁰⁹⁾. Di qui la commistione, a cui abbiamo appena fatto riferimento, di elementi dell'economia pianificata ed elementi dell'economia di mercato, che non avrebbe però messo in discussione, come del resto nel fascismo, i fondamenti dell'ordine capitalista. L'azione dei pubblici poteri, al netto di una retorica da cui si poteva in ricavare altro, doveva essenzialmente mirare a prevenirne l'autofagia:

Questo è il programma della terza via. Non è il tentativo di sostenere il capitalismo, è francamente volta alla distruzione del capitalismo, specialmente nel suo più deleterio senso di spietata espansione. La redistribuzione della ricchezza nazionale, il sequestro dei profitti eccessivi e il controllo sui nuovi investimenti sono pensati per questo fine. Se questi metodi, o altri diretti al medesimo scopo, non riescono a limitare il momento anarchico del capitalismo, non c'è altro da fare che aspettare il precipizio [...] La terza via tenta di stemperare il capitalismo con un minimo di interferenza governativa. Sposta nuovo potere di acquisto nelle mani dei consumatori e nuovi investimenti da campi socialmente distruttivi a campi socialmente utili, in particolare lavori pubblici ⁽¹¹⁰⁾.

In questo senso Chase auspicava un « collettivismo spinto almeno sino al punto di realizzare un controllo dall'alto », con riferimento a tutti gli aspetti relativi al funzionamento dell'ordine economico: dalla disciplina dell'orario di lavoro all'istituzione di un'assicurazione contro la disoccupazione, passando per un piano per la realizzazione di opere pubbliche. Un controllo che però aveva

⁽¹⁰⁹⁾ Citazioni in A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, p. 81 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ S. CHASE, *A New Deal*, New York, The Macmillan Company, 1932, p. 240 e s.

natura solo apparentemente politica, giacché veniva realizzato nell'ambito di un dispositivo di governo tecnocratico ⁽¹¹¹⁾.

Nel merito sono particolarmente indicative le riflessioni dedicate alle concrete modalità con cui i pubblici poteri avrebbero dovuto assolvere al compito di presidiare l'ordine economico, tutte volte a coinvolgere i suoi attori, ma anche a disinnescare il rischio di una eccessiva politicizzazione del mercato: a fare in modo che l'interventismo avvenisse nel rispetto delle sue leggi.

Più precisamente Chase propose l'istituzione « sotto gli auspici del Governo federale » di un Consiglio per la pianificazione nazionale (*National Planning Board*), affiancato da « Consigli regionali per le principali aree economiche », nel quale fossero rappresentati « l'industria, la finanza, il lavoro, l'agricoltura ». Un simile assetto era pensato per « preservare il dogma democratico » ⁽¹¹²⁾, ma era evidente che qui si mirava innanzi tutto a riprodurre schemi di tipo corporativo, tutt'al più compatibili con la democrazia deliberativa: quella per cui si assicura la formale partecipazione ai processi decisionali, tuttavia con modalità tali da impedire la sostanziale possibilità di incidere sull'esito della decisione, che in tal modo finiva per corrispondere ai desiderata dei portatori di forza sociale ⁽¹¹³⁾.

Certo, il ruolo affidato ai pubblici poteri poteva correggere questi ed altri vizi del processo decisionale, e tuttavia le modalità sponsorizzate da Chase per il presidio dell'ordine economico non erano semplicemente antidemocratiche: miravano anche e soprattutto, come abbiamo anticipato, alla spoliticizzazione dell'ordine, obiettivo del resto in linea con il proposito di promuovere la cooperazione tra le sue componenti, di reprimere il conflitto in quanto condotta antisistema ⁽¹¹⁴⁾. Il New Deal era in effetti conce-

⁽¹¹¹⁾ Ivi, pp. 173 e ss. e 213 e ss.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 217 e ss.

⁽¹¹³⁾ Cfr. A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2011, p. 461 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Il tema è di grande attualità, essendo affrontato nell'analisi della *governance*. Per un catalogo di posizioni e problemi v. ad es. *Tracing the Political. Depoliticisation, Governance and the State*, a cura di M. Flinders e M. Wood, Bristol, Policy Press, 2015.

pito come una forma di tecnocrazia, o meglio come un vero e proprio regime tecnocratico: « il vero lavoro, il vero pensiero e la vera azione devono provenire dai tecnici, la classe più abile e più lucida di tutte ». Solo i tecnocrati, si sosteneva, avevano le capacità per concepire una disciplina dell'orario di lavoro in funzione della necessità di mitigare la disoccupazione determinata dall'automazione dei processi produttivi. Solo i tecnocrati avrebbero potuto imporre una dialettica tra consumatori per la quale i primi avrebbero formulato una domanda di beni informata e « intelligente », con ciò inducendo i secondi a immettere sul mercato solo « merci oneste descritte onestamente » ⁽¹¹⁵⁾.

9. *Benessere dello Stato, Stato del benessere e neoliberalismo.*

Insomma, le ricette di Chase non avrebbero intralciato lo sviluppo del capitalismo, che avrebbe anzi reso storicamente possibile, ovvero adattato a contesti nei quali il mito dell'autosufficienza dell'ordine economico era oramai insostenibile. Quell'ordine doveva in qualche modo essere presidiato dall'ordine politico: la nuova frontiera della riflessione liberale aveva perso interesse per le modalità con cui espellere i pubblici poteri dal mercato, e si era concentrata sull'ottimale combinazione di istanze ordinarie e istanze liberatorie ⁽¹¹⁶⁾. Ottimale anche e soprattutto dal punto di vista dell'idoneità a disinnescare i conflitti prodotti dai processi di modernizzazione ⁽¹¹⁷⁾, e in particolare a irreggimentare la forza lavoro con metodi talvolta « quasi militari » ⁽¹¹⁸⁾.

Da questo punto di vista il New Deal ha occupato nel panorama delle idee, se non delle concrete realizzazioni, un posto non troppo distante da quello spettante a molti dei suoi critici, a partire da coloro i quali, nello stesso torno di anni, avviarono la formulazione del pensiero neoliberale. Primi fra tutti, come abbiamo anti-

⁽¹¹⁵⁾ CHASE, *A New Deal*, cit., p. 229 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ Aspetto notoriamente al centro dell'analisi di M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 113 e ss.

⁽¹¹⁷⁾ CHASE, *A New Deal*, cit., p. 235 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ S.A. RAMIREZ, *The Law and Macroeconomics of the New Deal*, in « *Maryland Law Review* », 62 (2003), p. 571.

cipato, i partecipanti al noto colloquio Walter Lippmann, un incontro tenutosi a Parigi nel 1938, a cui presero parte diversi economisti e intellettuali di formazione liberale: tra essi, oltre a Lippmann, del quale diremo subito, Wilhelm Röpke e Alexander Rüstow, due padri dell'ordoliberalismo, una dottrina tedesca che si stava definendo anch'essa in quel torno di anni ⁽¹¹⁹⁾.

Per chiarire i termini del pensiero neoliberale, espressione coniata proprio in occasione del colloquio, occorre dire della persona a cui fu dedicato: un noto giornalista e commentatore politico statunitense, autore di un fortunato volume criticato dai suoi contemporanei come testo privo di approccio scientifico ⁽¹²⁰⁾, e tuttavia divenuto noto come tentativo di identificare i termini di una terza via tra il *laissez faire* e il collettivismo. Era questa l'essenza del neoliberalismo, dottrina alternativa al liberalismo ereditato dalla tradizione, ma anche alle ricette proposte da chi, come reazione a quella tradizione, promuoveva una confusione tra ordine politico e ordine economico in odore di socialismo. Di qui l'avversione per il collettivismo, definito come la situazione in cui la soluzione dei problemi posti dalla divisione del lavoro, in buona sostanza « l'allocazione del capitale e del lavoro » e dunque la decisione su « dove i risparmi saranno investiti, quali mestieri faranno le persone e quali merci potranno consumare », era affidata a « un'autorità di pianificazione » le cui « decisioni sono implementate con il potere coercitivo dello Stato » ⁽¹²¹⁾.

La terza via auspicata da Lippmann non era quella imboccata dal New Deal, che come sappiamo utilizzava la medesima espressione per indicare il suo essere alternativo al fascismo e al socialismo. Lippmann, infatti, riconduceva entrambi al collettivismo e riteneva che la ricetta elaborata da Roosevelt fosse una forma di « collettivismo graduale », nel quale il potere politico era invadente perché

⁽¹¹⁹⁾ Sul colloquio, ad es., P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, DeriveApprodi, 2013, p. 167 e ss. V. anche gli atti, ristampati di recente e inclusi nel volume di S. AUDIER, *Le Colloque Walter Lippman: Aux origines du néo-libéralisme*, Lormont, Bord de l'eau, 2012, p. 407 e ss.

⁽¹²⁰⁾ Ad es. F.H. KNIGHT, *Lippmann's The Good Society*, in « Journal of Political Economy », 46 (1938), p. 867.

⁽¹²¹⁾ W. LIPPMANN, *The Good Society* (1937), New Brunswick e London, Transaction Publishers, 2005, p. 173 e s.

controllato a monte dai centri di potere economico. Ciò in quanto l'ispirazione corporativa del New Deal nascondeva in verità l'intento di « attribuire privilegi a interessi selezionati » sulla base di « concezioni generali del benessere collettivo », quindi mortificando in chiave difensiva e conservativa il libero gioco degli « interessi organizzati » (122).

Come abbiamo detto, il rifiuto del collettivismo, graduale o meno che fosse, non doveva però avvenire sul terreno del *laissez faire*. Quest'ultimo fu indispensabile, in quanto « dottrina distruttiva di un momento rivoluzionario », per rovesciare l'ordine feudale, ma in quanto « principio ispiratore di politiche pubbliche », ovvero come punto di riferimento per « determinare cosa la legge deve e cosa non deve determinare », si era rivelato un mero strumento per la conservazione dello status quo: in una comunità « tutte le libertà, tutti i diritti e tutta le proprietà si reggono su una qualche legge », il cui contenuto non poteva essere « definito a prescindere dal contesto », come avevano invece fatto i fautori del liberalismo classico. Di qui la ricetta per la menzionata terza via, da elaborare a partire dall'idea che solo « le leggi della Rivoluzione industriale », quelle concernenti la divisione del lavoro nell'ambito di un'economia di mercato, sono ineludibili e pertanto non suscettibili di essere « modificate dalla politica » (123).

Insomma, il liberalismo doveva rinnovarsi a partire da « una filosofia sociale che obbedisca alle leggi della Rivoluzione industriale », che sappia cioè « adattare l'ordine sociale alla divisione del lavoro », e più in generale « la razza umana al nuovo modo di vivere ». Se infatti l'ordine sociale perdeva la sintonia con l'ordine economico, nel senso che finiva per fondarsi su regole e credenze confliggenti con « il modo di procurarsi da vivere a cui le persone sono tenute », il conflitto e la « violenza privata » divenivano inevitabili. Di qui la necessità di funzionalizzare i diritti e le libertà assolutizzate dal *laissez faire*, a partire dal diritto di proprietà e dalla libertà contrattuale, per adattarli alle necessità della divisione del lavoro nell'ambito dell'economia di mercato. Di qui anche l'esigenza di soccorrere le « vittime del progresso », tuttavia non ricorrendo a

(122) Ivi, pp. 123 e ss. e 235.

(123) Ivi, pp. 192 e ss. e 203 e ss.

misure perequative, bensì promuovendo la loro capacità di rimuovere le cause della loro condizione di indigenza: quindi migliorando la loro capacità di produrre e quella dell'ordine economico nel suo complesso. Più precisamente:

Il semplice livellare i redditi, togliendo dai ricchi per dare ai poveri, sarebbe perdente e porterebbe alla paralisi e all'impovertimento dell'intera economia. La perequazione deve essere perseguita con misure che promuovono l'efficienza dei mercati in quanto regolatori della divisione del lavoro, che dunque colpiscono i costi dei monopoli e non i profitti riconducibili ai successi nell'ambito di una competizione. Le tasse prelevate dal ricco non devono essere spese per elemosine ai poveri, ma per riformare ciò che li ha resi poveri. L'elemosina, intendo dire il contante dato dal governo direttamente ai poveri, è un sollievo ma non un rimedio per la loro condizione di povertà, mentre il denaro speso nella salute, nell'educazione, nei lavori pubblici, nell'assicurazione e nell'indennità è sia un sollievo, sia un rimedio. Migliora le capacità produttive degli individui e del patrimonio nazionale dal quale devono guadagnarsi da vivere ⁽¹²⁴⁾.

Se così stanno le cose, la terza via suggerita da Lippmann non era molto diversa da quella intrapresa dal New Deal, come invece il primo sottolineava con veemenza. Certo, le riforme varate sotto l'amministrazione Roosevelt comprendevano misure che si sarebbero potute definire di matrice tendenzialmente collettivista, ma anche e soprattutto misure volte a favorire il funzionamento del mercato: misure tecnocratiche, in quanto tali non suscettibili di essere alterate da valutazioni politiche incompatibili con il proposito di sostenere l'ordine economico incentrato sul meccanismo concorrenziale. Anche il New Deal perseguiva poi queste stesse finalità ricorrendo a politiche di cui abbiamo messo in luce il carattere eugenetico, ispirate a finalità non diverse da quelle indicate da Lippmann nel momento in cui sottolineava che, per rimuovere le cause dell'indigenza, occorre innanzi tutto adattare la popolazione alle necessità della divisione del lavoro. Il che significava affrontare « problemi di eugenetica ed educativi », riconoscendo che « all'intera popolazione occorre fornire l'armamentario culturale indispensabile a vivere in modo efficace », ovvero creare « i fondamenti fisici della divisione del lavoro » ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, pp. 227 e s. e 233 e ss.

⁽¹²⁵⁾ Ivi, pp. 212 e 236 e s.

Anche il New Deal, insomma, esprimeva tensioni organiciste non dissimili da quelle implicite nella riflessione di Lippmann, per il quale persino l'individuo « più lungimirante non è in grado di guardare oltre una generazione ». Giacché questo portava a concludere che occorreva uno Stato capace di interpretare i bisogni della società, che « comprende i morti, i vivi, e i non ancora nati »⁽¹²⁶⁾, e in ultima analisi ad attirare l'attenzione, come con le riforme volute da Roosevelt, sul benessere dello Stato, e sullo Stato del benessere come una costruzione votata a promuoverlo.

Come abbiamo detto, al colloquio Walter Lippmann presero parte anche due padri dell'ordoliberalismo tedesco: Röpke e Rüstow. I due animarono la corrente del cosiddetto umanesimo economico, espressione con cui si alludeva a una commistione di valori moderni, quelli relativi al funzionamento di un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza, e valori premoderni, ritenuti indispensabili a fronteggiare i conflitti provocati dal funzionamento del mercato. Questo significava promuovere lo sviluppo di un « interventismo liberale »⁽¹²⁷⁾, indispensabile a combattere quanto il teorico del New Deal aveva definito in termini di collettivismo graduale: l'azione dei centri di interesse e la « rivolta delle masse »⁽¹²⁸⁾, per contrastare la quale occorreva edificare una « dittatura entro i confini della democrazia »⁽¹²⁹⁾.

In particolare Rüstow insisteva sull'utilizzo del meccanismo concorrenziale come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali, forse di per sé non ostile al meccanismo democratico, ma sicuramente disinteressata alle sue sorti. Era questo il senso dell'idea, espressa durante il colloquio ma ricorrente tra i padri dell'ordoliberalismo⁽¹³⁰⁾, per cui uno « Stato forte e indipendente » doveva assumere compiti di « severa polizia del mercato »,

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 228.

⁽¹²⁷⁾ A. RÜSTOW, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in « Der deutsche Volkswirt », 1932, p. 171.

⁽¹²⁸⁾ W. RÖPKE, *Epochenwende* (1933), in ID., *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach e Stuttgart, Rentsch, 1962, p. 106 e s.

⁽¹²⁹⁾ A. RÜSTOW, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in « Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte », 1959, p. 98 e s.

⁽¹³⁰⁾ V. ad es. W. EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in « Weltwirtschaftliches Archiv », 1932, p. 312, secondo cui la democra-

per impedire la « disintegrazione » sociale cui preludeva il « rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza », e realizzare così « la coincidenza dell'interesse particolare egoista e l'interesse generale ». E per ripristinare « l'inquadramento volontario e naturale della gerarchia » in luogo dell'« ideale falso e sbagliato dell'uguaglianza » e dell'« ideale parziale e insufficiente della fratellanza », con il quale i fondatori del liberalismo avevano erroneamente sostituito « l'inquadramento artificiale e forzato della signoria feudale » (131). Solo così, come precisato da Alfred Müller-Armack, un altro padre dell'ordoliberalismo affascinato dalle realizzazioni del fascismo italiano, si sarebbe tutelato « l'interesse nazionale capitalistico » oltre il mero « interesse capitalistico » perseguito dall'individuo (132).

Quello ordoliberales era insomma uno Stato di polizia economica, che per un verso valorizzava la libera iniziativa individuale, ma per un altro la costringeva entro schemi organicisti, come quelli cui rinviava all'epoca il pensiero di Franz Böhm: un altro celeberrimo padre dell'ordoliberalismo. Volendo sottolineare il ruolo delle istanze ordinarie di cui l'ordoliberalismo doveva farsi carico, quest'ultimo discorreva della « costituzione economica », ovvero della « decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale » (133), come di una « costituzione parziale »: doveva essere ricavata dalla « costituzione politica complessiva », esattamente come occorre fare rispetto alla demografia e alla biologia razziale (134).

zia era uno strumento al servizio delle « forze caotiche della massa » contro « la forza ordinante scaturita dalla vita dei popoli ».

(131) A. RÜSTOW, in AUDIER, *Le Colloque Walter Lippman*, cit., p. 469 e s. In seguito v. ID., *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus* (1950), Marburg, Metropolis, 2001², p. 26.

(132) A. MÜLLER-ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1932, pp. 110 e ss. e 213 e ss.

(133) F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROßMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, in BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. xix.

(134) BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 9 e ss.

Certo, l'ordoliberalismo presentava, e presenta ⁽¹³⁵⁾, una carica antidemocratica non così marcata nel New Deal e presso altri fondatori del pensiero neoliberale, e tanto meno nelle teorizzazioni dei neoliberali statunitensi. E tuttavia la differenza si può relativizzare, tendendo conto che almeno in parte si deve più alle forme retoriche utilizzate per restituire le tensioni organiciste tipiche dell'esperienza tedesca, che alla loro sostanza. Chase e Lippmann, del resto, andavano oltre l'attacco alla democrazia nel momento in cui invocavano la spoliticizzazione del mercato, la sua neutralizzazione per opera di una tecnocrazia sensibile alle istanze dell'ordine economico eretto a sistema fondato sul principio di concorrenza. E dal canto loro gli ordoliberali affermavano il primato dell'ordine politico sull'ordine economico, ma attribuivano al primo il compito di sostenere il secondo: di tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, il cui benessere finiva così per coincidere con quello dell'ordinato sviluppo del capitalismo.

Si comprende così l'invito ordoliberale a sciogliere l'individuo nell'ordine, a eliminare gli ostacoli alla « sinfonia sociale » ⁽¹³⁶⁾, per imporre la quale il potere economico doveva subire una sorte opposta a quella del potere politico. Se il secondo doveva essere concentrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spoliticizzato, ridotto all'irrelevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema: per ridurre le condotte individuali a mere reazioni automatiche agli stimoli del mercato. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui una « economia sana » presupponeva uno « Stato forte » ⁽¹³⁷⁾, ma anche della considerazione riservata da Böhm alla lotta di classe: demonizzata in quanto violazione di un « dovere giuridico » e trasgressione di un imperativo « sociale fondato sull'onore » ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ Anche sotto altri nomi, come in particolare « economia sociale di mercato »: al proposito, diffusamente, A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, DeriveApprodi, 2014, p. 19 e ss.

⁽¹³⁶⁾ BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 21.

⁽¹³⁷⁾ C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in « Volk und Reich », 1933, p. 87.

⁽¹³⁸⁾ F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 77.

10. *A mo' di conclusione: dallo Stato del benessere alla lotta per i diritti.*

Queste pagine hanno tratto spunto dall'incontro più o meno fortuito con una formula utilizzata in una nota decisione della Corte suprema statunitense di primo Novecento, la formula « benessere dello Stato », e da un'ipotesi di lavoro: che non ci si trovasse di fronte a parole poco meditate, scollegate da una qualche opzione politico normativa, ma che al contrario esse segnalassero, forse inconsapevolmente, alcuni tratti utili a comprendere la nascita e lo sviluppo dello « Stato del benessere ».

Lo sfondo per cogliere questi tratti è dato dal contesto culturale tipico dell'epoca in cui è stata pronunciata la decisione appena richiamata, ovvero dal declino dell'individualismo seguito alla riscoperta della società, e dal conseguente sviluppo di visioni dello stare insieme di matrice organicista.

Quelle visioni, non certo innovative se riferite all'ordine politico, apparivano per molti aspetti rivoluzionarie se riferite all'ordine economico, da dove erano state a lungo espulse per onorare la rigida distinzione tra un diritto dello « Stato onnipotente » e un diritto dell'« individuo sciolto da ogni comunità »⁽¹³⁹⁾. Per questo determinarono cambiamenti epocali con riferimento al ruolo che i pubblici poteri avrebbero dovuto assumere, essendo ora investiti del compito di sostenere attivamente l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine capitalista, di salvarlo dall'autofagia cui lo avrebbero condannato i fallimenti del mercato e i conflitti prodotti dal suo funzionamento. Di qui la cura per il benessere dello Stato in quanto entità resasi interprete delle necessità del mercato, per la quale occorreva da un lato elevare la concorrenza a strumento di direzione politica dei consociati, e dall'altro destinare loro misure di sicurezza sociale intese quali contropartite per la rinuncia alla lotta politica: sia misure di carattere pubblicistico, concernenti l'erogazione di prestazioni sociali, sia misure di carattere privatistico, relative alla promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali. Ecco perché la genesi dello Stato del benessere, dello Stato la cui azione contem-

⁽¹³⁹⁾ T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, Roma, Ed. Foro italiano, 1933², p. 17.

pli entrambe le misure, ben può essere ricostruita muovendo dal concetto di benessere dello Stato.

A ben vedere, però, anche nella fase del suo sviluppo, quindi oltre gli anni considerati in questo lavoro, lo Stato del benessere ha conservato la sua funzione di sostegno all'ordine economico, piuttosto che di motore di emancipazione individuale e sociale. Certo, quest'ultima costituisce un indubbio risvolto di misure comunque incidenti sulla redistribuzione della ricchezza, oltre che sul riconoscimento delle identità. Quelle misure, però, sono in massima parte pensate per produrre, come effetto immediato, lo scioglimento dell'individuo nell'ordine economico, piuttosto che il suo rafforzamento in quanto persona capace di realizzare un proprio progetto di vita: l'emancipazione continua a essere vista come una condotta potenzialmente centrifuga, in quanto tale minacciosa per l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine.

Per documentare questa conclusione si menzioneranno alcuni pochi esempi tratti dall'esperienza statunitense e relativi allo sviluppo del divieto di discriminazione, quindi di una misura concernente le relazioni interindividuali, e in tale ambito la tutela dei tratti identitari della persona.

Il tema è particolarmente rilevante ai nostri fini, giacché quanto viene ritenuto il primo provvedimento antidiscriminatorio venne emanato proprio dal legislatore statunitense in piena seconda guerra mondiale. Era destinato a promuovere « la piena partecipazione di tutti i cittadini statunitensi al programma di difesa nazionale », e in particolare a vietare la « discriminazione tra lavoratori nell'industria bellica a causa della razza, del credo, del colore o dell'origine nazionale »⁽¹⁴⁰⁾: era cioè una misura volta a evitare che datori di lavoro razzisti rinunciassero a valorizzare il « lavoro negro »⁽¹⁴¹⁾ e più in generale a « mobilitare forza lavoro »⁽¹⁴²⁾. Sicuramente questa misura contribuiva all'emancipazione dei

⁽¹⁴⁰⁾ *Executive Order* 8802 del 25 giugno 1941, cosiddetto *Fair Employment Act*.

⁽¹⁴¹⁾ E.B. DICKERSON, *The Participation of Negro Labor in Our War Effort*, in « *Lawyers Guild Review* », 2 (1942), p. 24 e s.

⁽¹⁴²⁾ J.E. PATE, *Mobilizing Manpower*, in « *Social Forces* », 22 (1943-44), p. 154 e ss.

neri ⁽¹⁴³⁾, e tuttavia non era questa la sua finalità, bensì quella di impedire comportamenti antisistemici dal punto di vista del funzionamento del mercato concorrenziale: i comportamenti di chi, in presenza di un'elevata domanda di armamenti, non rispondeva con un'offerta adeguata perché condizionato da propositi inconciliabili con quel punto di vista.

Si pensi poi al divieto di discriminazione nella vendita e locazione di immobili a uso abitativo per motivi concernenti « la razza, il colore, la religione, la nazionalità o la discendenza ». Tra i fautori di un simile divieto, sponsorizzato con forza a partire dagli anni Cinquanta ma preso in considerazione dal legislatore federale solo sul finire dei Sessanta ⁽¹⁴⁴⁾, ricorreva l'osservazione per cui le persone discriminate erano costrette « a vivere segregate in aree circoscritte in condizioni di affollamento e in abitazioni in condizioni al di sotto degli standard, del tutto insufficienti dal punto di vista sanitario ». Il che preoccupava anche e soprattutto per il contributo di una simile situazione all'incremento della « delinquenza, delle tensioni nel vicinato, del rischio di incendi, della perdita di entrate fiscali e altri mali », tutti minacciosi per « il benessere dello Stato » ⁽¹⁴⁵⁾. Anche qui: sicuramente il legislatore ha contribuito all'emancipazione dei locatori e degli acquirenti di immobili discriminati per caratteri inerenti la loro identità, e tuttavia non è questo il motivo per cui è intervenuto, bensì la necessità di funzionalizzare i comportamenti incompatibili con le necessità dell'ordine sociale e in ultima analisi economico.

E che dire delle decisioni, vere e proprie pietre miliari nella storia dell'emancipazione delle minoranze etniche, con cui la Corte suprema ha legittimato le cosiddette azioni positive (*affirmative action*), volte cioè a promuovere la parità sostanziale dal punto di vista del risultato finale e non delle sole condizioni di partenza, in

⁽¹⁴³⁾ V. P. MURRAY, *The Right to Equal Opportunity in Employment*, in « California Law Review », 33 (1945), p. 388 e ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Con il *Fair Housing Act*, parte integrante del *Civil Rights Act* del 1968. Nella letteratura dell'epoca v., ad es., A. LARSON, *The New Law of Race Relations*, in « Wisconsin Law Review », 2 (1969), p. 470 e ss.

⁽¹⁴⁵⁾ COMMITTEE ON INTEGRATION IN HOUSING, *An Act to Prohibit Discrimination in the Sale or Rental of Housing Accommodations Because of Race, Color, Religion, National Origins and Ancestry*, in « Lawyers Guild Review », 18 (1958), p. 28.

particolare nell'accesso all'istruzione. Per i giudici, che hanno indubbiamente fornito un notevole contributo all'emancipazione di coloro i quali sono beneficiati da simili azioni, la loro costituzionalità deriva da un « interesse statale alla diversità in classe »: quest'ultima « promuove risultati in termini di apprendimento e prepara meglio gli studenti per una forza lavoro sempre più diversificata e per la società » (146).

Potremmo fornire altri esempi per illustrare come nell'esperienza statunitense, al pari dell'europea, la disciplina delle relazioni interindividuali, come il sistema della sicurezza sociale, sia stato e sia tutt'ora espressione di una insopprimibile tensione organicista tesa allo scioglimento dell'individuo nell'ordine economico. Questo non significa che non ci siano eccezioni, e soprattutto che non vi siano spazi per l'emancipazione individuale e sociale. Significa però che l'ampiezza di questi spazi dipende da una cultura dei diritti e della lotta per la loro affermazione e il loro mantenimento, in assenza della quale il rapporto tra individuo e ordine difficilmente sarà equilibrato, ovvero rispettoso delle necessità del primo e non votato a soddisfare innanzi tutto le aspettative sistemiche del secondo.

Questo è in buona sostanza il fondamento della parità in senso sostanziale, tale in quanto i pubblici poteri intervengono per rimuovere gli ostacoli alla sua realizzazione: fuori dal mercato con il sistema della sicurezza sociale, e nel mercato riequilibrando con la forza giuridica la posizione dei portatori di debolezza sociale. E i pubblici poteri sono tenuti a farlo, nel senso che la parità sostanziale presidia il moto verso l'emancipazione individuale: l'intervento perequativo non costituisce una contropartita per la rinuncia alla lotta politica, un modo per imporre pace sociale. Come dire che promuovere la parità sostanziale significa redistribuire le armi del conflitto sociale: anche se produce esiti incompatibili con la disciplina del mercato, giacché il sistema delle libertà politiche non può essere subordinato al sistema delle libertà economiche.

Solo a queste condizioni si realizza un accettabile equilibrio tra

(146) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), p. 308. Come si intuisce, al tema si è dedicata e si dedica una letteratura vastissima: v. per tutti, e da ultimo, A. AJA, D. BUSTILLO, *Judicial Histories and Racial Disparities: Affirmative Action and the Myth of the Post Racial*, in « Hamline Journal of Public Law & Policy », 36 (2015), p. 26 e ss.

democrazia e capitalismo, che peraltro l'esperienza storica mostra essere precario, se non tendente al sacrificio della prima sull'altare del secondo. E il fatto che in area europea questo sia emerso in modo particolarmente cruento, non dovrebbe indurre il contesto statunitense a facili ottimismo.

SANDRO GUERRIERI

I GIURISTI E LA GENESI DELLO STATO SOCIALE
IN FRANCIA: DALLA LIBERAZIONE ALLA
COSTITUZIONE DEL 1946

1. Lo sviluppo dell'intervento in campo sociale dalla Terza Repubblica alla Liberazione. — 2. L'apertura della fase costituente e il confronto sul riconoscimento costituzionale dei diritti sociali. — 3. Il Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946. — 4. Conclusioni.

« Au XXe siècle, le sens social du droit, ce n'est plus une doctrine, ce n'est plus une école juridique, c'est la vie elle-même », scrive Boris Mirkine-Guetzévitch nella sua opera del 1931 dedicata alle nuove tendenze del diritto costituzionale ⁽¹⁾. Con la costituzionalizzazione dei diritti sociali, il cui esempio più significativo è offerto dalla Costituzione di Weimar, si apre a suo giudizio un percorso di razionalizzazione della vita pubblica che ha un rilievo ancora maggiore di quello che riguarda la vita parlamentare. I nuovi paragrafi sui diritti sociali, infatti, abbracciano il complesso rapporto tra le istituzioni e la società.

Potenza vincitrice della prima guerra mondiale, la Francia non aveva sentito alcuna necessità di riformare la propria Costituzione all'indomani di quel conflitto, e il suo sistema politico aveva continuato a fondarsi sulle tre Leggi costituzionali del 1875. La fase che si apre con la strana disfatta del 1940 e che si chiude simbolicamente con il discorso pronunciato dal generale de Gaulle il 25 agosto 1944 all'Hotel de Ville, nella Parigi liberata dalla Resistenza interna e dal ricostituito esercito francese, oltre che dai soldati americani, con-

⁽¹⁾ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936², p. 40.

duce però anche la Francia ad aprire un processo costituente in cui la definizione della democrazia sociale assume una valenza centrale. La volontà di radicale rinnovamento che ha trovato espressione nel programma del Conseil national de la Résistance porta alla decisione di inserire in una nuova Costituzione un'ampia tavola di diritti sociali e i principi di un intervento pubblico in campo economico. Quest'opera di costituzionalizzazione, ed è questo uno degli aspetti di maggiore interesse dell'esperienza francese, è preceduta e accompagnata da un'azione concreta di riforma ad ampio raggio. La genesi di una forma di Stato sociale non è solo inscritta nel testo costituzionale, ma diviene subito realtà vivente.

Questo processo di sviluppo della concezione dei diritti e del raggio di intervento delle politiche pubbliche è peraltro tutt'altro che armonico. L'esperienza costituente si caratterizza ben presto per i contrasti molto accesi che sorgono tra i suoi protagonisti. Pur non rappresentando il principale elemento di conflittualità, la definizione costituzionale dei diritti si rivela in più punti un esercizio molto difficile a causa delle varie posizioni che si confrontano. E se, da una parte, gli strumenti di regolazione pubblica in campo economico si ampliano considerevolmente con le misure di nazionalizzazione e l'avvio della pianificazione indicativa, dall'altra, nella messa in opera delle strutture della sicurezza sociale, la complessità degli interessi in gioco condurrà a un ridimensionamento delle ambizioni originarie.

In tutta questa vicenda, quale ruolo hanno svolto i giuristi? Quali sono stati i contributi più importanti a livello teorico e operativo alla genesi dello Stato sociale, quali interpretazioni sono state date dell'evoluzione in corso e quali critiche sono state formulate? L'articolo prenderà in esame l'apporto decisivo fornito alla progressiva costruzione della Sécurité sociale da parte di alcuni *grands commis* provenienti dal Conseil d'État, le posizioni manifestate sulla costituzionalizzazione dei diritti dai giuristi che hanno animato i lavori delle due assemblee costituenti e il modo in cui la dottrina si è espressa su questa costituzionalizzazione.

1. *Lo sviluppo dell'intervento in campo sociale dalla Terza Repubblica alla Liberazione.*

La costituzionalizzazione dell'intervento pubblico in campo

sociale ha le sue origini lontane nella Rivoluzione francese. Se la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si concentra sui diritti di libertà, la Costituzione del 1791 prevede, al titolo I, la creazione di un « *établissement général de Secours publics* », incaricato di occuparsi dei bambini abbandonati, di « *soulager les pauvres infirmes* » e di « *fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer* » (2). Nella dichiarazione dei diritti che accompagna la Costituzione montagnarda del 24 giugno 1793, i « *secours publics* » divengono « *une dette sacrée* »: l'assistenza ai cittadini « *malheureux* » è vista come un dovere sociale (art. 21). Dopo una lunga fase di Costituzioni in cui a tale dovere si preferirà non accennare più, il filo con queste prime e certo approssimative formulazioni di una dimensione sociale costituzionalmente garantita si riannoderà con l'avvento della Seconda Repubblica nel 1848. Nella sua Costituzione il riferimento ai diritti sociali, e in particolare al tema del lavoro, sarà peraltro espresso in termini molto più prudenti di quanto avrebbero desiderato le correnti più vicine al movimento degli operai parigini, la cui protesta contro la chiusura del sistema di lavori pubblici imperniato sugli *ateliers nationaux* era stata sedata con le armi dal generale Cavaignac nel giugno di quell'anno (3).

Caduto il successivo regime bonapartista, la questione del riconoscimento costituzionale di una forma di intervento in ambito sociale non viene ripresa in occasione della fondazione della Terza Repubblica: le tre Leggi costituzionali approvate nel 1875 vertono esclusivamente sull'organizzazione del sistema politico-istituzionale. Ma anche se a livello costituzionale non si recuperano né si ampliano le aperture del passato, è nel corso nella Terza Repubblica che, molto lentamente e tra molteplici difficoltà, si cominciano a costruire le prime basi di un sistema di *welfare*. Nel 1893 è istituita una forma di assistenza sanitaria per le persone senza risorse. Cinque anni dopo è approvata la legge sugli infortuni sul lavoro, che può essere considerata, come scrive Pierre Rosanvallon, « la première loi

(2) Le citazioni dai testi costituzionali francesi sono tratte da C. DEBBASCH, J.-M. PONTIER, *Les Constitutions de la France*, Paris, Dalloz, 1989.

(3) Cfr. P. CRAVERI, *Genesi di una Costituzione: libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Napoli, Guida, 1985.

sociale française moderne » (4). Seguono la legge del 1905 sull'assistenza obbligatoria ad anziani e infermi e quella del 1910 sulle pensioni operaie e contadine. Alla vigilia della prima guerra mondiale, il sistema di garanzie sociali messo in piedi ha ancora una portata alquanto limitata. Nel « modello repubblicano » costituitosi con l'egemonia politica dei radicali nel primo decennio nel Novecento (5), la priorità è data al principio della laicità dello Stato e allo sviluppo dell'istruzione pubblica: il tema della protezione sociale è presente, ma in quest'ambito si segue un percorso molto più graduale. Negli anni Venti, tuttavia, emerge l'esigenza di un più esteso ed efficace grado di garanzie. Dopo lunghi anni di dibattiti e di confronto in Parlamento, si approda alle leggi del 5 aprile 1928 e del 30 aprile 1930 sulle assicurazioni sociali in materia di malattia e vecchiaia, che istituiscono una copertura obbligatoria per i salariati al di sotto di un certo reddito (6).

Questa riforma di ampia portata, su cui potrà poggiare quella, di portata ancora più ampia, che sarà messa in atto dopo la Liberazione, ha come principale ispiratore una personalità dell'alta amministrazione francese, Georges Cahen-Salvador. Maître des requêtes al Conseil d'État (diventerà Consigliere nel 1927), autore di diversi studi, in particolare sullo statuto e l'associazionismo sinda-

(4) P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, p. 174.

(5) Cfr. *Le modèle républicain*, sous la direction de S. Berstein, O. Rudelle, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

(6) Sulla progressiva costruzione delle strutture dello Stato sociale in Francia cfr. H.C. GALANT, *Histoire politique de la Sécurité sociale française (1945-1952)*, Paris, Armand Colin, 1955; H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale. Essai sur les origines de la sécurité sociale en France (1850-1940)*, Paris, Armand Colin, 1971; ROSANVALLON, *L'État en France*, cit.; A. BARBIERI, *Lo Stato sociale in Francia dalle origini alla seconda guerra mondiale*, Roma, Donzelli, 1999; B. VALAT, *Histoire de la Sécurité sociale (1945-1967). L'État, l'institution et la santé*, Paris, Economica, 2001; P.V. DUTTON, *Origins of the French Welfare State: the Struggle for Social Reform in France 1914-1947*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; I. MASULLI, *Welfare State e patto sociale in Europa. Gran Bretagna, Germania, Francia, Italia (1945-1985)*, Bologna, Clueb, 2003; E. JABBARI, *Pierre Laroque and the Welfare State in Postwar France*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

cale degli impiegati pubblici (7), Cahen-Salvador assume dal 1920 al 1923 la funzione di direttore delle pensioni operaie e contadine al ministero del Lavoro e in questa veste prepara il progetto di legge sulle assicurazioni sociali, di cui seguirà con costanza, difendendolo in diverse sedi, il complesso iter legislativo (8). Una volta approvata la legge, si interesserà della sua applicazione: « Jusqu'à la guerre de 1939, rien ne se fait dans le domaine des assurances sociales sans qu'il soit appelé à dire son mot. Son nom demeure associé à l'institution tant par l'action propre qu'il mène qu'à travers les hommes qui l'animent [...] » (9). Il grande impegno di Cahen-Salvador sulle questioni sociali si manifesterà inoltre in qualità di segretario generale, dal 1925 al 1940, del Conseil national économique.

Se all'interno dell'alta funzione pubblica comincia a manifestarsi una notevole sensibilità sulle assicurazioni sociali, cosa avviene nell'ambito della dottrina? Fra le tre personalità principali del diritto pubblico francese dell'epoca, Léon Duguit, Maurice Hauriou (10) e Raymond Carré de Malberg, è soprattutto il primo, sulla base del concetto di « service public », a porre le premesse teoriche di un intervento dello Stato in materia economica e sociale, inteso peraltro molto più in termini di dovere inerente alla funzione pubblica che

(7) Sul tema scrive diversi articoli che saranno poi raccolti in un volume: *Les fonctionnaires. Leur action corporative*, Paris, Armand Colin, 1911.

(8) Su Georges Cahen-Salvador (1875-1963) cfr. A. CHATRIOT, *Georges Caben-Salvador, un réformateur social dans la haute administration française (1875-1963)*, in « Revue d'histoire de la protection sociale », 2014, 1, pp. 103-128. Si veda anche la voce biografica in R. DRAGO, J. IMBERT, J. TULARD, F. MONNIER, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État, 1799-2002*, Paris, Fayard, 2004, pp. 427-428.

(9) P. LAROQUE, *Georges Caben-Salvador et les assurances sociales*, in « Revue d'histoire de la protection sociale », 2014, 1, p. 138.

(10) Sul percorso intellettuale di Léon Duguit e Maurice Hauriou si veda ora il volume di J.-M. BLANQUER, M. MILET, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015. Cfr. il dibattito su questo volume in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2016, 1, pp. 1-40, con interventi di A. Sandulli, P. Gonod, F. Melleray e B. Sordi. Sull'evoluzione più in generale della cultura giuridica francese dall'Ottocento al Novecento cfr. F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013.

non di risposta a diritti dei cittadini (11). Come è stato sottolineato da Carlos Miguel Herrera, è significativo in ogni caso che la nuova frontiera in tema di diritti sociali apertasi in Europa con la Costituzione di Weimar diventi seriamente oggetto di analisi in Francia solo con gli studi di Boris Mirkine-Guetzévitch (12), emigrato di origine ucraina approdato a Parigi dopo la Rivoluzione d'ottobre (otterrà la nazionalità francese nel 1933) il quale, nonostante promuova numerose iniziative tra cui la fondazione nel 1927 dell'Institut International de droit public (13), è « un juriste plutôt marginal dans le paysage universitaire français » (14). Nell'opera del 1931 che abbiamo citato all'inizio di questo articolo, Mirkine-Guetzévitch sottolinea come nelle nuove Costituzioni del dopoguerra « l'extension des droits individuels dans le sens social » occupi un posto centrale. Un altro impulso all'introduzione del sociale nella dimensione del costituzionalismo è fornito nell'*entre-deux-guerres*, sul piano in questo caso della filosofia del diritto e della sociologia giuridica, da Georges Gurvitch, anch'egli emigrato — prima in Germania e poi in Francia — dall'Unione Sovietica (15).

A livello politico, l'idea di un'estensione delle basi sociali del modello repubblicano è oggetto di un durissimo scontro nella seconda metà degli anni Trenta durante l'esperienza del Fronte popolare, che si apre con il movimento di occupazione delle fabbriche. La riduzione dell'orario di lavoro, l'aumento dei salari, la contrattazione collettiva suscitano un'ostilità profonda su cui saprà

(11) Cfr. C.M. HERRERA, *Comment le social vient au constitutionnalisme. Entre État et droits*, in *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française. Réceptions, métamorphoses, actualités*, sous la direction de Id., Paris, Éditions Kimé, 2011, pp. 29-52.

(12) Ivi, pp. 35-37.

(13) Sul ruolo e le concezioni costituzionali di Boris Mirkine-Guetzévitch (1892-1955) cfr. S. Pinon, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, in « Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », 2007, 46, pp. 183-212.

(14) HERRERA, *Comment le social vient au constitutionnalisme*, cit., p. 35.

(15) G. GURVITCH, *L'idée du Droit social*, Paris, Sirey, 1932; ID., *Le temps présent et l'idée du Droit social*, Paris, Vrin, 1932.

far leva il regime di Vichy costituitosi dopo il crollo militare del 1940 ⁽¹⁶⁾.

Fondato su una pluralità di componenti che va dai tecnocrati animati da spirito razionalizzatore ai collaborazionisti affascinati dal totalitarismo hitleriano, il regime dittatoriale di Pétain si avvale dell'apporto anche di alcune figure dell'amministrazione o provenienti dal sindacalismo che si misurano con i problemi dell'assistenza sociale, cercando di riadattare le linee di intervento emerse nella Terza Repubblica al quadro autoritario della *Révolution nationale* ⁽¹⁷⁾. Il principale protagonista dell'edificazione della protezione sociale durante la Terza Repubblica, Georges Cahen-Salvador, e colui che, proveniente anch'egli dal Conseil d'État, ne raccoglierà il testimone dopo la Liberazione, Pierre Laroque, vengono peraltro allontanati dall'amministrazione in applicazione dello statuto contro gli ebrei del 3 ottobre 1940.

La Resistenza esprime una volontà di profondo rinnovamento delle strutture del paese ⁽¹⁸⁾, e la costruzione di una democrazia estesa alla dimensione economica e sociale ne è uno degli aspetti essenziali ⁽¹⁹⁾. I progetti delle diverse correnti della Resistenza configurano un'estensione delle garanzie sociali in un contesto di maggiore interventismo dello Stato in campo economico. Il programma del Conseil national de la Résistance del 15 marzo 1944 prevede così « le retour à la nation des grands moyens de production monopolisés, fruits du travail commun, des sources d'énergie, des richesses du sous-sol, des compagnies d'assurances et des grandes banques »; il varo di una forma di pianificazione; la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese. A livello sociale, pone l'accento sul diritto al lavoro e al riposo, sulla garanzia di un salario

⁽¹⁶⁾ Sul crollo della Terza Repubblica e l'avvento del regime di Vichy mi permetto di rinviare a S. GUERRIERI, *L'ora del Maresciallo. Vichy, 10 luglio 1940: il conferimento dei pieni poteri a Pétain*, Bologna, il Mulino, 2005.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *La protection sociale sous le régime de Vichy*, sous la direction de P.-J. Hesse, J.-P. Le Crom, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2001.

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. SHENNAN, *Rethinking France. Plans for Renewal 1940-1946*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

⁽¹⁹⁾ Sull'ampliamento dell'idea di cittadinanza che avviene nell'elaborazione della Resistenza europea cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 446-473.

adeguato e su « un plan complet de sécurité sociale », gestito dai rappresentanti « des intéressés et de l'État » (20). È un programma di cambiamento molto radicale, sulle cui direttrici di fondo concorda lo stesso Charles de Gaulle: la necessaria modernizzazione del paese non può prescindere a suo avviso da misure di giustizia sociale che concorrano a rinsaldare la coesione della comunità nazionale.

Questa volontà di rinnovamento trova il suo naturale sviluppo sul piano delle idee costituzionali. Gran parte della Resistenza rifiuta l'idea che la fine del regime di Pétain debba tradursi nel ritorno alle Leggi costituzionali del 1875. Si propone di rifondare la Repubblica su una nuova Costituzione in cui siano sanciti sia i tradizionali diritti di libertà sia i diritti sociali. Tra le più significative riflessioni politico-giuridiche dell'epoca resistenziale sono da citare quella del socialista André Philip, giurista ed economista (21), futuro presidente della Commission de la Constitution delle due Assemblée costituenti negli anni 1945-1946, secondo il quale i diritti legati alla dimensione sociale sono l'espressione di un più generale diritto alla vita e rappresentano ciò che l'organizzazione sociale deve fornire a ogni individuo « de sa naissance à sa mort, en échange de son travail, de sa participation à l'œuvre collective » (22). E quella di André Hauriou (figlio di Maurice Hauriou), membro del movimento Combat, professore di diritto costituzionale (23) e autore di un'opera contenente un progetto di dichiarazione dei diritti in cui si afferma che « le but de toute association politique est la libération de l'homme, dans le cadre d'une société ordonnée ». In tale progetto

(20) *Texte définitif du Programme d'Action de la Résistance*, in C. ANDRIEU, *Le programme commun de la Résistance. Des idées dans la guerre*, Paris, Les Éditions de l'Érudit, 1984, pp. 173-174.

(21) Dopo un dottorato in scienze economiche e un secondo in scienze giuridiche (sul diritto sindacale), André Philip (1902-1970) ottiene l'agrégation di economia politica nel 1926 ed è nominato professore in questa disciplina alla Facoltà di Diritto di Lione nel 1928. Cfr. L. PHILIP, *André Philip*, Paris, Beauchesne, 1988; *André Philip, socialiste, patriote, chrétien*, sous la direction de C. Chevandier, G. Morin, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, 2005.

(22) A. PHILIP, *Les droits de l'homme et la démocratie de demain*, Discours prononcé à Alger le 15 avril 1944, Lyon, 1944, p. 10.

(23) Ottenuta l'agrégation de droit nel 1925, André Hauriou (1897-1973) era stato nominato a Tolosa professore di diritto amministrativo e successivamente, dal 1933, di diritto costituzionale.

sono sanciti il diritto al lavoro (con l'associazione alle responsabilità della produzione), quello « à des loisirs suffisants » che permettano al lavoratore di « participer aux avantages de la civilisation, développer son esprit et se consacrer à son foyer », e l'obbligo sociale, motivato anche in questo caso in base al diritto alla vita, di garantire i mezzi di esistenza a chi non è in grado di procurarseli autonomamente ⁽²⁴⁾.

La traduzione di queste idee in una concreta azione riformatrice che estenda considerevolmente gli ambiti di intervento della protezione sociale non è tuttavia un compito agevole e, ancora una volta, si rivela decisivo lo spirito di iniziativa di alcune personalità formatesi nel Conseil d'État. Ministro del Lavoro e della Sicurezza sociale del governo provvisorio presieduto da Charles de Gaulle è Alexandre Parodi, il quale aveva fatto parte a suo tempo del piccolo gruppo di giovani uditori del Conseil d'État che aveva assistito Cahen-Salvador nella sua azione in tema di assicurazioni sociali ⁽²⁵⁾. Animato da una precisa volontà di dar corso alle aspirazioni sociali della Liberazione, Parodi nomina come direttore generale delle Assicurazioni sociali colui che diventerà la personalità chiave del processo di formazione del Welfare State in Francia: Pierre Laroque.

Nato nel 1907, Pierre Laroque ⁽²⁶⁾ era entrato al Conseil d'État come uditore di seconda classe il 1° gennaio 1930. Assegnato alla commissione incaricata di studiare l'applicazione delle leggi del 1928-1930 sulle assicurazioni sociali, era approdato subito dopo al gabinetto del ministro del lavoro, Adolphe Landry, che aveva il compito di attuarle. A questo primo impatto alle questioni della previdenza sociale aveva fatto seguito un particolare interesse per il tema della contrattazione collettiva e più in generale per le relazioni tra datori di lavoro e operai, su cui aveva tenuto un corso all'École

⁽²⁴⁾ A. HAURIU, *Vers une doctrine de la Résistance. Le socialisme humaniste*, Alger, Fontaine, 1944, pp. 169-172.

⁽²⁵⁾ Cfr. CHATRIOT, *Georges Caben-Salvador, un réformateur social dans la haute administration française (1875-1963)*, cit., p. 110.

⁽²⁶⁾ Sulla figura di Pierre Laroque (1907-1997) cfr. JABBARI, *Pierre Laroque and the Welfare State in Postwar France*, cit. Si vedano anche le sue memorie: P. LAROQUE, *Au service de l'homme et du droit. Souvenirs et réflexions*, Paris, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 1993; e la voce biografica in DRAGO, IMBERT, TULARD, MONNIER, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État, 1799-2002*, cit., pp. 524-525.

Libre des Sciences Politiques e pubblicato un volume (27). Propenso in un primo momento, per superare l'impianto liberista delle relazioni industriali, a propugnare indirizzi di tipo corporativistico, Laroque si era poi allontanato da questa prospettiva alla fine degli anni Trenta. Dopo l'avvento del regime di Pétain, il ministro del Lavoro di Vichy, il sindacalista René Belin, lo aveva chiamato al suo dicastero per poter contare sulla sua esperienza. Ma nel dicembre 1940 Laroque era stato escluso sia dal ministero che dal Conseil d'État (dove era divenuto maître des requêtes il 22 agosto 1940) a causa delle sue origine ebraiche. Successivamente, era entrato nelle file della Resistenza e nell'aprile 1943 aveva raggiunto Londra, ricevendo importanti incarichi nell'ambito del Comité Français de Libération Nationale.

Il nuovo incarico attribuitogli alla Liberazione induce Laroque a progettare un intervento di notevole estensione e potenziamento del sistema di garanzie sociali. L'esempio britannico del Piano Beveridge è naturalmente una fonte di ispirazione, ma la costruzione della sicurezza sociale *à la française* segue percorsi specifici. L'idea di fondo è di completare e rifondare la struttura esistente ponendo come obiettivi da raggiungere l'unità e l'universalità del sistema di prestazioni: il nuovo regime dovrà coprire l'insieme dei rischi sociali e basarsi sulla piena valorizzazione dello spirito di solidarietà collettiva. Il meccanismo da mettere in piedi è concepito da Laroque come uno degli elementi cardine del nuovo patto sociale su cui si deve ricostituire il tessuto connettivo della comunità nazionale dopo la tragedia bellica.

L'impegno di Pierre Laroque conduce al varo delle ordinanze del 4 e del 19 ottobre 1945, con le quali viene creato il regime generale della Sécurité sociale, che prevede una riforma delle prestazioni e una gestione unitaria, articolata su base territoriale, con la partecipazione dei rappresentanti degli assicurati, vale a dire dei sindacati (28). Inizia così la complessa storia della protezione sociale francese del secondo dopoguerra, nel corso della quale alcuni dei progetti più ambiziosi dovranno tuttavia essere ben presto abban-

(27) P. LAROQUE, *Les rapports entre patrons et ouvriers*, Paris, Aubier, 1938.

(28) Cfr. JABBARI, *Pierre Laroque and the Welfare State in Postwar France*, cit., pp. 107-131.

donati a causa del risorgere di interessi settoriali. La riforma attuata con le ordinanze dell'ottobre 1945 è comunque di ampia scala e si inquadra in un più vasto disegno che, come avviene con le prime nazionalizzazioni, punta a estendere i confini dell'intervento pubblico in accordo a quanto previsto dal programma del Conseil national de la Résistance.

2. *L'apertura della fase costituente e il confronto sul riconoscimento costituzionale dei diritti sociali.*

Il 21 ottobre 1945 il popolo francese assegna all'Assemblea eletta quel giorno il mandato di preparare una nuova Costituzione da sottoporre poi a referendum ⁽²⁹⁾. I protagonisti della nuova fase politica sono Charles de Gaulle, confermato dall'Assemblea alla guida del governo provvisorio, e i tre partiti di massa che insieme raccolgono il 75% circa dei consensi: il Partito comunista con il 26,2%, il Partito socialista con il 25,1% (che beneficia dell'alleanza con l'UDSR ⁽³⁰⁾), e il Mouvement républicain populaire con il 23,9%. Il governo di larga coalizione presieduto da de Gaulle e, dopo le sue dimissioni il 20 gennaio 1946, quello guidato dal socialista Félix Gouin, che beneficia anch'esso del sostegno di tutti e tre i principali partiti, riescono a portare avanti l'azione riformatrice avviata dopo la Liberazione: vengono attuate le nazionalizzazioni del credito, del gas e dell'elettricità e viene istituito il Commissariat général au plan diretto da Jean Monnet, che preparerà il primo piano economico nazionale ⁽³¹⁾. Questa estensione dell'area delle politiche pubbliche avviene sulla base di un vasto consenso parlamentare ma comincia a suscitare anche accese critiche da parte di chi ritiene che si apra la strada a un eccesso di dirigismo e di statalismo. Per quanto riguarda la protezione sociale, le linee direttrici che hanno ispirato le ordinanze dell'ottobre 1945 trovano

⁽²⁹⁾ Per un'analisi più dettagliata del processo costituente francese degli anni 1945-1946 rinvio a S. GUERRIERI, *Due Costituenti e tre referendum. La nascita della Quarta Repubblica francese*, Milano, FrancoAngeli, 1998.

⁽³⁰⁾ Union démocratique et socialiste de la Résistance.

⁽³¹⁾ Cfr. P. MIOCHE, *Le Plan Monnet. Genèse et élaboration, 1941-1947*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1987.

ulteriore applicazione con la legge del 22 maggio 1946 approvata all'unanimità dall'Assemblea Costituente alla chiusura dei suoi lavori, che prevede la progressiva inclusione dei lavoratori autonomi nel nuovo sistema. Tuttavia l'idea di un regime unitario di prestazioni suscita resistenze crescenti, che si accentueranno nel corso dei mesi ⁽³²⁾.

In questo contesto di trasformazioni, la definizione costituzionale dei diritti e dei principi in campo economico-sociale si presenta come uno degli aspetti più importanti dell'azione dei costituenti. Nella Commission de la Constitution composta di 42 membri, alcune delle personalità più attive, che rivestono un ruolo politico di primissimo piano, sono professori delle facoltà di Diritto. Oltre al presidente della Commissione André Philip, sono da citare i repubblicano-popolari François de Menthon ⁽³³⁾ e Paul Coste-Floret ⁽³⁴⁾, il radicale Pierre Cot ⁽³⁵⁾ e René Capitant ⁽³⁶⁾, molto vicino a de Gaulle. Essi si confrontano e si scontrano esprimendo gli

⁽³²⁾ Cfr. GALANT, *Histoire politique de la Sécurité sociale française (1945-1952)*, cit., pp. 61-78.

⁽³³⁾ Professore di economia politica alla Facoltà di Diritto di Nancy (e dal 1940 al 1942 a Lione), François de Menthon (1900-1984), « l'une des grandes figures démocrate-chrétiennes du corps des juristes » (M. MILET, voce del *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, Presses universitaires de France, 2007, pp. 557-558), fonda tra l'altro nel 1938 con il pubblicista Pierre-Henri Teitgen (altra figura chiave in seguito del MRP) e il privatista Paul Durand la rivista « Droit social ». Cofondatore nel 1941 del movimento *Combat*, è ministro della Giustizia nel governo provvisorio presieduto da de Gaulle fino al maggio 1945, ed è successivamente delegato della Francia al Tribunale di Norimberga. Cfr. L. DUCERF, *François de Menthon, un catholique au service de la République (1900-1984)*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2006.

⁽³⁴⁾ Ottenuta l'agrégation di diritto privato nel 1937, Paul Coste-Floret (1911-1979) è chiamato alla Facoltà di Diritto di Algeri. Nel 1942 crea il movimento *Combat outre-mer* e ha in seguito, assieme a de Menthon, un ruolo chiave nel definire le posizioni costituzionali del MRP.

⁽³⁵⁾ Agrégé di diritto pubblico, Pierre Cot (1895-1977) svolge una lunga carriera politica nel Partito radicale, appartenendo nel periodo tra le due guerre alla corrente di sinistra dei « Jeunes Turcs ». Nell'aprile 1946 arriva però a una rottura con il suo partito e si avvicina al PCF. Cfr. S. JANSEN, *Pierre Cot. Un antifasciste radical*, Paris, Fayard, 2002.

⁽³⁶⁾ René Capitant (1901-1970), agrégé di diritto pubblico, professore all'Università di Strasburgo e poi di Algeri, diventa negli anni della guerra uno dei più stretti

indirizzi delle rispettive correnti politico-culturali. André Philip rappresenta, assieme a Léon Blum, il filone del socialismo francese più sensibile alla dimensione dei diritti dell'uomo e più propenso a sfruttare appieno, senza attendere il futuro presentarsi delle condizioni di passaggio alla società socialista, tutte le possibilità di riforma nel quadro della fondazione della nuova Repubblica. Egli è così uno dei più decisi sostenitori dell'edificazione di una democrazia sociale basata su ampie capacità di intervento da parte dello Stato ⁽³⁷⁾. François de Menthon e Paul Coste-Floret condividono l'idea che la costituzionalizzazione dei diritti sia un compito centrale per la definizione dell'identità del regime politico del dopoguerra. Secondo de Menthon, la nuova Dichiarazione dei diritti « formera comme le majestueux portique du régime nouveau » e sarà non solo il simbolo dell'avvento della Quarta Repubblica, ma anche « la préface idéologique à l'œuvre de celle-ci » ⁽³⁸⁾: concetto che presenta molte analogie con quello espresso da Georges Gurvitch nell'opera *La Déclaration des droits sociaux*, in cui si afferma che una nuova Dichiarazione che tenesse conto « des immenses souffrances et espérances de nos jours » costituirebbe una sorta di « phare puissant indiquant la route à prendre et le chemin à parcourir pour organiser l'économie et la société » ⁽³⁹⁾. Se i giuristi del MRP dedicano anch'essi grande spazio ai temi sociali, si differenziano tuttavia dalle posizioni di André Philip e più in generale della sinistra su tre punti importanti: essi chiedono che ai diritti individuali si aggiungano quelli delle « comunità naturali », reclamano il riconoscimento della libertà di insegnamento intesa come facoltà del

collaboratori di de Gaulle. È ministro dell'Educazione nazionale nel governo provvisorio dal 1944 al 1945.

⁽³⁷⁾ A. PHILIP, *Pour la rénovation de la République. Les réformes de structure*, Alger, Fraternité [1944]. Si vedano inoltre di Philip, oltre all'articolo intitolato *Thèses pour servir à une discussion sur la future Constitution*, in « Les Cahiers politiques », août-septembre 1945, pp. 1-5, gli interventi sul quotidiano da lui diretto, « Cité-soir ».

⁽³⁸⁾ F. DE MENTHON, *Vers une nouvelle déclaration des droits?*, in « Politique », août-septembre 1945, articolo poi raccolto in Id., *Vers la Quatrième République*, Paris, Hachette, 1946. Il brano citato è a p. 42 del volume del 1946.

⁽³⁹⁾ G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1946, p. 47. Una prima edizione del testo era apparsa per le Éditions de la Maison française, New York.

capofamiglia di scegliere se mandare i propri figli alla scuola pubblica o a quella privata, e vogliono che il diritto di proprietà sia formulato in maniera tale da impedire possibili abusi nelle politiche di intervento statale. Quanto a Pierre Cot e a René Capitant, mentre il primo si avvicina sempre di più alle concezioni della sinistra, il secondo invita, viceversa, a mantenere un forte legame con i principi del 1789, in modo anche da venire incontro al malessere di quella parte dell'opinione pubblica timorosa di un eccessivo dirigismo da parte dello Stato.

Al di fuori della Costituente, come si esprime la scienza giuridica?

La maggior parte dei giuristi che intervengono sui temi costituzionali si occupano soprattutto, in realtà, dell'organizzazione dei poteri pubblici. Così, nel volume collettaneo *Refaites une Constitution*, che raccoglie tredici saggi di giovani giuristi, la questione dei diritti è affrontata, alquanto genericamente, solo nel contributo di Jean Coutard, Avvocato al Conseil d'État, il quale pone l'accento sui rischi che l'économie dirigée può presentare per le libertà dei cittadini: « Or, c'est un fait d'expérience que l'économie dirigée est en plan incliné et que les mesures dictées bien souvent par des considérations politiques y succèdent de plus en plus rapidement à celles qui peuvent paraître économiquement ou socialement justifiées »⁽⁴⁰⁾. Non mancano comunque, nei libri pubblicati dopo la Liberazione e negli articoli sulle riviste, interventi e analisi di maggior rilievo. Alcuni giuristi, tra cui Maxime Leroy, specialista di questioni sociali e sindacali, partecipano al dibattito apertosi sulla rivista « Esprit » riguardo al progetto di dichiarazione dei diritti redatto da Emmanuel Mounier⁽⁴¹⁾, espressione dei principi del personalismo comunitario e fonte di ispirazione per la visione costituzionale del Mouvement républicain populaire. Il tema del riconoscimento costituzionale dei diritti è poi affrontato nel volume di Georges Scelle (autorevole specialista di diritto pubblico interna-

(40) J. COUTARD, *Les libertés en régime démocratique*, in J. DE SOTO *et al.*, *Refaites une Constitution...*, Paris, La Jeune Parque, 1946, pp. 40-41.

(41) E. MOUNIER, *Projet d'une déclaration des droits des personnes et des collectivités*, in « Esprit », 1^{er} décembre 1944, pp. 121-127.

zionale con un costante interesse per le questioni sociali (42)) e Georges Berlia (agrégé di diritto pubblico nel 1942 e studioso di diritto internazionale e di diritto costituzionale) intitolato *La réforme constitutionnelle. Sa préparation. Ses bases*. Scritto prima dell'elezione dell'Assemblea Costituente e pubblicato all'indomani del voto, il libro contiene un capitolo sulla nuova dichiarazione da redigere. Il rilievo attribuito dai due autori a questa scrittura dei diritti è molto alto: si tratta, per la comunità nazionale, di definire « sa constitution intime ou psycho-physiologique », ponendo le fondamenta economico-sociali su cui « doit s'ajuster la constitution politico-juridique » (43). Compito dei costituenti è allora cercare di individuare « la mentalité profonde de la collectivité » e tradurla sul piano costituzionale: missione tutt'altro che agevole perché la mentalità in materia di valori sociali non è univoca (44). Da una parte, osservano i due autori, occorre consacrare costituzionalmente l'evoluzione in corso da diversi decenni, dall'altra stabilire dei principi che, a partire ad esempio dalla questione delle nazionalizzazioni, consentano, sulla base anche di un'adeguata definizione del diritto di proprietà, di procedere in modo meno empirico: « L'heure est venue, semble-t-il, pour nos constituants de nous dire exactement ce que le peuple français entend aujourd'hui par propriété, ne fût-ce que pour revaloriser ce qu'il en reste » (45). Scelle e Berlia guardano con favore ai nuovi scenari della democrazia sociale ma chiedono che i diritti siano accompagnati da contropartite: al diritto al lavoro deve corrispondere un adeguato rendimento del lavoratore (su questo punto gli autori arrivano addirittura a prendere come esempio positivo il produttivismo sovietico), e la partecipazione dei salariati alla gestione delle imprese viene posta in connessione con

(42) Agrégé di diritto pubblico nel 1912, Georges Scelle (1878-1961) insegna alla Facoltà di Diritto di Digione e poi, dal 1933, a quella di Parigi. Dopo la seconda guerra mondiale sarà segretario generale dell'Accademia di Diritto Internazionale dell'Aia. Cfr. C.M. HERRERA, *Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle*, in « Revue française d'histoire des idées politiques », 2005, 1, pp. 113-137.

(43) G. SCELLE, G. BERLIA, *La réforme constitutionnelle. Sa préparation. Ses bases*, Paris, Éditions Bourrellier, 1945, p. 49.

(44) Ivi, p. 50.

(45) Ivi, p. 56.

un'organizzazione professionale da modellare secondo i principi di un corporativismo diverso da quello dei regimi totalitari ⁽⁴⁶⁾.

Lo studioso che sottolinea con più convinzione la possibilità di conciliare le libertà classiche e i nuovi diritti sociali è Boris Mirkine-Guetzévitch, il quale riprende i concetti espressi nella sua riflessione sul costituzionalismo tra le due guerre. Negli anni 1945-1946 Mirkine-Guetzévitch risiede a New York ma mantiene vivo il legame con la Francia ⁽⁴⁷⁾ e segue con grande attenzione il dibattito costituzionale, esprimendo le sue idee in un articolo pubblicato sulla « *Revue politique et parlementaire* » nel gennaio 1946 e in un volume uscito alcuni mesi dopo ⁽⁴⁸⁾. Mentre vi è chi, come Raymond Aron, non nasconde un profondo scetticismo riguardo ai tentativi di armonizzare libertà personali e forme di economia collettiva ⁽⁴⁹⁾, Mirkine-Guetzévitch afferma che « les vieilles querelles, qui mettaient jadis les individualistes d'un côté et les collectivistes de l'autre, perdent aujourd'hui tout sens »: l'antinomia individualismo-collettivismo è stata superata dalla sete di libertà che i popoli hanno manifestato nella loro lotta contro il nazismo. L'evoluzione sociale del mondo ha creato dei diritti nuovi e l'epoca contemporanea si caratterizza per la « *coexistence du social et de l'individuel* », una coesistenza di cui la Dichiarazione deve essere l'espressione. Secondo Mirkine-Guetzévitch, oltre ai diritti devono peraltro essere sanciti anche i doveri, da concepire « *dans le sens de la Fraternité* »

⁽⁴⁶⁾ Ivi, pp. 57-61.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, cit., p. 184.

⁽⁴⁸⁾ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les problèmes constitutionnels*, in « *Revue politique et parlementaire* », 10 janvier 1946, pp. 17-27; ID., *La Quatrième République*, New York, Éditions de la Maison Française, 1946.

⁽⁴⁹⁾ R. ARON, F. CLAIRENS, *Les Français devant la Constitution*, Paris, Éditions Défense de la France, 1946, p. 124: « Toutes les déclarations de droits que l'on proposerait aujourd'hui seraient suggérées et orientées par la doctrine synthétique, si facile à concevoir, si difficile à réaliser, qui concilierait les formes d'économie collective avec les libertés personnelles, intellectuelles, religieuses. Mais la juxtaposition de ces deux sortes de droits enlève à la déclaration l'allant, la force percutante qui viendraient de l'affirmation brutale, soit des libertés personnelles, soit des rigueurs de la vie collective. Et elle condamne à l'insincérité, car ceux qui y souscriraient malgré tout n'hésiteraient pas à sacrifier, les uns les libertés personnelles, les autres la direction et la répartition par en haut de richesses collectives ».

exprimée jadis par la Convention et réaffirmée par le socialisme démocratique »⁽⁵⁰⁾.

Nella Commission de la Constitution dell'Assemblea Costituente, la condivisa aspirazione alla costruzione di una democrazia sociale, emersa a partire dalla Resistenza, si traduce in un ampio consenso sul riconoscimento dei diritti all'istruzione, alla salute, al lavoro, alla difesa dei propri interessi tramite l'azione sindacale, del diritto di sciopero⁽⁵¹⁾ e di quello di ogni lavoratore a partecipare, tramite i suoi delegati, alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro così come alla gestione delle imprese. Unanime è inoltre l'intesa sul diritto di ogni essere umano che si trovi nell'impossibilità di lavorare, « en raison de son âge, de son état physique ou mental ou de la situation économique générale », di ricevere dalla collettività « des moyens convenables d'existence » attraverso la creazione di « organismes publics de sécurité sociale »⁽⁵²⁾. E un'adesione molto vasta si registra anche sul principio di un'economia mista in cui lo Stato detenga estesi poteri di intervento⁽⁵³⁾. Il testo della Dichiarazione dei diritti che la Commissione va elaborando costituzionalizza perciò il processo avviato dalle riforme adottate a partire dalla Liberazione e pone le premesse della sua ulteriore estensione. Molto più accese sono però le discussioni in merito alle richieste del MRP in tema di diritti delle comunità naturali, libertà di insegnamento e garanzia del diritto di proprietà: su questi aspetti, i repubblicano-popolari registrano diverse sconfitte. Questi insuccessi non sarebbero probabilmente sufficienti a condurre il MRP a votare contro il progetto di Costituzione, ma ad essi si aggiungono quelli sull'organizzazione dei poteri pubblici, in particolare la mancata introduzione di una forma sia pur molto parziale di controllo di costituzionalità delle leggi. A causa soprattutto dell'intransigenza del

⁽⁵⁰⁾ MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les problèmes constitutionnels*, cit., p. 26.

⁽⁵¹⁾ Sul diritto di sciopero si veda, in un quadro di comparazione con la Costituente italiana, P. CIARLO, *Lo sciopero tra fatto e diritto nella fase costituente: Italia e Francia*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, t. II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, a cura di U. De Siervo, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 341-439.

⁽⁵²⁾ Assemblée nationale constituante élue le 21 octobre 1945, Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques, [Paris], Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, séance du 1^{er} février 1946, p. 317.

⁽⁵³⁾ Ivi, pp. 318-319.

PCF, il testo costituzionale, che dà vita a un sistema parlamentare monocamerale con un indirizzo fortemente legicentrico, finisce così per essere votato dall'Assemblea il 19 aprile 1946 con 309 voti a favore e ben 249 contrari, vale a dire con l'opposizione del MRP, del Partito radicale, dei gruppi moderati e della maggioranza dell'UDSR. In occasione del referendum di ratifica, questi partiti e diversi organi di stampa conducono una campagna in cui si paventa il rischio di un governo d'assemblea che metterebbe in pericolo le libertà pubbliche e si rivelerebbe l'anticamera della tirannide⁽⁵⁴⁾. Oltre che sull'assenza di un adeguato sistema di contrappesi istituzionali, una parte degli oppositori concentra le sue critiche sul fatto che il diritto di proprietà, in una fase storica in cui avanza considerevolmente la proprietà pubblica, non godrebbe di tutele adeguate a causa della formulazione che lo fonda unicamente sulla legge, garanzia insufficiente per i possibili abusi che potrebbero manifestarsi da parte del legislatore⁽⁵⁵⁾.

Le direttrici del progetto dell'Assemblea Costituente sono fortemente criticate, prima e dopo il referendum di conferma, anche da alcuni giuristi. In un articolo pubblicato sulla « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », Georges Berlia scrive, affermando che « *toute économie dirigée est atteinte aux droits individuels* », che « *une déclaration des droits n'est aujourd'hui qu'une duperie si elle n'est pas assortie d'un contrôle de constitutionnalité* »⁽⁵⁶⁾. Commentando i lavori della Commission de la Constitution, André Hauriou sostiene, anticipando in questo caso alcuni temi del discorso gollista, che il governo d'assemblea che si va profilando, tendente alla concentrazione del potere politico nel Parlamento e alla subordinazione dell'esecutivo, sarà reso ancora più pericoloso dal regime dei partiti di massa, i cui stati maggiori

⁽⁵⁴⁾ Si veda ad esempio l'articolo di Raymond ARON, *Les libertés en péril*, in « *Combat* », 27 avril 1946.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *Le droit de propriété*, in « *Le Figaro* », 22 mars 1946.

⁽⁵⁶⁾ G. BERLIA, *Le projet de Constitution Française du 19 avril 1946*, in « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », LXII (1946), p. 234.

costituiscono delle nuove oligarchie (57). E Jean Rivero, professore di diritto pubblico alla Facoltà di Diritto di Poitiers, alla quale è tornato nel 1945 dopo cinque anni di campo di prigionia in Germania (58), scrive, in un articolo pubblicato nel giugno 1946, che uno dei limiti della dichiarazione dei diritti contenuta nel progetto costituzionale è proprio il fatto di porre in diversi suoi articoli la garanzia di tali diritti solo nella legge (59). In questo articolo, Rivero si spinge peraltro ancora più in là: seguendo un indirizzo opposto a quello espresso da Mirkiné-Guetzévitch, egli afferma che la duplice natura dei diritti sanciti, e cioè i diritti di libertà da un lato e quelli sociali ed economici dall'altro, ha reso molto difficile per i costituenti approdare a un'unità dottrinale che consentisse di redigere una dichiarazione coerente:

Les premiers créent essentiellement à l'État des obligations de ne pas faire; ils lui imposent des abstentions; les seconds lui créent, à l'opposé, des obligations de donner ou de faire; ils remettent à l'individu un titre de créance, un pouvoir d'exiger des prestations positives. [...] À l'homme de la déclaration de 89, féodal retranché dans ses droits, s'oppose, dans la seconde partie de notre déclaration, un type contraire: l'usager, celui qui demande aux services publics les moyens de son développement, et qui accepte en contre-partie les disciplines qu'ils exigent: l'homme qui attend devant un guichet (60).

Le due concezioni, secondo Rivero, potrebbero certo completarsi, ma ciò non significa realizzare una sintesi, che nel contesto storico dato appare all'autore alquanto problematica: « Toute gonflée de bons sentiments, la déclaration n'en reste pas moins une œuvre peu cohérente, et elle ne pouvait être autre; le mot de liberté, non sa définition, a fait l'unanimité » (61).

(57) A. HAURIU, *Vers la dictature des partis*, in « Revue de Paris », 53 (Février 1946), 2, pp. 37-43. André Hauriou entrerà peraltro nel Partito socialista e sarà eletto nel novembre 1946 al Conseil de la République.

(58) Jean Rivero (1910-2001) era stato chiamato alle armi nel settembre 1939. Dal 1954 insegnerà alla facoltà di Diritto di Parigi. Tra i suoi numerosi incarichi sotto la Quarta e la Quinta Repubblica, vi sarà anche quello, negli anni 1962-1964, di presidente della commissione per la riforma della Sécurité sociale.

(59) J. RIVERO, *Incertitudes de la Constitution d'Avril*, in « Études », Juin 1946, pp. 360-361.

(60) Ivi, p. 361.

(61) *Ibidem*.

Le critiche degli oppositori al progetto costituzionale hanno intanto avuto effetto. Il PCF aveva chiuso la porta ai tentativi di conciliazione con il MRP perché era sicuro che i cittadini avrebbero approvato il testo votato a maggioranza dalla Costituente. Viceversa, il 5 maggio 1946 esso è respinto con il 52,9% di voti contrari. Ne consegue, il 2 giugno 1946, l'elezione di una seconda Assemblea Costituente, al cui interno i rapporti di forza risultano significativamente modificati: socialisti e comunisti perdono la maggioranza assoluta e il MRP raccoglie i frutti della campagna referendaria affermandosi al primo posto con il 28,2%.

3. *Il Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946.*

Nella seconda Assemblea Costituente, che elegge alla presidenza del governo il repubblicano popolare Georges Bidault, il quale forma nuovamente un ministero di coalizione formato dai tre partiti di massa, l'azione riformatrice in campo economico e sociale si arresta per quanto riguarda le misure di nazionalizzazione, ma prosegue relativamente al potenziamento del regime di sicurezza sociale. Si estende il sistema di prestazioni familiari a quasi tutte le persone (stranieri inclusi) residenti in Francia, si migliora la legislazione sugli infortuni sul lavoro e, con la legge del 13 settembre del 1946, si anticipa l'applicazione delle norme sulla generalizzazione della Sécurité sociale in materia di assicurazione per la vecchiaia, introdotte dalla precedente legge del 22 maggio. Il principio di una *caisse unique*, in cui si esprime l'unità del piano di sicurezza sociale secondo il progetto di Pierre Laroque, provoca tuttavia una progressiva ostilità in settori che preferiscono mantenere forme di organizzazione specifiche. Negli anni successivi, l'impostazione di Laroque, fatta propria e accentuata (dando prova però in questo, secondo Laroque, di una fretta controproducente ⁽⁶²⁾) dalle due Assemblee Costituenti, subirà un considerevole ridimensionamento: nel 1947 i quadri potranno creare un autonomo sistema di copertura complementare e, a seguito di un'intensa azione di protesta (espressasi anche tramite il mancato pagamento dei contributi previden-

⁽⁶²⁾ Cfr. JABBARI, *Pierre Laroque and the Welfare State in Postwar France*, cit., pp. 146-147.

ziali), artigiani, industriali e commercianti, liberi professionisti e agricoltori otterranno con la legge del 17 gennaio 1948 di poter beneficiare di sistemi separati per l'assicurazione di vecchiaia (63). Il riformismo sociale portato avanti dopo la Liberazione troverà in queste decisioni un profondo limite. Ma, anche con questi notevoli passi indietro rispetto al disegno iniziale, lo Stato sociale in Francia potrà contare su basi solide e nel corso dei decenni la Sécurité sociale apparirà sempre di più come un elemento centrale del modello repubblicano: « C'est que la Sécurité sociale redéfinit le nouveau pacte social et symbolise la percée d'une démocratie sociale à la française » (64).

Sul piano dell'elaborazione della Costituzione, la seconda Costituente deve superare le tensioni manifestatesi durante i lavori della prima Assemblea. L'imperativo è la fuoriuscita dal provvisorio: socialisti, repubblicano-popolari e comunisti intendono evitare un secondo fallimento che alimenterebbe le critiche mosse da de Gaulle al sistema dei partiti di massa. L'ansia di raggiungere al più presto un accordo ha delle conseguenze molto rilevanti sia sulla definizione dell'assetto istituzionale (con l'intesa sull'introduzione di una seconda Camera, il Conseil de la République, posta in una posizione di inferiorità rispetto all'Assemblée Nationale, e su un controllo di costituzionalità da esercitare solo sull'organizzazione dei poteri pubblici (65)) sia sull'enunciazione dei diritti.

Il Mouvement républicain populaire, forte della sua crescita elettorale, presenta inizialmente un nuovo progetto di Costituzione in cui, in tema di diritti, per un verso riprende integralmente questa volta, nella parte relativa alle libertà, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, considerandola una più sicura forma di protezione da scenari autoritari o eccessive interferenze

(63) Cfr. GALANT, *Histoire politique de la Sécurité sociale française (1945-1952)*, cit., p. 79 e ss.

(64) M. LAZAR, *La République à l'épreuve du social*, in *La démocratie en France*, 2, *Limites*, sous la direction de M. Sadoun, Paris, Gallimard, 2000, p. 358. Cfr. P. NORD, *France's New Deal. From the Thirties to the Postwar Era*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

(65) Cfr. J. BOUGRAB, *Le contrôle de constitutionnalité des lois dans l'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946*, in « *Revue française de Droit constitutionnel* », 1999, 38, pp. 285-314.

nella vita degli individui; e, per l'altro verso, propone, per i diritti sociali ed economici, notevoli cambiamenti rispetto al testo approvato dalla prima Costituente. Ad esempio, in sintonia con l'adozione di una posizione contraria a nuove nazionalizzazioni, il MRP non fa più esplicito riferimento al passaggio dei servizi pubblici nazionali o dei monopoli di fatto nelle mani della collettività, e, venendo incontro alle resistenze sorte contro il principio della *caisse unique* per la Sécurité sociale, sostiene che il diritto all'assistenza deve essere garantito non solo da istituzioni pubbliche, ma anche da organismi privati (66).

Al fine di evitare che si aprano divisioni difficili da sanare, i socialisti, nella nuova Commission de la Constitution presieduta ancora una volta da André Philip, chiedono di rinunciare a una dichiarazione suddivisa in singoli articoli e di sostituirla con un preambolo. L'idea, come spiega il 7 agosto 1946 Paul Ramadier, è di formulare l'elenco dei diritti in maniera più concisa, ponendo alcuni principi generali (67). Alcuni giorni dopo, André Philip scriverà sul quotidiano « Cité-soir » che non è stato con « gaieté de cœur » che il Partito socialista ha abbandonato la vecchia dichiarazione. Ma, di fronte alle critiche ingiustificate di cui essa era stata oggetto, ha preferito compiere un passo indietro evitando di porre « les grands problèmes philosophiques sur lesquels les Français risqueraient de se diviser » (68).

La proposta socialista riscuote l'adesione sia del MRP sia del PCF, cosicché la Commission de la Constitution è in grado di elaborare rapidamente un testo in cui, da un lato, si riafferma la validità dei diritti e delle libertà consacrati dalla Dichiarazione del 1789 (rinunciando a riformularli come invece aveva fatto la prima Costituente) e, dall'altro, si enunciano in forma sintetica i principi in campo economico e sociale presentati come « les plus nécessaires à

(66) Documents de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946, Paris, Imprimerie des Journaux Officiels, Annexe n. II-68, Proposition de loi tendant à établir la Constitution de la République française, présentée par Coste-Floret *et al.*, pp. 61-63.

(67) Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946, Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques, [Paris], Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, séance du 7 août 1946, pp. 279-283.

(68) A. PHILIP, *La déclaration des droits de l'homme et la nouvelle Constitution*, in « Cité-soir », 13 août 1946.

notre temps ». Il legame, in materia di Stato sociale, con quanto era stato sancito nel progetto della prima Costituente è in realtà molto stretto: la seconda Commission de la Constitution opera in linea di massima un'ampia selezione delle affermazioni in esso contenute (incluso il passaggio alla collettività di beni o imprese con caratteri di servizio pubblico nazionale o monopolio di fatto). Si rinuncia, però, alla ridefinizione del diritto di proprietà (per il quale si ritorna ai termini del 1789) e cade il riferimento, nella formulazione del diritto all'assistenza sociale, all'istituzione d'« organismes publics de sécurité sociale ». Soprattutto, con la scelta del preambolo i costituenti adottano volutamente uno strumento di portata minore rispetto alla dichiarazione, come è dimostrato dal fatto che alcuni di loro arrivano perfino a negarne la natura giuridica ⁽⁶⁹⁾. Se la dichiarazione dei diritti avrebbe dovuto essere, per riprendere le parole proferite a suo tempo da François de Menthon, il maestoso portico del nuovo regime, il preambolo è il frutto di un compromesso pragmatico che denota come le fratture emerse nella prima Costituente stentino a ricomporsi in un'intesa di alto profilo sul piano dei valori. Anche per questa ragione, la Costituzione della Quarta Repubblica, frutto dell'accordo questa volta di tutti e tre i partiti di massa, ma approvata al referendum del 13 ottobre 1946 con solo il 53,5% di voti favorevoli, si configurerà come un patto costituzionale debole, e non reggerà alle difficili prove a cui sarà sottoposta in seguito con la crisi algerina.

È vero d'altra parte che, pur essendo il risultato di un ridimensionamento delle ambizioni originarie dei soggetti costituenti, il preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946 ⁽⁷⁰⁾ rappresenta comunque un'innovazione importante rispetto al regime della Terza

⁽⁶⁹⁾ A cominciare dal proponente Paul Ramadier: Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946, Séances de la Commission de la Constitution, cit., séance du 7 août 1946, p. 279.

⁽⁷⁰⁾ Sul preambolo della Costituzione del 1946 cfr. G. KOUBI *et al.*, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996; *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, sous la direction de G. Conac, X. Prétot, G. Teboul, Paris, Dalloz, 2001; J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Paris, Dalloz, 2002; *Le Préambule de la Constitution de 1946*, sous la direction de Y. Gaudemet, Paris, Panthéon-Assas, 2008.

Repubblica. Grazie ad esso, la costruzione in atto dello Stato sociale riceve un riconoscimento costituzionale.

Per quanto riguarda le interpretazioni che di questa costituzionalizzazione danno i giuristi, le due analisi di maggiore rilievo nell'ambito della giuspubblicistica, dopo l'entrata in vigore della Costituzione ⁽⁷¹⁾, sono quella svolta da Jean Rivero e Georges Vedel ⁽⁷²⁾ nel 1947 nel cahier n. 31 della rivista « *Droit social* » e quella pubblicata da Robert Pelloux ⁽⁷³⁾, nello stesso anno, sulla « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* ». In entrambi i casi, viene confutata la tesi, espressa durante i lavori della seconda Assemblea da Paul Ramadier e da alcuni altri costituenti, ma che nella stessa Assemblea non era sembrata del resto da tutti condivisa, che il preambolo avesse un semplice valore morale. Sia Rivero e Vedel che Pelloux sottolineano che la sua esplicita esclusione dal campo di applicazione del controllo di costituzionalità non implica l'assenza di rilievo giuridico. Secondo Pelloux, tutte le disposizioni del preambolo dovrebbero essere rispettate dal legislatore, e quelle dotate di « un degré suffisant de précision juridique » potrebbero essere utilizzate per giudicare della legalità di un atto amministrativo ⁽⁷⁴⁾. Nel loro intervento, Rivero e Vedel definiscono il preambolo un « amalgame de règles de droit et de principes non juridiques », e attribuiscono alle prime (è il caso ad esempio del riconoscimento alla donna in tutti i campi di diritti uguali a quelli dell'uomo) una portata giuridica diretta ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Y. POIRMEUR, *La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs*, in KOUBI *et al.*, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, cit., pp. 99-127.

⁽⁷²⁾ Agrégé di diritto pubblico nel 1936, Georges Vedel (1910-2002) insegna alla Facoltà di Diritto di Poitiers (1937), Tolosa (1939) e, dal 1948 al 1979, Parigi. Membro del Conseil économique et social dal 1969 al 1979, nel 1980 sarà nominato membro del Conseil Constitutionnel.

⁽⁷³⁾ Robert Pelloux (1907-1989) è professore alla Facoltà di Diritto di Lione.

⁽⁷⁴⁾ R. PELLOUX, *Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, in « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », LXIII (1947), p. 395.

⁽⁷⁵⁾ J. RIVERO, G. VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule*, in « *Droit social* », 31 (1947), ora in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, pp. 109-110.

Come preciserà Vedel nel suo *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel* pubblicato nel 1949 — uno dei testi chiave della scienza del diritto costituzionale durante la Quarta Repubblica —, per le parti del preambolo, che sono le più numerose, sufficientemente precise per essere delle regole di diritto, « le juge compétent pour connaître des règlements et des décisions pris par le pouvoir exécutif (c'est-à-dire en principe la juridiction administrative, exceptionnellement la juridiction judiciaire) » non dovrebbe riconoscere come regolari i regolamenti o le decisioni che comportino la loro violazione ⁽⁷⁶⁾.

Sul contenuto sociale del preambolo, Rivero e Vedel sottolineano che l'individuo viene reso « créancier de la nation »: la società assume « des devoirs positifs » che possono essere assolti solo tramite la messa in atto di « services publics puissants » ⁽⁷⁷⁾. La categoria di « droits-créances » diventerà un aspetto centrale soprattutto della riflessione scientifica di Jean Rivero, « qui marquera durablement les esprits juridiques quant à l'étendue de la notion des 'droits sociaux' » ⁽⁷⁸⁾. Riguardo al diritto di ogni essere umano, che si trovi nell'incapacità di lavorare, a ottenere dalla collettività « des moyens convenables d'existence », Rivero e Vedel osservano il cambiamento di prospettiva che avviene con il mettere l'accento non tanto sul dovere della comunità, come accadeva nella concezione tradizionale, bensì sul diritto degli individui in quanto tali ⁽⁷⁹⁾. Nell'esprimere un giudizio complessivo, Rivero e Vedel affermano che il preambolo riflette in larga misura le realtà e le tendenze in atto nella nazione, con principi per molti aspetti già presenti nella

⁽⁷⁶⁾ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 327.

⁽⁷⁷⁾ RIVERO, VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule*, cit., pp. 135-136.

⁽⁷⁸⁾ C.M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 5.

⁽⁷⁹⁾ RIVERO, VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule*, cit. p. 139. Rivero e Vedel rilevano peraltro che la mancata specificazione, presente invece nel progetto costituzionale della prima Costituente, che la garanzia di questo diritto è assicurata da organismi pubblici di sicurezza sociale, ha comportato che venisse eluso il problema dell'eventuale mantenimento di un « secteur libre » in questo ambito.

legislazione ordinaria. D'altra parte, i rilievi critici formulati da Jean Rivero nel suo articolo di commento alla dichiarazione dei diritti della prima Costituente non sono del tutto superati. Armonizzare i principi dell'89 con il nuovo spirito del tempo resta agli occhi dei due giuristi un obiettivo non facile da raggiungere:

Le service public fournit à l'usager ce dont il a besoin, mais en lui imposant sa loi. Le risque est que le service, fait pour fournir à l'homme les éléments matériels nécessaires à son développement, n'en arrive à lui ôter cet élément plus nécessaire encore: un climat de liberté, et que le moyen ne se retourne ainsi contre la fin. 1789 choisit la liberté, et ses risques; 1946, dans un monde où les risques accrus semblent dépasser la mesure de l'homme, choisit la sécurité; il n'y a pas, hors d'elle, de vraie liberté; il se peut qu'il n'y en ait plus avec elle ⁽⁸⁰⁾.

L'analisi di Rivero e Vedel si conclude tuttavia con una nota di ottimismo: la persistente contraddizione tra la riconferma della Dichiarazione del 1789 e l'enunciazione dei nuovi principi economici e sociali ha in fondo una natura positiva nella misura in cui la seconda fornisce alla libertà una base materiale, e la prima « peut empêcher la seconde de fonder un monde réel où la liberté ne respirerait plus » ⁽⁸¹⁾. Nella loro visione, la costruzione dello Stato sociale, nelle forme assunte in Francia dopo la Liberazione e sancite ora sul piano costituzionale, trova pertanto nell'ancoraggio alla tradizione del 1789 una preziosa valvola di sicurezza che protegge dagli eccessi dello statalismo. In questa posizione si rispecchia una buona parte della scienza giuridica, che ha seguito la complessa vicenda costituente con la speranza di una incisiva riforma sistemica rispetto alla Terza Repubblica, ma anche con il timore di squilibri in senso assembleare per la forma di governo e in senso collettivistico per la forma di Stato.

4. *Conclusioni.*

Con la nascita della Quarta Repubblica, il modello repubblicano francese si rinnova con l'affermazione dell'« État Providence » e l'ampliamento dell'idea di cittadinanza, che giunge a includere una

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 145.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem.*

più ampia sfera di diritti, costituzionalmente riconosciuti. Ciò si accompagna a un processo di modernizzazione economica stimolato dalle idee keynesiane e incentivato dal Plan de modernisation et d'équipement varato nel gennaio 1947, elaborato dal Commissariat général au plan diretto da Jean Monnet. La Francia fa il suo ingresso nell'età dell'oro della crescita fordista e il sistema imperniato sulla Sécurité sociale estende gradualmente, sia pure con i significativi limiti che abbiamo riscontrato, l'area delle garanzie sociali.

Questo rilancio in senso sociale del patto repubblicano deve molto allo spirito di iniziativa di Pierre Laroque il quale, su mandato di Alexandre Parodi, porta avanti l'azione avviata nel periodo tra le due guerre da Cahen-Salvador. Con l'operato di Pierre Laroque si realizza un circuito virtuoso tra politica ed expertise: le aspirazioni sociali della Resistenza trovano un'incisiva forma di realizzazione nelle ordinanze dell'ottobre 1945.

Se un giurista proveniente dal Conseil d'État, com'è il caso di Laroque, fornisce un contributo così rilevante, i professori di Diritto, quando non sono impegnati direttamente come giuristi-politici nell'attività delle due Assemblee Costituenti, esprimono, con l'eccezione di Mirkine-Guetzévitch, una posizione più prudente: sono senz'altro consapevoli della necessità di un'apertura costituzionale al nuovo orizzonte della democrazia sociale, di cui cercano di definire le basi teoriche, ma prospettano anche il rischio di possibili abusi di natura statale-dirigistica. Lo Stato sociale appare loro come una costruzione indispensabile la cui capacità espansiva, nel contesto di una generale estensione dell'intervento pubblico, è tuttavia da tenere sotto controllo. Di qui l'auspicio, espresso da Rivero e Vedel, che il richiamo alla dichiarazione del 1789 sia fonte di un adeguato equilibrio tra le diverse esigenze.

La riflessione della cultura giuridica francese sui diritti sociali ha in ogni caso, nella sua impostazione più dinamica, un importante e innovativo sviluppo oltre i confini dello Stato nazione grazie all'azione di René Cassin. Professore di diritto privato ⁽⁸²⁾, consi-

(82) Agrégé di diritto privato nel 1919, René Cassin (1887-1976) è nominato professore alla Facoltà di Diritto di Lille e successivamente, nel 1929, in quella di Parigi, dove « il enseigne la législation fiscale, la procédure civile et le droit civil, tout en s'intéressant au droit du travail [...], au droit international et en militant pour le

gliere giuridico di de Gaulle a Londra (e per questo motivo condannato a morte in contumacia dalla giustizia di Vichy), vicepresidente del Conseil d'État dal novembre 1944, Cassin viene nominato nel 1946 rappresentante della Francia alla commissione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite e ha un ruolo chiave nella preparazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, che include i diritti economici e sociali ⁽⁸³⁾. In uno scritto apparso nel 1951, Cassin, confutando la tesi che la Dichiarazione universale avrebbe tentato un'impossibile conciliazione tra le libertà classiche e i nuovi diritti sociali, respinge la concezione secondo cui queste categorie di diritti sarebbero tra loro contraddittorie, e difende la volontà di operare « une synthèse entre la liberté et la sécurité de l'être humain », sulla base della constatazione che nello stesso diritto alla vita vi è una indivisibilità « entre les éléments juridiques, d'une part, et les éléments matériels et économiques de l'autre » ⁽⁸⁴⁾. L'idea di Stato sociale emersa alla Liberazione comincia così a misurarsi, sia pure tra molteplici difficoltà, anche con la dimensione giuridica internazionale ⁽⁸⁵⁾.

rapprochement des législations » (J.-L. HALPÉRIN, voce del *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, cit., p. 169). Sarà membro del Conseil constitutionnel e giudice, vicepresidente e infine presidente (dal 1965 al 1969) della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel 1968 otterrà il premio Nobel per la pace.

⁽⁸³⁾ Cfr. G. ISRAËL, *René Cassin (1887-1976). La guerre hors la loi. Avec de Gaulle. Les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 177-201; G.-H. SOUTOU, *La France et la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948*, Paris, Éditions du Diplomate, 2008; A. PROST, J. WINTER, *René Cassin et les droits de l'homme: le projet d'une génération*, Paris, Fayard, 2011, pp. 287-304.

⁽⁸⁴⁾ R. CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme*, in Académie de droit international de la Haye, *Recueil des cours*, 1951, t. II, Paris, Sirey, pp. 285-286.

⁽⁸⁵⁾ Come sottolinea Pietro Costa, se « la valenza giuridica (per non parlare dell'efficacia) dei diritti nell'ordine internazionale è estremamente 'debole' », è « comunque significativa la tendenza a sganciare i diritti dal riferimento obbligato allo Stato »: COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, cit., p. 471.

LORENZO GAETA

LO STATO SOCIALE ALL'ASSEMBLEA COSTITUENTE

1. Prima premessa: un passato ingombrante. — 2. Seconda premessa: un presente inesistente. — 3. Terza premessa: un futuro incombente. — 4. Un giochino elettronico: lo Stato sociale, l'Assemblea costituente e Google. — 5. Assistenza e previdenza sociale alla Costituente: il doppio lavoro delle sottocommissioni. — 6. Il facile lavoro dell'Assemblea: l'art. 38 della Costituzione. — 7. Fondata sul lavoro?

1. *Prima premessa: un passato ingombrante.*

Quando, nel pomeriggio di martedì 25 giugno 1946, i deputati eletti all'Assemblea costituente entrarono a Montecitorio, il clima — lo si percepisce vividamente leggendo i resoconti — era quello della solennità storica che contrassegna il passaggio da uno Stato a un altro. Ognuno portava la propria sensibilità e le proprie convinzioni, ma tutti avevano ben presente il compito che era stato loro affidato: quello di ricominciare daccapo, di dare fondamenta nuove alla Repubblica al suo 'anno zero'.

Nell'intenzione di molti costituenti, l'ossatura della nuova entità che si doveva cominciare a costruire sarebbe stata quella di uno 'Stato sociale', anche se i modi per riempire di contenuto una formula potenzialmente aperta dovevano apparire molti, e anche diversi tra loro.

Una cosa però era certa: l'intenzione comune dei costituenti era quella di edificare uno Stato radicalmente diverso da quello fascista appena abbattuto, e quindi di accingersi a scrivere una Costituzione 'di contrasto' nei confronti della modellistica corporativa. Ma questo passato prossimo al quale si volevano voltare radicalmente le spalle aveva fatto proprio della dimensione 'sociale' uno dei suoi fiori all'occhiello, forse addirittura quello più rappresentativo: nel ventennio era stato rafforzato il sistema della previdenza sociale a favore dei lavoratori dipendenti, erano stati creati i

grandi enti pubblici che dovevano occuparsi della sua gestione, si era dato vita a una fitta rete di provvidenze rivolte ai cittadini, individuando nella dimensione della famiglia il destinatario privilegiato. Queste politiche avevano perseguito diverse strategie, da quelle più ordinarie, comuni a tanti paesi nel mondo, indirizzate a superare le difficoltà della grande crisi degli anni '30, a quelle più intimamente legate al paradigma dello Stato totale e totalitario, volte ad accattivarsi il consenso generale e a tentare di costruire nuovi modelli antropologici di riferimento ⁽¹⁾.

Ma l'impalcatura dello Stato sociale fascista restava, così come la marcata divisione da esso operata tra due mondi a sé: la previdenza per i lavoratori, da un lato, e l'assistenza per i cittadini, dall'altro; e questa struttura pesava come un macigno, anche dopo aver grattato via quanto più riferibile al regime. Il nodo, quindi, stava tutto nella decisione se costruire un sistema del tutto nuovo oppure edificare sulle basi esistenti, democratizzando lo Stato sociale che aveva preso forma durante il ventennio. Nulla, invece (ma sia detto solo per inciso), pesava il fatto che quello Stato, nell'ultima e più triste parte della sua vita, si fosse dato il nome di Repubblica 'sociale', giacché la fasulla socializzazione dell'economia, allusiva a un ritorno al fascismo delle origini, era stata fin troppo palesamente esplicita nel suo intento mistificatorio, ultimo vano gioco di prestigio di un regime agonizzante.

2. *Seconda premessa: un presente inesistente.*

Ma chi erano questi deputati cui era stato affidato il compito di scrivere la Costituzione del nuovo Stato? Tra di loro i giuristi abbondavano; oltre all'autentica alluvione di avvocati — senz'altro la categoria più rappresentata in assoluto — non mancavano i giuristi 'accademici', cioè presenze autorevoli, in grado di orientare i colleghi in virtù di un loro sapere 'intrinseco', che si voleva presumere travalicasse l'appartenenza politica e ideologica. C'era davvero di tutto tra i professori universitari di diritto presenti in

⁽¹⁾ Sia consentito riferirsi a L. GAETA, *New Deal en camisa negra. Crisis económica y política social en la Italia de los años Treinta*, in *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*, A. Baylos (coord.), Albacete, Bomarzo, 2014, p. 179 e ss.

Costituente: filosofi, storici, romanisti, privatisti, costituzionalisti, amministrativisti, commercialisti, canonisti, penalisti, tributaristi, internazionalisti, processualcivilisti e processualpenalisti. Ma nessun lavorista! Naturalmente, il « più fascista dei diritti » non poteva avere cittadinanza nella nuova Italia. Dalle ceneri del diritto corporativo era nato, o rinato, il ‘diritto del lavoro’, che dal gennaio 1944 lo aveva sostituito anche formalmente nei piani di studio universitari. Ma esso era insegnato, al più, da corporativisti riciclati o da svogliati docenti di altre discipline, costretti a prendere a turno la titolarità di una materia non ben definita (2), che in breve avrebbe conquistato il poco lusinghiero titolo di « Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza » (3). Perciò, i costituenti che scrissero le norme sul lavoro non furono giuslavoristi di mestiere, ma persone che, loro malgrado, lo diventarono ‘sul campo’ (4).

Un discorso ancora più drastico andava fatto per quel ramo del diritto del lavoro che aveva preso i nomi più vari: previdenza sociale, sicurezza sociale, legislazione sociale e via dicendo, sempre con quell’aggettivo a segnalare le particolarità di una disciplina dedicata allo studio delle provvidenze pubbliche a favore di lavoratori e cittadini. Se non c’erano giuslavoristi a scrivere le norme sul lavoro della nascente Costituzione, i ‘previdenzialisti’, naturali detentori delle capacità tecniche di scrivere le norme sullo Stato sociale, vivevano ancora più nascosti, e non da poco tempo.

Occorre, infatti, risalire agli inizi del secolo, a una non troppo conosciuta schermaglia dottrinale, quella persa da Francesco Carnelutti, il quale aveva proposto una ricostruzione civilistica ad ampio spettro del diritto del lavoro che allora si stava formando, comprensiva non solo delle regole generali in materia di contratto e di responsabilità, ma anche delle prime leggi sociali, che andavano

(2) P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, in *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2008, p. 4 e ss.

(3) G. ARDAU, *La Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*, in « *Il diritto del lavoro* », 1947, I, p. 243 e ss.

(4) P. PASSANITI, *La Costituente tra cronaca e storia. Il nodo giuslavoristico nell’ordine democratico*, in *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all’Assemblea Costituente*, a cura di L. Gaeta, Roma, Ediesse, 2014, p. 23 e ss.

perciò recuperate in seno al diritto privato ⁽⁵⁾. Si affermò, invece, e anche in maniera molto netta, l'opposta ricostruzione di Lodovico Barassi, per il quale andava invece preservata a tutti i costi la 'purezza' privatistica della materia, mediante una non semplice operazione chirurgica: ovvero, proprio recidendo il legame con il tema complessivo della legislazione sociale; e l'intervento era urgente, dal momento che questa poteva avere già irreparabilmente contaminato la materia ⁽⁶⁾. Di conseguenza, secondo l'impostazione che da Barassi in avanti diventò 'pensiero unico', ognuna di queste due parti doveva conservare la propria fisionomia peculiare: il diritto del lavoro non era — come qualcuno avrebbe voluto — materia innovativa che incarnasse una sorta di anello di congiunzione tra pubblico e privato, tra contratto di lavoro e « cosiddette leggi sociali » ⁽⁷⁾, ma cosa a sé, della quale andava gelosamente custodita la risalente verginità civilistica: il rapporto di lavoro « è oggi nella sua struttura intima [...] quello che era duemila anni or sono » ⁽⁸⁾.

L'operazione ebbe quindi come conseguenza quella di dar vita a un nuovo autonomo ramo del diritto, più tardi noto appunto come previdenziale, ma da subito abbandonato al suo destino. Da allora, diritto del lavoro 'in senso stretto' e diritto della previdenza sociale (o della sicurezza sociale o della legislazione sociale) seguirono strade proprie, che raramente si intersecarono. Con una precisa caratteristica: che il secondo ha quasi sempre costituito una sorta di ghetto, lasciato più che altro a ricostruzioni pratiche di piccolo cabotaggio e sottratto a (quasi) ogni margine di azione teorica da parte della dottrina giuslavoristica. Avvenne, insomma, proprio quello che Carnelutti voleva assolutamente evitare, cioè che la legislazione sociale venisse considerata « come una specie di terra infertile, la quale non meriti il lavoro dei maestri » ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, I, Roma, Athenaeum, 1913, p. VIII e ss.

⁽⁶⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901, p. 30.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 1 e ss.

⁽⁸⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, Società editrice libraria, 1915, p. XXV.

⁽⁹⁾ CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. VIII.

E così fu, anche negli anni del fascismo, quando ci si vantava di avere « la legislazione sociale più avanzata del mondo »⁽¹⁰⁾. Così, alla Costituente non c'era davvero nessuno che sapesse 'accademicamente' di diritto previdenziale o di legislazione sociale. Anche in questo caso, a edificare il nuovo Stato sociale, sulle fondamenta — o sulle macerie — di quello vecchio, furono persone che facevano un altro mestiere.

3. *Terza premessa: un futuro incombente.*

I costituenti avevano, poi, davanti a sé un modello bell'e pronto di Stato sociale, squadernato in quel 'piano' che lord Beveridge aveva appena sfornato nel 1942, quando la vittoria alleata non si era ancora affatto delineata: quel piano che qualcuno volle vedere come arma psicologica di questa vittoria e che, diventato un *best seller* da un milione di copie (un paio delle quale ritrovate addirittura nel bunker di Hitler) e prontamente tradotto (seppur in sintesi) in italiano⁽¹¹⁾, aveva suscitato un notevole impatto anche nel nostro paese dopo la caduta del fascismo⁽¹²⁾.

Già a marzo 1944 il governo Badoglio istituì una « Commissione reale per la riforma della previdenza sociale », incaricata di predisporre un ordinamento più semplice e uniforme, che estendesse i « limiti dell'assistenza dello Stato in favore delle classi lavoratrici ». La commissione non iniziò mai i suoi lavori, ma il fatto che in piena guerra, con problemi presumibilmente ben più gravosi da affrontare, ci si fosse presa la briga di pensare alla riforma della legislazione sociale, è assolutamente emblematico del forte valore propagandistico di piani del genere, che si sperava avessero da noi lo stesso effetto che quello di Beveridge aveva avuto in patria.

⁽¹⁰⁾ Queste parole, pronunciate da Mussolini in un discorso del 1929 (*Scritti e discorsi di Benito Mussolini*, VII, Milano, Hoepli, 1934, p. 16), aprivano ogni numero della rivista « Politica sociale ».

⁽¹¹⁾ *Il piano Beveridge. Compendio ufficiale della relazione di sir William Beveridge al governo britannico*, Londra, Stamperia reale, 1943.

⁽¹²⁾ L. DI NUCCI, *Lo stato sociale in Italia tra fascismo e Repubblica: la ricezione del piano Beveridge e il dibattito alla Costituente*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, a cura di C. Sorba, Roma, Ministero per i beni e le attività culturali, 2002, p. 161 e ss.

Il tema della riforma dello Stato sociale, sulla scia del piano Beveridge, fu affrontato sia a livello scientifico, dove ad esempio il dibattito tra gli economisti fu particolarmente fecondo — vedendo scendere in campo, tra gli altri, studiosi del calibro di Luigi Einaudi e Gaetano Stammati —, sia a livello politico, dal momento che praticamente tutti i partiti, che allora davano vita a un governo di ‘solidarietà nazionale’, istituirono delle commissioni di studio aventi sostanzialmente ad oggetto la possibilità di importare in Italia i progetti britannici ‘generalisti’ di sicurezza sociale; i risultati furono piuttosto compositi, ma generalmente riportarono diverse perplessità, anche — se non soprattutto — da parte delle sinistre, sulla praticabilità di un trapianto puro e semplice di un sistema che, alla fine, fissava « tanto per il baronetto quanto per il suo cameriere la stessa misura di contributo e di benefici » (13).

Si percepiva nettamente, insomma, che il nodo della previdenza e dell’assistenza sociale sarebbe stato uno dei passaggi fondamentali nell’edificazione del nuovo Stato, al quale di lì a poco si sarebbe dovuta dare una Costituzione (14). Non a caso, l’appena istituito ministero per la Costituente, retto dal leader socialista Pietro Nenni, diede subito vita, nei primi giorni del 1946, a una « Commissione per lo studio dei problemi del lavoro », presieduta dal comunista Antonio Pesenti, professore universitario di scienza delle finanze. L’anno successivo, il ministro del lavoro (prima Giuseppe Romita, poi Amintore Fanfani) nominò una « Commissione per la riforma della previdenza sociale », presieduta dal socialista Lodovico D’Aragona (segretario della Cgl dal 1919 al 1925, esiliato prima da Crispi e poi da Mussolini), che si trovò a lavorare parallelamente alla Costituente.

Entrambe le Commissioni si richiamarono fin troppo esplicitamente alla prospettiva delineata da Beveridge, ma alla fine se ne distaccarono piuttosto nettamente, per la mancata condivisione del

(13) E. CABIBBO, *I partiti politici e la previdenza sociale in Italia*, in « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », 1944, p. 47; il saggio costituisce un efficace resoconto delle variegate posizioni dei partiti sulla riforma della previdenza sociale.

(14) F. MAZZINI, *Il sistema previdenziale in Italia fra riforma e conservazione: gli anni della Costituente*, in *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie. Tra Assemblea Costituente e politica della ricostruzione*, a cura di A. Orsi Battaglini, Bologna, il Mulino, 1980, p. 448.

suo principio base universalistico ⁽¹⁵⁾. Si riconobbe infatti con nettezza che non era opportuno, per più motivi — non ultimo quello economico, nella disastrosa situazione del dopoguerra —, pensare a una previdenza estesa alla generalità dei cittadini; sistema che avrebbe poi cozzato contro la tradizione ‘bismarckiana’ della previdenza sociale in Italia e contro le ideologie dominanti ormai in tutti i partiti, ovviamente con intonazioni diverse — dalla versione cattolica ‘camaldolese’ a quella pianificatrice socialcomunista a quella liberale einaudiana —, ma tutte volte a riconoscere al lavoro il valore di principio fondante.

Dai lavori delle due commissioni non uscì un articolato, ma semplici raccomandazioni, che ebbero anch’esse qualche influenza sul lavoro dei costituenti. Ma ormai si era capito, forse prima ancora di cominciare, che il sistema di *welfare* universalistico era stato accantonato, a tutto vantaggio di una prospettiva dichiaratamente lavoristica ⁽¹⁶⁾.

4. *Un giochino elettronico: lo Stato sociale, l’Assemblea costituente e Google.*

Era questo, grosso modo, il quadro che i costituenti si trovavano davanti quando entrarono trionfalmente a Montecitorio. È il momento, quindi, di cercare di ricostruire come l’idea di Stato sociale sia stata trapiantata nella nostra Costituzione da parte di chi l’ha scritta. Prima ancora di partire dall’unico esame possibile, cioè quello della genesi della norma (o delle norme) che rispecchia(no) un concetto di Stato sociale, mi è venuto in mente di cercare — ora che gli strumenti elettronici lo consentono — quante volte e in che contesti l’espressione ‘Stato sociale’ sia stata evocata nei dibattiti alla Costituente. Fatta l’ovvia precisazione che si tratta soltanto di una suggestione, se non davvero di un semplice gioco, dall’esame condotto col motore di ricerca Google su tutti i resoconti dei lavori

⁽¹⁵⁾ MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, Roma, U.E.S.I.S.A., 1946; MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE — COMMISSIONE PER LA RIFORMA DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione sui lavori della Commissione (4 luglio 1947-29 febbraio 1948)*, Roma, A.T.E.L., 1948.

⁽¹⁶⁾ Si veda anche G. SILEI, *Lo stato sociale in Italia*, Manduria, Lacaita, 2004.

dell'Assemblea costituente — diverse migliaia di pagine, disponibili su piattaforma elettronica ⁽¹⁷⁾ —, risulta che il lemma 'Stato sociale' è stato adoperato soltanto quattro volte (escluso un riferimento ad esso come sinonimo di 'condizione sociale'). Ed è già un primo dato sul quale riflettere.

È curioso, poi, notare, che i quattro interventi in questione forniscono ognuno una diversa interpretazione del concetto. Per Aldo Moro, democristiano, Stato sociale è quello che ha a cuore il benessere anche culturale del popolo, e quindi la sua fondazione legittima una norma che lo impegni a favorire l'istruzione popolare ⁽¹⁸⁾. Per Orazio Condorelli, liberale, esso è sinonimo di Stato non più fondato sull'individuo ma sull'«uomo sociale», con la conseguenza che la libertà non va più intesa in senso soltanto negativo, ma anche in senso positivo, «cioè come possibilità data all'uomo di attuare sé stesso, di svolgere la sua personalità» ⁽¹⁹⁾. Per Pietro Nenni, socialista, Stato sociale coincide perfettamente con «Stato dei lavoratori», e quindi è doveroso porre il lavoro e i lavoratori a fondamento della Repubblica ⁽²⁰⁾. Infine, per il repubblicano Vincenzo Mazzei, il fatto di stare in uno Stato sociale delegittima lo sciopero dei dipendenti pubblici ⁽²¹⁾.

Davanti a questa confusione di lingue, conviene davvero prendere l'unica strada giusta, cioè quella di indagare sui modi in cui è avvenuta l'«inserzione, in forma di *norma giuridica*, di questa obbligazione dello Stato alla promozione del benessere sociale», ricostruendo «una discussione accesa, ricca di passione politica e giuridica, che oggi è stata ingiustamente dimenticata» ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ www.nascitacostituzione.it, a cura di F. Calzaretti.

⁽¹⁸⁾ *Prima sottocommissione. 30 — Resoconto sommario della seduta di martedì 29 ottobre 1946*, p. 318 (i resoconti originali di tutte le sedute dell'Assemblea costituente sono disponibili in formato pdf sul sito della Camera dei deputati: <http://storia.camera.it/lavori/transizione/leg-transizione-costituente#nav>).

⁽¹⁹⁾ *Assemblea costituente. LXIV — Seduta pomeridiana di sabato 15 marzo 1947*, p. 2165.

⁽²⁰⁾ *Assemblea costituente. LVI — Seduta di lunedì 10 marzo 1947*, p. 1949.

⁽²¹⁾ *Assemblea costituente. CXXII — Seduta pomeridiana di lunedì 12 maggio 1947*, p. 3904.

⁽²²⁾ P. POMBENI, *Prefazione*, in G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. XII e s.

5. *Assistenza e previdenza sociale alla Costituente: il doppio lavoro delle sottocommissioni.*

Quello che segue è quindi, succintamente, il resoconto quasi cronachistico di tale discussione, mettendo in primo piano quella che portò alla stesura dell'art. 38 della Costituzione ⁽²³⁾ e tralasciando, invece, quell'altra parte del dibattito che si dipanò partendo dalle stesse premesse e riguardò invece la funzionalizzazione sociale dell'attività economica privata, risultando in buona parte incentrata sull'auspicio — da sinistra — e sui timori — da centro e da destra — di una pianificazione più o meno 'alla sovietica' ⁽²⁴⁾.

La terza sottocommissione, incaricata di esaminare i diritti e doveri economico-sociali, iniziò la discussione generale sul diritto all'assistenza partendo dalla relazione del democristiano Giuseppe Togni, all'epoca dirigente d'azienda, in seguito più volte ministro. Per lui, assistenza e previdenza costituivano « due aspetti di uno stesso fenomeno, univocamente intesi alla protezione del nostro popolo, per garantire ad esso la sicurezza di vita »; nel concreto, però, ci si soffermava molto di più — se non quasi esclusivamente — sul primo aspetto, cioè sulla tutela del lavoratore nei casi di malattia, infortunio, gravidanza e disoccupazione, nonché sulla sopravvenuta incapacità lavorativa dovuta a cause fisiche e psichiche, e sulla vecchiaia, « che coroni una vita di lavoro ». Questo sistema previdenziale non andava fondato su concetti « di beneficenza o di carità », ma sul diritto, e doveva essere in grado di garantire « l'indispensabile per i bisogni quotidiani, che comprende il conforto del minimo di agio e riesca apportatore di sereno amore alla vita ». L'articolato proposto da Togni era: « *Al cittadino italiano deve essere assicurata, con la protezione della vita e della libertà, la tranquillità domestica familiare e la elevazione spirituale. Dal lavoro consegue il diritto all'assistenza materiale in caso di malattia, di infortunio, di perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria. Ogni essere che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, della*

⁽²³⁾ Per un esame dettagliato, L. PELLICCIA, A. TANDOI, *La "filosofia sociale" della previdenza e dell'assistenza*, in *Prima di tutto il lavoro*, a cura di Gaeta, cit., p. 209 e ss.

⁽²⁴⁾ Su questo dibattito, F.Z. KHOURIBECH, *Il controllo sociale sull'iniziativa privata e le paure della pianificazione*, in *Prima di tutto il lavoro*, a cura di Gaeta, cit., p. 278 e ss.

situazione economica, si trovi nella impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza. Organi pubblici di protezione sociale garantiranno i menzionati diritti, attuando e promovendo ogni forma di assistenza, compresa quella medica gratuita, che deve tendere anche al riattamento fisico della persona minorata » (25).

Al di là dell'enfatica — ma alla fine vuota — formula della « tranquillità domestica familiare » (versione pantofolaia dell'americano *pursuit of happiness?*), il testo costituiva chiara espressione della 'democrazia del lavoro', in cui il cittadino, « pel fatto stesso che esiste e vive », ha diritto di affrontare la vita o lavorando, se ne ha la possibilità fisica o intellettuale e l'occasione sociale ed economica (nel qual caso ha anche il dovere di farlo), « ovvero attraverso l'obbligo che incombe alla collettività, quando il cittadino, indipendentemente dalla sua volontà, non sia in condizioni, o per una crisi sociale, o per causa fisica, intellettuale o psichica, di lavorare ». In ogni caso, era pur sempre il lavoro il perno su cui ruotavano sia la previdenza che l'assistenza.

Proprio per questo motivo, il vivace dibattito che ne seguì si incentrò essenzialmente sulla opportunità di una migliore specificazione di questi due concetti. Lo chiese, ad esempio, la comunista Teresa Noce, già combattente della Resistenza e reduce dai campi di concentramento nazisti, sottolineando pragmaticamente la differenza tra il diritto di chi lavora e paga i contributi e quello di chi non paga contributi, pur avendo diritto a un'assistenza. Per inciso, la deputata (una delle cinque donne entrate nella Commissione 'dei settantacinque', quella che materialmente si occupò della Costituzione) propose di includere espressamente tra le titolari del diritto « le casalinghe, le quali, pur non facendo un lavoro salariato, sono utili alla collettività, in quanto hanno cura dell'allevamento dei bambini » (26). Ma uno schieramento maschile *bipartisan* affossò subito una richiesta a quei tempi evidentemente irricevibile.

Un buon contributo al dibattito fu offerto da Amintore Fanfani (già allora voce di spicco della Dc, oltre che apprezzato storico

(25) Terza sottocommissione. 4 — Resoconto sommario della seduta di mercoledì 11 settembre 1946, p. 19 e ss.

(26) Ivi, p. 21.

dell'economia), il quale, accanto a un articolo sulla retribuzione dei lavoratori, che faceva riferimento anche a una sua nozione 'previdenziale', propose di specificare il concetto di assistenza, migliorando il testo proposto dal collega di partito, e corregionale, Togni: « *Ogni cittadino che a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, della situazione economica, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati per vivere, garantiti dalle assicurazioni sociali e dalle istituzioni di assistenza* » (27). L'assistenza, comunque, restava sempre legata al lavoro — cioè alla sua impossibilità —, senza assurgere a criteri universalistici.

La replica del relatore enfatizzò ancor più questo aspetto, laddove ce ne fosse stato bisogno: la previdenza era legata al lavoro effettuato, l'assistenza, dipendente dall'iniziativa della collettività, non doveva essere ritenuta altro se non « quella che la collettività compie nei confronti di quel notevole numero di persone che sono impossibilitate a vivere col reddito del proprio lavoro, perché non hanno la possibilità di lavorare in quanto costituzionalmente inadatte al lavoro » (28).

Si decise, allora, di dar corso ai soli commi 2 e 3 dell'articolo proposto da Togni: « *Dal lavoro consegue il diritto a mezzi adeguati per vivere in caso di malattia, di infortunio, di perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria. Ogni cittadino che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, o per contingenze di carattere generale, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza* » (29). Si era risolto tutto in un'ora e mezza, anche se il varo definitivo dell'articolo, con lievi modifiche formali, avvenne più di un mese dopo (30).

La sottocommissione, poi, iniziò a trattare delle garanzie economico-sociali per l'assistenza alla famiglia, sulla base di relazioni e correlazioni di tre donne che, pur provenendo da partiti diversi, contribuirono fattivamente a rendere la Costituzione più 'sociale': Lina Merlin (importante figura del socialismo, che avrebbe poi

(27) Ivi, p. 22.

(28) Ivi, p. 23.

(29) Ivi, p. 26.

(30) *Terza sottocommissione. 38 — Resoconto sommario della seduta di sabato 26 ottobre 1946*, p. 257.

legato il suo nome alla legge sull'abolizione della prostituzione legalizzata, ma che fu anche autrice di provvedimenti di tutela dei figli naturali e delle donne lavoratrici), Maria Federici (ascoltata dirigente democristiana) e la già ricordata comunista Teresa Noce ⁽³¹⁾. Le tre 'madri costituenti' proposero un altro articolo: « *Lo Stato ha il compito di assicurare a tutti i cittadini il minimo necessario all'esistenza per ciò che concerne gli alimenti, gli indumenti, l'abitazione, l'assistenza sanitaria; in particolare dovrà provvedere alla esistenza di chi sia disoccupato senza sua colpa o incapace al lavoro per età e invalidità* » ⁽³²⁾. La proposta prevedeva per la prima volta una menzione esplicita dell'assistenza generalizzata per tutti i cittadini, specificandone anche i contenuti, sia pure riferiti al parametro del 'minimo esistenziale', cioè alla garanzia della mera sussistenza. E, di sicuro contro la volontà delle proponenti, fu solo quest'ultimo riferimento ad essere recepito in seguito.

A complicare le cose, intervenne poi una circostanza che si verificò diverse volte alla Costituente. Quando, infatti, la prima sottocommissione, che si occupava dei diritti e dei doveri dei cittadini, iniziò la discussione generale sui principi dei rapporti socio-economici, si ebbe la sostanziale riproposizione della discussione svoltasi nella terza sottocommissione. Le relazioni sul tema erano state affidate a Roberto Lucifero d'Aprigliano (un marchese che allora rappresentava il partito liberale ma che poi sarebbe diventato monarchico, come il più celebre cugino Falcone, rappresentante all'estero di casa Savoia) e al leader comunista Palmiro Togliatti ⁽³³⁾. Com'era da immaginare, tra di esse non ci fu grande sintonia. In particolare, Togliatti insisteva sulla necessità « dell'intervento dello Stato per l'ordinamento dell'attività produttiva, al fine di ottenere il massimo rendimento a vantaggio della collettività, ed inoltre per giungere ad una legislazione sociale che preveda il diritto

⁽³¹⁾ Per tutti, M. ADDIS SABA, M. DE LEO, F. TARIGONE, *Donne e Costituente: alle origini della Repubblica*, Roma, Presidenza del Consiglio, 1996; *Le donne della Costituente*, a cura di M.T. Morelli, Bari, Laterza, 2007.

⁽³²⁾ *Terza sottocommissione. 6 — Resoconto sommario della seduta di venerdì 13 settembre 1946*, p. 35.

⁽³³⁾ *Prima sottocommissione. 18 — Resoconto sommario della seduta di giovedì 3 ottobre 1946*, p. 179 e ss.

per tutti i cittadini ad un'assicurazione sociale » (34). Non andò a finire esattamente così.

La proposta di articolo di Togliatti — altra circostanza nient'affatto infrequente in Costituente — venne fuori da un accordo con Giuseppe Dossetti, il giurista e teologo che sarebbe in breve diventato punto di riferimento per generazioni di cattolici; il presidente della sottocommissione, il democristiano Umberto Tupini (futuro sindaco di Roma negli anni del disordinato sviluppo edilizio, ministro di sport e spettacolo nel 1960, l'anno delle Olimpiadi e del film *La dolce vita*, che criticò severamente), obiettò però che la formula costituiva sostanzialmente un doppione dell'articolo già approvato dall'altra sottocommissione (35), e perciò la norma fu così sintetizzata: « *Chiunque si trova nell'impossibilità di lavorare per motivi indipendenti dalla sua volontà — età, stato fisico o mentale, ragioni di contingenza — ha diritto a prestazioni almeno pari al minimo vitale riconosciuto dalla legge e da aumentarsi in proporzione del lavoro o del contributo da lui eventualmente prestato in precedenza* ». Sulla stessa linea si muoveva la formula proposta dall'altro democristiano Aldo Moro, già allora figura di spicco della politica italiana; essa specificava che le prestazioni dovevano essere « *sufficienti per assicurare l'esistenza di lui e della sua famiglia* » e che « *La legge regola le modalità relative alla completa attuazione del diritto all'esistenza sancito dalla presente Costituzione* ». Anche qui, quindi, tutto era incentrato sul lavoro, ed era quasi completamente assente un'idea 'generalista' di assistenza al cittadino in quanto tale.

Proseguendo sulla linea dell'intesa tra comunisti e democristiani, Togliatti concordò con Moro una formula, più sintetica, « di contaminazione »: « *Chiunque è inabile o per qualsiasi ragione, e senza sua colpa, è incapace di lavoro, ha diritto ad avere la sua esistenza assicurata dallo Stato* ». Il testo venne approvato all'unanimità, mentre con 11 voti favorevoli e 1 contrario passò il terzo comma, ora così formulato: « *Tutti i cittadini hanno diritto all'assi-*

(34) Ivi, p. 181.

(35) *Prima sottocommissione. 21 — Resoconto sommario della seduta di mercoledì 9 ottobre 1946*, p. 212.

curazione sociale contro gli infortuni, le malattie, l'invalidità, la disoccupazione involontaria e la vecchiaia »⁽³⁶⁾.

Come da prassi, le norme approvate dalla prima e dalla terza sottocommissione finirono al vaglio del Comitato di redazione, organismo che spesso lavorò in silenzio e nell'ombra — se non segretamente — sotto la ferma direzione di Meuccio Ruini, talvolta modificando sensibilmente, o addirittura stravolgendo, i testi votati e approvati; delle riunioni di questo 'Comitato dei diciotto', tenute spesso in ritagli di tempo o alle ore più impensate, il presidente non volle risultassero verbali, come in una sorta di conclave laico⁽³⁷⁾.

Nel nostro caso, per la verità, non ci furono grandi scombussolamenti, ma un buon lavoro di sintesi dei due articoli approvati dalle sottocommissioni. Il testo dell'art. 34 del Progetto di Costituzione recava: « *Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla vita ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale. I lavoratori, in ragione del lavoro che prestano, hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. All'assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti ed integrati dallo Stato* ».

La norma ribadiva la netta distinzione tra l'assistenza per i cittadini, legata all'incapacità lavorativa, con la garanzia di un semplice minimo esistenziale, e la previdenza per i lavoratori, consistente in più solidi « *mezzi adeguati per vivere* »; a tutto provvedeva lo Stato, in prima persona o — non si sa bene come — integrando altre iniziative. Su questi tre commi iniziò a lavorare l'Assemblea plenaria. Ma, in sostanza, il futuro art. 38 era stato già quasi tutto scritto.

6. *Il facile lavoro dell'Assemblea: l'art. 38 della Costituzione.*

Il dibattito che si svolse in Assemblea fu senz'altro ricco di interventi e di spunti, ma alla fine non spostò di molto le conclusioni cui si era giunti nelle sottocommissioni. Lo aveva avvertito profeti-

⁽³⁶⁾ *Prima sottocommissione. 22 — Resoconto sommario della seduta di giovedì 10 ottobre 1946, p. 219.*

⁽³⁷⁾ M. RUINI, *Commenti e note alla nostra Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1962.

camente uno dei costituenti più illustri, Benedetto Croce, quando segnalò « che la discussione che ora si fa nell'Assemblea Costituente è piuttosto figurativa che effettiva, perché i grossi partiti hanno, come che sia, transatto tra loro e si sono accordati attraverso i loro rappresentanti » (38). E non a caso, mentre il dibattito su assistenza e previdenza nelle sottocommissioni era stato animato dai big della politica, da Togliatti a Dossetti, da Fanfani a Moro, dalla Merlin a Ruini, ora in Assemblea intervenivano figure — se è lecito definirle così senza peccare di irriverenza — tutto sommato di secondo piano.

Non mancarono gli interventi accorati sulla necessità di dare una mano ai tanti cittadini inabili « mutilati orrendamente dalla guerra [...], senza casa, senza rifugio, senza focolare e senza speranza », come fece all'inizio della discussione generale il democristiano Enrico Medi, un fisico sperimentale che avrebbe vissuto nel 1969 un grande momento di celebrità in occasione della lunga diretta televisiva del primo sbarco sulla luna. La Costituzione, quindi, doveva porre a carico dello Stato l'onere di provvedere a quanti in un certo momento si trovassero nell'impossibilità di provvedere alla propria vita, rimettendo « l'uomo nella sua dignità di uomo ». Medi propose, perciò, di aggiungere al primo comma un riferimento alla « *dignità umana* », aggiungendo poi che « *Lo Stato promuove e favorisce l'assistenza e la previdenza sociale* », perché la Repubblica doveva nascere sentendo la responsabilità di creare una società più umana, confortare e sollevare tutte le classi, « sorridere ad un'alba nuova di pace e di libertà » (39). Ma l'emendamento fu giudicato troppo ampio e non passò.

Ugualmente senza successo, due repubblicani, il politologo calabrese Vincenzo Mazzei e l'economista siciliano Ugo La Malfa, futuro leader del partito, chiesero la soppressione del riferimento al « *mantenimento* »: l'ancora gracile Stato repubblicano doveva assumere solo gli impegni che poteva effettivamente onorare, senza farsi

(38) *Assemblea costituente. LVIII — Seduta pomeridiana di martedì 11 marzo 1947*, p. 2007.

(39) *Assemblea costituente. CXIII — Seduta pomeridiana di martedì 6 maggio 1947*, p. 3632 e ss.

carico di un ulteriore « stranissimo diritto, il diritto ad essere mantenuti dallo Stato! » (40).

Da più parti, poi, si fece notare che l'articolato su cui si lavorava aveva completamente ignorato la tutela che la società doveva a quelli che allora si chiamavano « minorati ». Molti deputati, come il qualunquista Francesco Colitto (41) (un avvocato molisano, attivissimo in Costituente) e il socialista Mario Merighi (42) (un medico viterbese, protagonista della Resistenza) chiesero che la Costituzione prevedesse per i ciechi e per altri inabili l'obbligo di educazione professionale e di avviamento al lavoro, nonché di collocamento obbligatorio. I qualunquisti, in particolare, con l'ingegnere napoletano Mario Rodinò di Miglione chiesero di inserire in Costituzione l'obbligo di tutelare i « *cittadini non abbienti, inabili e minorati, proteggendo con speciali leggi il loro diritto al lavoro* » (43). Ma a far breccia su questo punto fu un emendamento presentato di concerto dal comunista Renzo Laconi (il dirigente sardo che alla Costituente era considerato una sorta di portavoce ufficiale di Togliatti) coi democristiani Aldo Moro e Paolo Emilio Taviani (l'economista genovese a capo dell'insurrezione partigiana della sua città), con l'avvocato fiorentino Ferdinando Targetti, socialista, e con l'avvocato trevigiano Mario Cevolotto, uno dei maggiori esponenti del partito democratico del lavoro (formazione che non sarebbe sopravvissuta alla Costituente): questo ampio schieramento chiese di aggiungere una semplice affermazione: « *Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione ed all'avviamento professionale* » (44). Il testo fu approvato senza problemi (così che ancor'oggi la Costituzione presenta un termine col tempo diventato piuttosto 'scorretto').

Quando l'Assemblea affrontò il tema della previdenza per i lavoratori, ancora Merighi chiese di sopprimere l'inciso « *in ragione*

(40) *Assemblea costituente. CXX — Seduta pomeridiana di sabato 10 maggio 1947, p. 3833.*

(41) *Assemblea costituente. CV — Seduta di martedì 29 aprile 1947, p. 3391.*

(42) *Assemblea costituente. CXV — Seduta pomeridiana di mercoledì 7 maggio 1947, p. 3695 e ss.*

(43) *Assemblea costituente. CXX — Seduta pomeridiana di sabato 10 maggio 1947, p. 3832.*

(44) Ivi, p. 3841.

del lavoro che prestano », evidenziando che « se i mezzi devono essere adeguati per vivere, indubbiamente non si può tener conto del lavoro prestato » (45). Questo emendamento convinse i costituenti, che l'approvarono.

L'ingegnere ciociaro Ludovico Camangi, repubblicano, forse lasciandosi prendere un po' la mano, patrocinò una riforma generale della previdenza, perché la legge tutelava soltanto gli infortuni avvenuti sul lavoro e non ad esempio quelli *in itinere*, l'invalidità era congegnata in modo che l'indennizzo fosse commisurato ai contributi versati, le pensioni di vecchiaia consistevano in somme irrisorie che « si realizzano a 60 anni, quando, purtroppo, l'operaio è sulla via della tomba », la tutela contro le malattie veniva ostacolata da mille limitazioni e complicazioni burocratiche. La sua proposta faceva riferimento alla promozione della previdenza obbligatoria per i lavoratori, alla quale erano tenuti a provvedere, « con l'eventuale concorso dello Stato, organi ed istituti gestiti o controllati dai lavoratori stessi ». Ciò per fronteggiare la mole enorme di evasioni dagli obblighi previdenziali, che il più delle volte avvenivano « colla complicità che si stabilisce tra il datore di lavoro e lo stesso lavoratore, che finisce per diventare alleato del datore di lavoro inadempiente ». Poiché, poi, gli istituti di previdenza gestivano somme molto ingenti, essi dovevano allora essere considerati proprietà dei lavoratori e da loro direttamente gestiti, senza escludere l'intervento dello Stato, ma sotto forma di concorso: il lavoratore non doveva essere « sempre protetto e guidato », ma imparare a provvedere a se stesso, « senza essere considerato sempre un minorenne posto sotto tutela » (46).

Si aprì, allora, un nodo importante, quello relativo ai soggetti tenuti a fornire le prestazioni assistenziali e previdenziali. Oliviero Zuccarini, esponente di primo piano del partito repubblicano, di cui era stato giovanissimo segretario nel 1912, si pose in qualche modo nella stessa scia del collega di partito, illustrando la concezione 'volontaristica' dell'emancipazione sociale, che richiedeva un con-

(45) *Assemblea costituente. CXV — Seduta pomeridiana di mercoledì 7 maggio 1947*, p. 3696.

(46) *Assemblea costituente. CXX — Seduta pomeridiana di sabato 10 maggio 1947*, p. 3824 e ss.

corso positivo del lavoratore, senza riporre « una assoluta e illusoria fiducia nello Stato ». Propose quindi di aggiungere che l'assicurazione sociale era « *dovere e diritto di ogni cittadino* », e che « *All'assistenza e alla previdenza provvedono Istituti promossi e integrati dallo Stato, che costituiranno enti autonomi democraticamente organizzati. I loro patrimoni contribuiscono a formare un fondo nazionale destinato alla emancipazione del lavoro* ». L'intento era quello di superare il sistema creato dal fascismo, caratterizzato dalla presenza di enti burocratizzati, i cui ingenti capitali alla fine erano andati in fumo e non distribuiti ai lavoratori; gli enti assistenziali andavano perciò sganciati dalla politica economica dello Stato e autogovernati, conservando i loro capitali al di fuori dello Stato e senza soggiacere alle relative imposizioni ⁽⁴⁷⁾.

I repubblicani si aspettavano che le loro proposte volte a conferire grande autonomia agli enti deputati a gestire previdenza e assistenza suscitassero l'interesse e l'adesione delle sinistre, attratte dalla prospettiva della partecipazione dei lavoratori alla gestione o al controllo di tali enti. Ma a stroncare ogni illusione provvide nientemeno che il leader del grande sindacato unitario, il carismatico Giuseppe Di Vittorio, una delle figure più importanti tra i comunisti alla Costituente ⁽⁴⁸⁾, il quale osservò che, pur suonando « simpaticamente ai lavoratori », la proposta richiamava un concetto privatistico di assicurazione, mentre l'intenzione era quella di attuare una previdenza solidale in favore di tutti i lavoratori, alla quale poteva provvedere solamente lo Stato; poi, attraverso la previdenza statale la collettività nazionale adempiva un suo dovere verso i lavoratori che si trovavano in condizioni di non potersi guadagnare la vita; infine, il problema dei costi per la gestione degli istituti di previdenza non derivava dal fatto che la previdenza fosse statale, bensì dal fatto che essi erano stati diretti burocraticamente ed autocraticamente, invece di essere gestiti democraticamente dai lavoratori,

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 3828 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Sul suo ruolo in Costituente, da ultimo, L. GAETA, *Le parole sull'ordinamento sindacale*, in *Le parole di Giuseppe Di Vittorio. La persona, il lavoro, il sindacato, la Costituzione*, a cura di F. Farina, Roma, Ediesse, 2016, p. 93 e ss.

interessati ad avere le migliori prestazioni e quindi a far costare il meno possibile il servizio ⁽⁴⁹⁾.

Che i comunisti sul punto fossero ‘statalisti’, era circostanza scontata. Evidentemente, lo erano anche i socialisti, e finanche i socialdemocratici, appena usciti dalla scissione di palazzo Barberini ⁽⁵⁰⁾: un loro esponente, l’avvocato lodigiano Arrigo Cairo, propose di sostituire la generica espressione « *istituti ed organi predisposti e integrati dallo Stato* » con quella di « *organi pubblici* », gli unici ritenuti in grado di amministrare l’assistenza e la previdenza con le dovute garanzie ⁽⁵¹⁾. Ma i comunisti non si lasciarono sedurre neanche da questa opzione ‘oltranzista’, avendo già pronta un’altra soluzione, anche stavolta concordata coi democristiani.

La Dc era partita con tre proposte. L’ingegnere siciliano Corrado Terranova affermò che lo Stato non avrebbe mai potuto sostituire « quelle attività assistenziali, che la beneficenza privata svolge con tanto fervore e con così devoto sentimento di solidarietà umana »; auspicò, quindi, che i privati potessero continuare liberamente a esplicare la loro azione caritativa, affiancando l’assistenza pubblica; tra invocazioni a Dio e citazioni dell’apostolo Giovanni, suggerì che si scrivesse: « *All’assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti od integrati dallo Stato, il quale, per altro, favorisce le sane iniziative della privata beneficenza* » ⁽⁵²⁾. Il medico leccese Beniamino De Maria propose che l’assistenza gravasse sullo Stato, ma « *col concorso prevalente dei contributi dei produttori* », stabilendosi al contempo la quota integrativa statale allo scopo di non rendere « insopportabile il peso dei costi ai fini della concorrenza » ⁽⁵³⁾. L’avvocato leccese Antonio Gabrieli, di concerto col noto filosofo del diritto catanese Orazio Condorelli, liberale, si esprese in senso analogo: « *All’assistenza e previdenza*

⁽⁴⁹⁾ *Assemblea costituente. CXX — Seduta pomeridiana di sabato 10 maggio 1947*, p. 3842.

⁽⁵⁰⁾ Sul tema, M. PANIGA, *I socialisti e il dibattito sull’assistenza all’Assemblea costituente*, in « *Le carte e la storia* », 2015, 2, p. 111 e ss.

⁽⁵¹⁾ *Assemblea costituente. CXIII — Seduta pomeridiana di martedì 6 maggio 1947*, p. 3620.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 3634 e ss.

⁽⁵³⁾ *Assemblea costituente. CXX — Seduta pomeridiana di sabato 10 maggio 1947*, p. 3828.

provvedono, con integrazione dello Stato, istituti ed organi regolati dalla legge». Anche in tal caso, l'idea era quella di contribuire alla creazione di una migliore organizzazione dei sistemi di previdenza e assistenza, senza cristallizzare in una formula l'organizzazione allora vigente, che appariva deficitaria, costosa per lo Stato e per le classi lavoratrici e comunque inidonea a soccorrere sufficientemente i lavoratori ⁽⁵⁴⁾.

Ma successivamente la Dc ritenne più opportuno accordarsi coi comunisti per una proposta congiunta dalla quale emergesse facilmente il principio per cui lo Stato aveva il dovere di provvedere alla previdenza e all'assistenza coi suoi enti, ma al tempo stesso eliminasse ogni dubbio circa il possibile intervento dei privati. L'emendamento concordato tra Laconi e Moro — che passò 'a furor di popolo' — consistette nell'aggiunta di un semplice comma: « *L'assistenza privata è libera* » ⁽⁵⁵⁾.

L'art. 34 fu quindi approvato con poche differenze rispetto al testo varato dalle sottocommissioni: si era soppresso l'inciso « *in ragione del lavoro che prestano* » e si erano inserite norme sui diritti di « *inabili* » e « *minorati* » e sul riconoscimento dell'assistenza privata. Dopo la revisione lessicale operata dal Comitato di redazione, il testo di quello che era diventato l'art. 38, votato definitivamente in Assemblea ⁽⁵⁶⁾, fu quello ancora vigente: « *Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti od integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera* ».

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 3833 e s.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 3843.

⁽⁵⁶⁾ *Assemblea costituente. CCCXLVII — Seduta pomeridiana di lunedì 22 dicembre 1947*, p. 3594.

7. *Fondata sul lavoro?*

La Costituzione che fondava l'Italia sul lavoro diede vita a un modello di Stato sociale sostanzialmente riferito all'ideologia della 'democrazia dei lavoratori', destinatari principali dei diritti sociali, e molto poco a quella della 'cittadinanza democratica'. L'indiscusso permanere della dicotomia tra previdenza sociale per i lavoratori e assistenza sociale per tutti i cittadini disegnò un sistema complessivo nel quale la prima era destinata a prevalere nettamente nei confronti della seconda, parametrata comunque sull'inabilità al lavoro e lasciata al ruolo residuale di garanzia di un sostentamento minimo, quasi solo simbolico.

Un bel rapporto del Cnel concludeva nel 1963 che non si era riuscito a trovare « un Beveridge italiano »⁽⁵⁷⁾. In realtà — si è visto —, nessuno volle realmente cercarlo.

(57) CNEL, *Osservazioni e proposte sulla riforma della previdenza sociale*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1963, p. 559.

MASSIMILIANO GREGORIO

DALLO STATO SOCIALE ALLA DEMOCRAZIA SOCIALE.
LE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA
COSTITUZIONALISTICA ITALIANA NELLA PRIMA
ETÀ REPUBBLICANA

1. Alcune precisazioni preliminari. — 2. Stato di diritto *vs.* Stato sociale: il 'sozialer Rechtsstaat' e la riflessione tedesca. — 3. Stato di diritto *vs.* Stato sociale in Italia. Tra strategie della prevalenza e strategie della compatibilità. — 4. Dallo Stato sociale alla costituzione democratica. — 5. Dal contenuto sociale della Costituzione alla democrazia sociale. — 6. Una statualità di tipo nuovo.

1. *Alcune precisazioni preliminari.*

Quando nel 1975 Massimo Severo Giannini dava alle stampe un celebre saggio dal titolo assai eloquente — *Lo Stato sociale: una nozione inutile* ⁽¹⁾ — il grande Maestro romano, con la celebre schiettezza che gli era propria e con la consueta profondità di analisi, pare pronunciare una parola definitiva sull'oggetto del presente saggio. « Almeno sotto un profilo di rigore giuridico » — egli affermava — « la formula di cui discutiamo appare inutile » ⁽²⁾. Né migliore efficacia definitoria sembrava serbare l'espressione in senso politologico; per cui nelle ultime righe del saggio, egli poteva agevolmente chiosare: « La conclusione, anche sotto il profilo politologico, è che sarebbe opportuno lasciar perdere la locuzione 'Stato sociale', siccome scientificamente poco significativa e politologicamente poco felice, se non mistificatoria » ⁽³⁾.

⁽¹⁾ M.S. GIANNINI, *Lo Stato sociale: una nozione inutile* (1975), ora in ID., *Scritti*, VII, Milano, Giuffrè, 2005.

⁽²⁾ Ivi, p. 111.

⁽³⁾ Ivi, p. 113.

La scelta di cominciare la nostra analisi da questo tagliente giudizio di Giannini, che pare negare l'oggetto stesso del presente saggio, potrà forse apparire poco ortodosso, ma si giustifica col fatto che esso fornisce un'occasione preziosa per svolgere alcune precisazioni preliminari, in mancanza delle quali sarebbe più difficile orientarsi all'interno di un tema controverso e sfuggente.

In primo luogo ci consente infatti di fissare *dies a quo* e *dies ad quem* della riflessione. Se il primo è in un certo senso già premesso nel titolo del contributo — ossia l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana — il secondo è decisamente più problematico. Dove fermarsi nella ricerca di un'elaborazione dottrinale fornita dalla giuspubblicistica italiana sul tema dello Stato sociale? Forse è proprio il celebre contributo di M.S. Giannini che può indicarci un punto di arrivo; e non tanto perché si intenda aderire in toto alle sue conclusioni ma per altre ragioni, la principale delle quali è di natura schiettamente cronologica. Siamo, come detto, nel 1975, a metà cioè di un decennio estremamente rilevante, in cui si realizzarono le grandi riforme sociali che la fase costituente aveva promesso (4). Gli anni Settanta danno quindi il senso della nave che, dopo molte tempeste, giunge finalmente in porto, ma rappresentano al tempo stesso un punto di svolta (5), nel senso che segnano la fine di un'epoca e l'inizio di una nuova. Ciò è particolarmente evidente per il nostro tema, perché la locuzione Stato sociale — a partire dagli anni Ottanta — continuerà ad essere largamente utilizzata, ma —

(4) L'istituzione delle Regioni e la legge istitutiva del referendum, entrambe datate 1970, sembrano infatti legare in maniera indissolubile la piena attuazione della costituzione ad un ampio dispiegamento di riforme sociali, realizzate nel corso di un solo decennio di straordinaria attività legislativa. Si possono ricordare: lo Statuto dei lavoratori (L. 300/1970), l'introduzione del divorzio (L. 898/1970) e la riforma del diritto di famiglia (L. 161/1975), la legge sull'obiezione di coscienza (L. 772/1972), la riforma penitenziaria (L. 374/1975), l'istituzione di asili nido pubblici (L. 1044/1971) e consultori (L. 405/1975) e, solo nel 1978, la legge n. 180 sulla chiusura dei manicomi (c.d. 'Legge Basaglia'), la legge n. 194 sull'aborto, la legge n. 382 sull'equo canone e la legge n. 833 sulla riforma sanitaria, introduttiva del S.S.N.

(5) Sugli anni Settanta come autonomo tema storiografico, si vedano i quattro volumi intitolati a *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001.

sempre più spesso — per essere associata all'idea della sua crisi ⁽⁶⁾; un concetto — quello della crisi dello Stato sociale — che ancora oggi sembra rappresentare per la dottrina un riferimento concettuale importante ⁽⁷⁾, soprattutto per indicare quel processo di trasformazione che ha portato all'incrinarsi della forma politico-statale caratteristica del secondo Novecento europeo, sotto i colpi di una post-modernità sempre più dominata dalle logiche economico-finanziarie travalicanti i confini nazionali.

Ma il saggio di M.S. Giannini non ci è utile solo per fissare il *dies ad quem* del nostro ragionamento. Partire dal fondo, nel rianodare i fili del dibattito dottrinale sullo Stato sociale nei primi tre decenni di vita repubblicana, ci consente infatti di mettere a fuoco alcuni tratti di quel dibattito, che risultano decisamente peculiari.

In primo luogo esso faceva registrare una sostanziale antinomia di fondo. A fronte della straordinaria fortuna della locuzione Stato sociale, le riflessioni della dottrina italiana sul tema scarseggiavano, giacché queste, affermava Giannini, annoveravano soltanto « una monografia e alcuni brevi studi » ⁽⁸⁾. Si trattava forse di un giudizio

⁽⁶⁾ Si veda, ad esempio, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Roma-Bari, Laterza, 1982. Si tratta di una raccolta di relazioni tenute all'Università di Perugia nell'a.a 1980/1981 sul tema « La crisi dello Stato sociale », con contributi, tra gli altri, di A. Baldassarre, L. Elia, G. Ferrara, A.A. Cervati, G. Pasquino e M. Volpi. A conferma del fatto che la questione non era soltanto italiana, si cfr. anche P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981.

⁽⁷⁾ Si veda, ad esempio, il recente volume di L. VENTURA, *Sovranità: da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale. Autorità, eguaglianza, diritti fondamentali, dignità della persona*, Torino, Giappichelli, 2014. O ancora: C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996. Nonostante la sua crisi e le trasformazioni intervenute, lo Stato sociale continua a rappresentare un tema di indagine rilevante per i giuristi, come dimostrano le analisi che si continuano a produrre sul tema. A mero titolo di esempio, si cfr. G. CAPORALI, *Materiali per uno studio sullo Stato sociale*, Roma, Aracne, 2012; V. SATTÀ, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Napoli, Jovene, 2012.

⁽⁸⁾ GIANNINI, *Lo Stato sociale*, cit., p. 91. La monografia cui l'autore fa riferimento è quella di S. LENER, *Lo Stato sociale contemporaneo*, Roma, Edizioni La Civiltà cattolica, 1966. Padre Salvatore Lener, giurista gesuita, fu professore di diritto internazionale presso il Pontificio ateneo lateranense e fu il referente della rivista « La Civiltà cattolica » per le questioni giuridiche. Nel volume dedicato allo Stato sociale, Lener pare soprattutto vocato a dimostrare come la valorizzazione della dimensione sociale risulti perfettamente coerente con il magistero della Chiesa, a patto di non esaurire la ricerca

un po' troppo severo, ma che restituiva un quadro sufficientemente veritiero dello stato dell'arte della riflessione giuspubblicistica. Così poca attenzione rispetto a un tema, potrebbe quindi suggerire o una sua marginalità o una sua definizione tanto pacifica da rendere superflue ulteriori indagini. Ma nessuna delle due ipotesi si attagliava allo Stato sociale. Né la prima, giacché nessuno tra gli autori che produsse una qualche riflessione in materia si sognò mai di mettere in discussione il fatto che l'obiettivo di conseguire sempre maggiori conquiste in campo sociale fosse la vera e propria sfida caratterizzante delle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra. Né tantomeno la seconda, perché nessun commentatore mancò di rilevare la natura prismatica della locuzione, capace di scavalcare con disinvoltura molteplici steccati disciplinari e di investire una così grande massa di attività, interventi e misure, da rendere quasi impossibile costringerla all'interno di un preciso recinto definitorio. E negli anni le cose non sono cambiate poi molto, se « ancora oggi », come sostiene Mangia, si può affermare che per i giuristi « la nozione di Stato sociale [risulti] assai problematica »⁽⁹⁾. Certo, in parte potremmo giustificare questa difficoltà concordando con Giannini, quando sottolineava l'origine tutta politica dell'espressione, che avrebbe trovato i propri natali « in sottoculture partitiche degli anni '30, e precisamente nelle sottoculture del partito fascista in Italia e del nazionalsocialista in Germania »⁽¹⁰⁾. Ma non si tratterebbe certo di una spiegazione esaustiva.

Con le premesse appena esposte — un tema generalmente

di un più ampio benessere collettivo nella sfera meramente economica e a patto di non giungere a sacrificare la sfera e i diritti dell'individuo a generiche necessità sociali della collettività. In quest'ultimo senso, ricorre spesso nel volume di Lener il monito di non confondere lo Stato sociale con lo Stato socialista.

⁽⁹⁾ A. MANGIA, *Postfazione in L'ultimo Forstboff. Scritti 1961-1969 di E. Forstboff su costituzione e amministrazione tradotti e commentati*, a cura di A. Mangia, Padova, Cedam, 1995, p. 171.

⁽¹⁰⁾ GIANNINI, *Lo Stato sociale*, cit., p. 92. Secondo Lener, invece, l'origine dell'espressione potrebbe ritrovarsi in fonti cattoliche di fine Ottocento. P.G. Grasso sottolineava invece che un ciclo di lezioni sullo Stato sociale sarebbe stato tenuto dal De Maria nel suo corso di economia politica negli anni 1942/43, dai quali sarebbe scaturito il seguente lavoro monografico: G. DE MARIA, *Lo Stato sociale moderno*, Padova, Cedam, 1946.

riconosciuto come fondamentale ma espresso da una locuzione scivolosa e sfuggente, sulla quale fiorì un dibattito dottrinale tutto sommato modesto — sembriamo necessariamente avviati verso le stesse conclusioni di Giannini, circa l'inutilità dell'espressione. Ma come riconosceva egli stesso, il solo fatto che un'espressione « circoli non può essere considerato privo di valore, perché vi è sempre una ragione per cui un enunciato si impiega »⁽¹¹⁾. Dunque proviamo a ripartire proprio da qui, da questo assunto, per verificare se alla luce di esso, si possa giungere a conclusioni differenti o, quanto meno, si possa giungere a leggere il dibattito sullo Stato sociale sotto una luce diversa. Qual era la necessità sottesa all'utilizzo della locuzione? A cosa serviva l'espressione Stato sociale? Nel suo utilizzo per così dire laico, cioè non tecnico, come si è detto, serviva a evocare tutta quella multiforme e variegata molte di interventi dello Stato in ambito sociale che, nel tempo, si erano tanto più ampliati quanto più complessa diveniva la composizione della società e quindi più numerosi i bisogni che essa era in grado di esprimere. Ma sotto un profilo strettamente costituzionalistico la questione pareva porsi in maniera diversa, s'insinuava per così dire molto più in profondità, investendo un piano che era quello dei fondamenti, della stessa *ratio* strutturale dell'ordinamento costituzionale. In sostanza si trattava di capire se questa propensione istituzionale all'intervento sociale costituisse o meno un elemento tipizzante la forma politica. E non si trattava evidentemente di un problema irrilevante giacché, da un punto di vista giuridico, ogni tipizzazione non ha mai un mero intento definitorio o classificatorio, ma è inevitabilmente destinata a proiettare conseguenze dirette sull'applicazione normativa, perché individuare un elemento come criterio tipizzante l'ordinamento significa automaticamente assumerlo come necessario criterio orientativo sul piano dell'interpretazione.

Ora, una volta messo così a fuoco l'interrogativo di fondo, occorre anche premettere — anticipando così la scansione che si adopererà nelle pagine seguenti — che le risposte ad esso risultarono condizionate dalle diverse premesse metodologiche di partenza. Con ciò si vuole fare riferimento alla necessità di misurare il dibattito

(11) Ivi, p. 91.

dottrinale sullo Stato sociale sullo sfondo di quel fondamentale passaggio culturale dalle teorie dello Stato alle dottrine della Costituzione ⁽¹²⁾ che, se emblematicamente rappresenta il crinale dottrinale tra Otto e Novecento, ancora nella seconda metà del secolo XX si presentava tutt'altro che definitivamente risolto.

2. *Stato di diritto vs. Stato sociale: il 'sozialer Rechtsstaat' e la riflessione tedesca.*

Cominciando dunque dall'analisi di quelle posizioni che continuavano a muoversi saldamente nel solco delle teorie dello Stato, conviene concedersi una piccola digressione in terra tedesca. Perché il dibattito sullo Stato sociale fiorì in Germania, in virtù della sua vivacità e della grande partecipazione che fece registrare, finì per esercitare una decisa influenza anche sull'elaborazione della dottrina italiana o, quantomeno, di una parte di essa.

C'è da premettere, in verità, che la grande attenzione che la dottrina tedesca dedicò al tema dello Stato sociale ⁽¹³⁾ non fu tanto il frutto di un'autonoma opzione culturale, quanto piuttosto una scelta obbligata da un dato di diritto positivo di primaria importanza. Mentre nella nostra Costituzione non v'è alcun riferimento allo Stato sociale, infatti, il *Grundgesetz* tedesco del 1949 non solo utilizza la locuzione, ma le assegna addirittura il compito fondamentale di qualificare e quindi definire il *Bundesstaat*. Essa compare sia nell'art. 20 — che afferma la Repubblica tedesca essere « ein demokratischer und sozialer Bundesstaat » — sia nell'art. 28. E fu soprattutto quest'ultimo — ci pare — a mettere in difficoltà i costituzionalisti tedeschi perché, affermando che gli ordinamenti costituzionali dei Länder avrebbero dovuto conformarsi ai principii « des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates », pareva introdurre una nuova categoria tipologica — quella

⁽¹²⁾ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Teorie dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 voll.

⁽¹³⁾ Si veda in particolare *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, Berlin, De Gruyter, 1954 che contiene interventi di Forsthoff, Abendroth, Nipperdey, Ipsen, tenuti nell'ottobre 1953 a Bonn in occasione del convegno nazionale della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*.

dello Stato sociale di diritto — mai esplorata fino ad allora e perciò assolutamente bisognosa di definizione.

Nella rosa delle posizioni espresse dalla giuspubblicistica tedesca, le tesi che riscossero un più ampio seguito tra le fila della nostra letteratura, esercitando su di essa una significativa e duratura influenza, furono quelle di Ernst Forsthoff. Le sue posizioni sul *sozialer Rechtsstaat*, espresse magistralmente nella celebre relazione del 1953 ⁽¹⁴⁾, vennero portate alla conoscenza del pubblico italiano tre anni più tardi, allorché vennero riversate in un saggio ospitato dalla « Rivista Trimestrale di diritto pubblico » ⁽¹⁵⁾. E per quanto l'interpretazione del pensiero di Forsthoff — come diremo in seguito — possa risultare nel complesso controversa perché complicata da oscillazioni tutt'altro che insignificanti ⁽¹⁶⁾, le tesi del giurista di Duisburg sullo Stato sociale di diritto avevano certamente il pregio della chiarezza. Nella sequenza che aveva storicamente scandito il percorso evolutivo dello Stato (tedesco e non solo) — dal *Justizstaat*, al *Polizeistaat* per arrivare infine al *Rechtsstaat* — egli riteneva che il *sozialer Rechtsstaat* non costituisse alcuna nuova categoria. Lo Stato sociale di diritto, in altre parole, non poteva ambire né a rappresentare una nuova tipologia statale in grado di superare il tradizionale *Rechtsstaat*, né a incarnare — per così dire — una versione più aggiornata del *Rechtsstaat* stesso. E questo per una ragione fondamentale: ossia che Stato di diritto e Stato sociale, lungi dal potersi fondere in un'unica tipologia statale, stavano tra di loro in rapporto di fondamentale alterità. « Un mezzo stato di diritto e un mezzo stato sociale », afferma Forsthoff, « non fanno uno stato sociale di diritto. Con ciò intendiamo dire: non esiste nessuna soluzione di compromesso che possa realizzarsi in modo da mini-

⁽¹⁴⁾ La relazione originale, contenuta nell'opera citata nella nota precedente, è stata poi — anche se molto più tardi — tradotta anche in italiano: cfr E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto* (1953), ora in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

⁽¹⁵⁾ E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in « Rivista Trimestrale di diritto pubblico », VI (1956), p. 549 e ss.

⁽¹⁶⁾ Sulla recezione controversa del pensiero di Forsthoff in Italia, si veda l'introduzione di A. Mangia a E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, Giuffrè, 2011.

mizzare gli ostacoli da una parte e dall'altra » (17). Ma sono le ragioni utilizzate per giustificare questa insanabile alterità a rivelare le premesse del pensiero di Forsthoff, che così le riassume, a conclusione del saggio: « nella sua evoluzione storica, l'elemento dello stato di diritto appare legato alla costituzione, quello dello stato sociale all'amministrazione » (18). Non si trattava, evidentemente, di una semplice constatazione circa la genesi storica delle due forme. Dietro a quest'affermazione si celava infatti una precisa opzione culturale, che ad essa dava significato. È la grande « battaglia ottocentesca per la giuridicizzazione » (19), a stagliarsi infatti sullo sfondo delle tesi proposte da Forsthoff. Se è vero che la costruzione della *Rechtsstaatslehre*, della teoria dello Stato di diritto, nacque indubbiamente sul piano del diritto costituzionale, è altrettanto vero che essa non poté dirsi completata fintanto che non riuscì ad assorbire anche il territorio dell'amministrazione all'interno della propria costruzione sistematica. Anzi: la completa giuridicizzazione della funzione amministrativa, come notava Otto Mayer a proposito dell'introduzione della giustizia amministrativa, rappresentava proprio l'ultimo indispensabile tassello per completare il mosaico dello Stato di diritto (20). Ritenerne lo Stato sociale una creatura 'amministrativa', dunque, aveva per Forsthoff il significato di incasellarlo all'interno della progressiva evoluzione di un settore del diritto pubblico che non viveva di vita propria ma che si poteva efficacemente comprendere solo se inquadrato come parte integrante della *Rechtsstaatslehre*. Naturalmente « Forsthoff non nega a priori l'opportunità di una dimensione sociale della attività pubblica » (21), né probabilmente avrebbe potuto farlo visto che negli anni Trenta egli era stato

(17) FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, cit., p. 40.

(18) Ivi, p. 68.

(19) B. SORDI, L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 373.

(20) Cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895, I. Analogamente in Italia, V.E. Orlando ricostruiva la scienza dell'amministrazione come scienza dell'ingerenza sociale dello Stato. Cfr. V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), ora in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127 e ss.

(21) A. MANGIA, *Valori e interpretazione in Ernst Forsthoff*, in « Jus », 1 (1994), p. 12.

forse il più influente sostenitore del « significato sociale dell'amministrazione moderna » (22). Quello che egli si rifiuta di fare è permettere a questo genere di attività statale di assurgere a tratto caratterizzante la forma politica. In altre parole: l'attività sociale dello Stato, ancorché sicuramente opportuna, poteva essere concepibile solo come attività sociale dello Stato di diritto. Ma non poteva dare vita ad una nuova forma di Stato, lo Stato sociale di diritto. Perché, anche ammesso che lo Stato di diritto risultasse « determinato, dal punto di vista contenutistico, in un certo senso dallo Stato sociale », occorre affermare con nettezza che « innanzi tutto il riconoscimento dello Stato sociale non ha significato istituzionale. Esso non tocca la forma strutturale della costituzione della Repubblica federale. Quest'ultima è determinata esaurientemente, oggi come una volta, dal concetto di Stato di diritto » (23).

Certo, di fronte a tanta rigida ortodossia *rechtsstaatlich*, sarebbe d'obbligo a questo punto interrogarsi sulla volubilità delle teoriche costituzionali di un autore che, nel suo percorso di vita e di studio, giunse all'apologia dello Stato di diritto ottocentesco dopo essere stato prima un aspro critico del parlamentarismo weimariano e poi un teorico dello Stato totale (24); o ancora sull'incoerenza tra l'approccio metodologico rigidamente formalistico delle sue prese di posizione costituzionali degli anni Cinquanta e l'impronta invece smaccatamente realistica che ha caratterizzato le sue innovative elaborazioni amministrativistiche degli anni Trenta (che rappresentano certamente l'elemento più pregevole e dotato di maggiore coerente continuità nel suo pensiero) (25). Ai fini del nostro ragionamento, tuttavia, quanto importa sottolineare è l'influenza esercitata dal Forsthoff degli anni Cinquanta sulla dottrina italiana e, in questa ottica, non possiamo non notare come la sua eredità si sostanziasse soprattutto nella promozione di un approccio marcata-

(22) E. FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in « Deutsches Recht », V (1935), p. 398. La citazione è tratta dal bel saggio di B. SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 674.

(23) FORSTHOFF, *Concetto e natura*, cit., p. 60.

(24) E. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

(25) Sul punto si rimanda ancora a SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, cit.

mente *rechtsstaatlich* al tema dello Stato sociale. E ciò, si badi bene, non solo per la chiara opzione dichiarata da Forsthoff a favore dello Stato di diritto. È infatti un intero mondo quello cui egli (pur privo di credenziali) pretende di dare voce nelle sue pagine; un mondo fatto di tutti quei crismi dottrinali che avevano permesso, nel corso del secolo XIX, alla *Rechtsstaatslehre* di costruire il maestoso edificio della propria statualità. Vi ritroviamo l'auspicio della brevità della costituzione e l'elogio de «l'alto grado di formalismo» che la caratterizzava; di un formalismo, peraltro, che Forsthoff non esita a portare alle più estreme conseguenze: «resta incerto», giunge infatti ad affermare, «se i diritti fondamentali siano diritti pre-esistenti allo stato o diritti garantiti solo dallo stato» (26). Siamo evidentemente ben al di là di una rimasticazione novecentesca delle dottrine del secolo precedente. Se la *Rechtsstaatslehre* ottocentesca pretendeva di cristallizzare le forme politiche dello Stato di diritto in un empireo eterno, neutrale, e quindi astorico (ma compatibile con la propria realtà sociale e politica), Forsthoff — due guerre mondiali dopo — compie un'operazione assai più spregiudicata, pretendendo di sacrificare persino l'evidenza della storia alle ragioni della logica e della forma giuridica.

3. *Stato di diritto vs. Stato sociale in Italia. Tra strategie della prevalenza e strategie della compatibilità.*

Nel dibattito italiano, occorre premetterlo immediatamente, nessuno ossequiò le dottrine ottocentesche dello Stato di diritto in maniera tanto ortodossa. Tuttavia l'influenza di Forsthoff si palesò in modo chiaro nelle posizioni di quella parte di giuspubblicistica — consistente e nient'affatto minoritaria — che, anche di fronte all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, rimase ancorata alla cultura *rechtsstaatlich* e alla dogmatica costituzionale da essa elaborata. Il punto di emersione più significativo dell'eco che le riflessioni del giurista di Duisburg ebbero nel nostro paese ci pare rappresentato dal modo stesso di impostare l'analisi: ossia dalla propensione a

(26) FORSTHOFF, *Concetto e natura*, cit., pp. 42 e 49.

tematizzare lo Stato sociale, attraverso un confronto dialettico con lo Stato di diritto.

« Lo Stato sociale [...] deve assorbire lo Stato di diritto o ad esso sottostare o con esso coesistere ed in quali limiti e forme? »⁽²⁷⁾; era questa la premessa di partenza di quasi tutte le analisi sul tema che la dottrina italiana produsse negli anni Cinquanta. Ma non si trattava di una scelta neutrale. Se interrogare lo Stato sociale attraverso un confronto con lo Stato di diritto era, per la giuspubblicistica tedesca, un punto di partenza sostanzialmente obbligato, stante la lettera del *Grundgesetz* e la conseguente necessità di interpretare l'espressione *sozialer Rechtsstaat*, in Italia la medesima esigenza non esisteva. La nuova carta repubblicana, come detto, ignorava completamente la locuzione Stato sociale e dunque il sistematico raffronto tra questo e lo Stato di diritto andava ben al di là della semplice impostazione metodologica, per assumere il senso di una precisa premessa valoriale. Poteva lo Stato sociale legittimamente proporsi come sostituto dello Stato di diritto? E in tal caso: come sarebbero cambiati gli assunti fondamentali di quest'ultimo? Che ne sarebbe stato del principio di legalità? Della separazione tra i poteri? Delle libertà individuali? Oppure ci si doveva immaginare una qualche forma di interazione tra le due forme? E quale? Appare evidente che un'impostazione di questo genere incanalava il ragionamento su binari tutto sommato obbligati.

Lo Stato di diritto, scriveva infatti Aldo M. Sandulli in una delle prime riflessioni prodotte dalla dottrina italiana sul tema, « deve rappresentare [...] una conquista definitiva e irrinunciabile ». Naturalmente egli non negava, come del resto neppure Forsthoff faceva, che il perseguimento di conquiste in campo sociale fosse opportuno e anzi addirittura doveroso, ma al tempo stesso ammoniva con grande fermezza: « La conquista dello Stato sociale, che è il problema del nostro tempo, non deve essere realizzata col sacrificio dello Stato di diritto »⁽²⁸⁾. Il fatto che ogni tendenza socializzante dovesse « determinarsi nello Stato di diritto », senza « annull-

(27) F. CARBONE, *Stato sociale e Stato di diritto*, in « Stato sociale », I (1957), p. 811.

(28) A.M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in « Nord e Sud », X (1963), 44, p. 2.

lare — ripetiamo — i valori sanciti ed assicurati dallo Stato di diritto »⁽²⁹⁾ pareva insomma il problema più marcatamente avvertito da parte della dottrina italiana. Ma da dove nasceva questa preoccupazione? Perché lo Stato sociale doveva necessariamente rappresentare un pericolo per lo Stato di diritto? Lo spiega efficacemente Pietro Giuseppe Grasso. Anch'egli muove dalla premessa che ormai conosciamo, ossia che « nell'attuale diritto costituzionale italiano [fosse] insito il problema di conseguire l'armonia fra lo 'Stato di diritto' e lo 'Stato sociale' », ma esplicita anche le ragioni che rendevano complicata la convivenza. Alla base del problema stava il fatto che « fra le concezioni dello 'Stato sociale' e quelle del costituzionalismo liberale, si rileva[vano] grandi divergenze per quanto attiene ai rapporti fra pubblici poteri e società »⁽³⁰⁾. Se il secondo intendeva « società e Stato [...] come due entità distinte e indipendenti anche giuridicamente tra loro », ecco che « il rapporto sopra descritto appare del tutto rovesciato nelle considerazioni dello 'Stato sociale' »⁽³¹⁾. Prende dunque corpo il grande trapasso tra Otto e Novecento, ma esso appare tutt'altro che pacificamente risolto nelle interpretazioni della dottrina giuridica più restia ad abbandonare i lidi familiari e rassicuranti del *Rechtstaat*. Inserire la società nello Stato significava infatti rendere quest'ultimo permeabile alla volontà della prima, renderlo strutturalmente funzionale alle sue necessità. Ma questo contraddiceva tutta la dogmatica giuspubblicistica fino ad allora conosciuta, che riteneva lo Stato essere un soggetto intrinsecamente in grado di « assumere qualunque fine », in base al principio per cui « l'ordine giuridico [...] non ha fini, o appare fine a sé stesso »⁽³²⁾. Grasso non nega che la straordinaria frattura costituente e le conseguenti tesi che affidavano compiti allo Stato « sembra[va]no rendere inadeguate le dottrine menzionate », ma al tempo stesso non pare avvistare all'orizzonte una convincente sistemazione alternativa. Troppo fumosi « i motivi fondamentali dello Stato sociale », per precisare i quali occorreva rifarsi « ad ideali

⁽²⁹⁾ CARBONE, *Stato sociale e Stato di diritto*, cit., p. 815.

⁽³⁰⁾ P.G. GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in « Quaderni di scienze sociali », IV (1965), 1, p. 34.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 34 e 36.

⁽³²⁾ Ivi, p. 45.

ed a criteri di valore che, pur avendo trovato qualche riscontro nelle Costituzioni e nelle leggi, tuttavia trascend[evano] le norme scritte » (33). In altre parole, se lo Stato di diritto era stato costruito sulle solide fondamenta del principio di legalità, grazie al quale l'attività dello Stato poteva e doveva risultare sempre prevedibile, quale alternativa poteva pretendere di offrire lo Stato sociale? L'unico approdo pareva quello di un incerto e poco rassicurante « principio di legittimità », fondato « sul consenso effettivo dei più » (34). La soluzione al problema della compatibilità tra le due forme, dunque, non sembrava a Grasso ancora giunta a una sufficiente maturazione. Niente impediva, sia chiaro, di continuare a rifletterci sopra, ma per il momento il suggerimento che traspare dalla sua riflessione è piuttosto chiaro: meglio tenersi stretti lo Stato di diritto, senza dimenticare che « lo studio delle innovazioni e dei futuri ordinamenti non compete alla scienza giuridica come tale » (35).

Anche una parte significativa della dottrina italiana, dunque, una volta scelto di tematizzare il concetto di Stato sociale attraverso un raffronto tra esso e lo Stato di diritto, finì per concludere per la necessaria incompatibilità tra le due forme e per la conseguente prevalenza della seconda sulla prima. In continuità con le tesi di Forsthoff (le cui opere, non a caso, vengono ripetutamente citate), certo, ma anche mostrando — rispetto a questi — alcune differenze di accenti piuttosto significative. Le argomentazioni dei giuristi italiani appaiono infatti meno perentorie. Nei loro scritti, più che la volontà di difendere in blocco l'intero impianto della dottrina ottocentesca dello Stato di diritto, emerge il timore di un salto nel vuoto, la paura cioè di disperdere un patrimonio prezioso di civiltà giuridica, di sacrificarlo sull'altare delle ideologie. Si rifiutano, certo, di considerare lo Stato sociale come un erede legittimo dello Stato di diritto, ma perché non vedono all'orizzonte nessuna *Sozialstaatslehre* in grado di sostituire la gloriosa *Rechtsstaatslehre*. In questo senso le posizioni della dottrina più legata alla tradizione s'inseriscono in un contesto generale che vede un ampio fronte di autori battersi per

(33) Ivi, p. 46.

(34) Ivi, p. 47.

(35) Ivi, p. 56.

ribadire la validità immutata dei cardini dogmatici della dottrina dello Stato di diritto: si pensi alle tesi di Emilio Crosa e Amedeo Giannini sulla sovranità come necessario attributo dello Stato, a quelle di Oreste Ranelletti sulla forma di governo, o alle critiche di V.E. Orlando alla Corte costituzionale, ritenuta un'istituzione incompatibile con la forma di governo parlamentare ⁽³⁶⁾.

Tuttavia, per quanto concerneva la tematizzazione dello Stato sociale, le cose parevano essere un po' più complicate. In fin dei conti, i primi interventi dello Stato in ambito sociale risalivano già agli ultimi decenni del secolo XIX e, col passare del tempo, il fenomeno si era fatto sempre più significativo. Dunque ci si poteva forse anche legittimamente chiedere se questo potesse avere assunto valenza strutturale nell'identificazione della forma politica. A ben vedere, proprio la considerazione della costante evoluzione storica del fenomeno, metteva in crisi uno degli argomenti utilizzati per criticare il concetto di Stato sociale: si fa riferimento al dogma della presupposta mancanza di finalità dello Stato. La stessa complessiva antropologia del secolo XIX, che immaginava le società progredite indirizzate verso un futuro di sempre maggiore benessere e progresso, non finiva di per sé per orientare le attività delle istituzioni statuali? A quale criterio si erano ispirati i pur paternalistici interventi sociali operati dallo Stato di diritto liberale se non alla massima benthamiana che voleva « the greatest happiness for the greatest number » ⁽³⁷⁾? E quindi: per quanto costruito attraverso il rigore formale garantitogli dal sistema giuridico, era davvero il *Rechtsstaat* una creatura formale, astorica e aperta ad essere riempita di ogni contenuto?

⁽³⁶⁾ Cfr. E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1955; A. GIANNINI, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in « Rassegna di diritto pubblico », I, 1949; O. RANELLETTI, *Note sul progetto di Costituzione presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea Costituente*, in « Foro Italiano », 1947, IV; V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1951). Per una disamina più approfondita degli orientamenti dottrinali della giuspubblicistica italiana di fronte alla nuova Costituzione repubblicana, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), p. 849 e ss.

⁽³⁷⁾ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, edited by J. H. Burns and H. L. A. Hart, London, Athlone Press, 1977, p. 393.

Nel secondo dopoguerra i tempi erano certamente maturi per infrangere questo tabù dogmatico e non era affatto detto che lo si dovesse necessariamente fare rompendo tutti i ponti con la tradizione. È su questo crinale, ad esempio, che si muove Ferruccio Pergolesi, nel sostenere la perfetta compatibilità tra Stato di diritto e Stato sociale e ripensando ogni supposta antinomia che avrebbe intrinsecamente reso inconciliabili le due forme politiche. A partire proprio dalla distinzione « fra 'sociale' e 'individuale' » che andava « ovviamente intesa in senso non assoluto (o di categorie), ma convenzionale (o di intensità) ». Il che doveva portare a ritenere sociali quei diritti « che hanno per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali) e per diritti individuali quelli che hanno per finalità preminente od immediata interessi individuali (e di riflesso collettivi) ». L'assenza di ogni inconciliabilità si spiegava peraltro facilmente solo considerando il fatto che « entrambi i tipi di diritto partono da uno stesso punto e convergono verso una stessa, ultima finalità: l'uomo ». E dunque « la concezione formalistica di Stato di diritto [poteva] ben conciliarsi anche con la concezione sostanzialistica o funzionalistica di Stato sociale » (38).

E ancora più incisiva fu l'argomentazione, che allo scopo di dimostrare la medesima tesi, addusse qualche anno più tardi Giacomo Perticone. Per certi versi egli si riallacciava ai timori espressi da Grasso che contrapponeva principio di legalità e principio di legittimità, Stato di diritto a Stato di giustizia, ma per confutarne decisamente il carattere antinomico. Nel farlo, egli riporta il ragionamento *ab ovo*, tornando ad incardinarlo sulla successione storica delle forme di Stato e ritenendo così conclusa una determinata stagione del *Rechtsstaat*. « Lo Stato di mero diritto », afferma, « si è trasformato nello Stato di diritto, nel senso che ha superato i confini del formalismo etico-giuridico dell'Ottocento, passando dalla considerazione della forma a quella del contenuto ». Ma si trattava di una trasformazione che si poteva perfettamente « realizzare senza

(38) F. PERGOLESI, *Stato di diritto e garanzie costituzionali*, in « Lo Stato sociale », 1958, 6, p. 669.

pregiudizio per i titoli storici dello Stato di diritto » (39). La sfida che si parava di fronte al giurista del secondo Novecento era dunque quella di riuscire ad andare al di là della mera forma, per accettare l'idea che il diritto, e il diritto costituzionale in particolare, si riempisse di contenuti. Il che, ed è questo che sembra l'elemento più caratterizzante la riflessione di Perticone, non solo non costituiva alcuna negazione rispetto ai principali assunti della *Rechtsstaatslehre* ottocentesca, ma risultava anzi perfettamente compatibile con essa. I principali argomenti addotti a sostegno della tesi sono due: il primo di ordine logico, il secondo di natura per così dire storica. Sotto il profilo logico, nota Perticone, occorre notare anzitutto che non esisteva opposizione tra il principio di legalità e il principio di legittimità (o di giustizia). O per meglio dire: « quando si dice legalità del potere [...] si dice tutto sul piano formale, cioè non si esclude qualsiasi contenuto della legge. Ma quando si dice legittimità, non si vuole dire nulla che neghi la legalità, sibbene contro una certa legalità, che si definisce senza contenuto ma che ha un suo contenuto, alla quale si oppone un altro contenuto posto come legittimo » (40). Nessun principio di legalità, dunque, è davvero senza contenuto e di conseguenza esiste sempre una coincidenza tra legalità e legittimità. E, ad ulteriore dimostrazione di questo, Perticone adduce anche un secondo argomento, di ordine storico, che doveva suonare culturalmente assai familiare all'orecchio della tradizione liberale ottocentesca. La più chiara dimostrazione della tesi esposta è fornita dall'esempio britannico. Oltremanica, il principio di legalità — coniugato nella formula della *rule of law* — risultava un chiaro esempio di come esso risultasse imprescindibilmente legato ad un certo contenuto. « Dire legalità nel senso della *rule of law* equivale a dire attuazione non di una legge qualunque, ma soltanto di quella legge che assicura la tutela di certi determinati valori, che sono appunto quelli che provvedono il titolo giustificativo, la legittimazione dello Stato » (41).

(39) G. PERTICONE, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1963, I, p. 125.

(40) *Ibidem.*

(41) Ivi, p. 126.

4. *Dallo Stato sociale alla costituzione democratica.*

Sia per Perticone sia per Pergolesi, dunque, la compatibilità tra lo Stato sociale e lo Stato di diritto si spiegava sin troppo agevolmente con la necessità di superare il dogma dell'irrelevanza dei contenuti dell'attività statale. Anzi, per essere più precisi, non si trattava nemmeno di superarlo, quanto piuttosto di smentirlo, di riconoscere cioè che esiste sempre un patrimonio di valori che ispira l'assetto e le attività dello Stato. Sotto questo profilo, il dibattito finisce per illuminare anche la questione più ampia della critica al cosiddetto formalismo giuridico, che, da contestazione di un generico abito mentale o di un determinato approccio metodologico, diviene una problematica di assoluta sostanza costituzionale. Ma, a prescindere da ciò, è difficile non rilevare anche che le tesi di Pergolesi e Perticone vanno a inserirsi nel solco ben preciso delle teorie dello Stato (di diritto). Se la necessaria continuità di quest'ultimo era affermata dai vari Forsthoff, Grasso, A.M. Sandulli contro lo Stato sociale, contro cioè l'introduzione di un orizzonte contenutistico di stampo sociale — e non meramente individuale — in grado di caratterizzare strutturalmente lo Stato, Pergolesi e Perticone mirano a dimostrare che il contenitore *Rechtsstaat*, avendo sempre avuto un determinato contenuto di valore (che poi è quello che gli consentiva legittimità e non solo legalità), andava solo allargato per ospitare un contenuto diverso e più ampio. Senza alcun pregiudizio per il principio di legalità. Così facendo si evitava peraltro anche il gravoso compito di individuare una definizione esaustiva per la locuzione Stato sociale. Non essendoci incompatibilità con lo Stato di diritto, infatti, non esisteva di conseguenza il problema di costruire una *Sozialstaatslehre* alternativa alla *Rechtsstaatslehre* e in grado di reggere il confronto con essa. Quest'ultima manteneva invece intatta tutta la propria validità, a patto però di depurarla da quei presunti dogmi che si erano rivelati una diretta filiazione dell'universo valoriale liberal-individualistico caratteristico del secolo precedente.

A questo punto, se volessimo limitare la nostra analisi unicamente al dibattito che si sviluppò intorno alla locuzione Stato sociale, dovremmo probabilmente arrestarci qui. Nel senso che, come aveva già rilevato Giannini, non è dato rinvenire, nei primi tre

decenni di vita repubblicana, molte altre riflessioni espressamente dedicate al tema. Si tratterebbe, tuttavia, di un orizzonte palesemente angusto. Perché è di tutta evidenza che dalle interpretazioni sopra riportate rimane fuori — o al più sullo sfondo — la straordinaria rottura, concettuale ancor prima che normativa, rappresentata dall'entrata in vigore della carta costituzionale. Non si tratta di un'assenza assoluta, è ovvio. Salvatore Scoca, ad esempio, ancora sulla rivista « Lo Stato sociale », non manca di rilevare come si fosse dovuta attendere la costituzione per registrare « un clima di largo favore per le iniziative e le provvidenze sociali »⁽⁴²⁾, giacché l'esigenza della socialità « non è coeva al sorgere dello stato di diritto », che « nasce senza spiritualità, con scarso sentimento di umana solidarietà, [...] tutto teso alla difesa dell'individuo e della libertà; anche quando questo genera ingiustizie, sperequazioni e miseria »⁽⁴³⁾. E che nel panorama delle costituzioni repubblicane del secondo Novecento europeo, nessuna poteva vantare « un volto sociale più espressivo di quello della Repubblica italiana »⁽⁴⁴⁾. Ma Scoca, che era Avvocato generale dello Stato, era stato anche un costituente democristiano e aveva probabilmente a cuore una creatura che aveva contribuito a scrivere. In ogni caso, nel panorama delle riflessioni sullo Stato sociale la sua voce rappresentava certamente un'eccezione. Risultava invece assai più comune l'atteggiamento, ad esempio, di un Grasso che, in uno dei rari passaggi del suo scritto in cui menziona la carta costituzionale, ancora nel 1965, non esita a riproporre le tesi di Santi Romano sull'impossibilità di ipotizzare vincoli costituzionali all'azione di Governo e Parlamento che producessero effetti più stringenti di « mere coercizioni morali »⁽⁴⁵⁾.

Chi sceglie di riflettere sullo Stato sociale non sembra dunque tenere in grande considerazione la svolta intervenuta con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Ma in fin dei conti è perfettamente possibile affermare anche il contrario. E cioè che quella

(42) S. SCOCA, *Dallo Stato di diritto allo Stato sociale*, in « Lo Stato sociale », 1960, 2, p. 103.

(43) Ivi, p. 101.

(44) Ivi, p. 106.

(45) GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale*, cit., p. 54.

parte di dottrina più orientata a prendere sul serio la Costituzione, ossia i protagonisti di quella « cesura dottrinale »⁽⁴⁶⁾ databile intorno alla fine degli anni Trenta (i vari Mortati, Crisafulli, Lavagna, Esposito, lo stesso M.S. Giannini) non sembrava affatto interessata a tematizzare la locuzione Stato sociale, con l'eccezione del già più volte citato Giannini che, come sappiamo, la riteneva perfettamente inutile. Questo naturalmente non significa che ignorasse il tema dei diritti sociali, della previdenza o dei principii generali dell'ordinamento costituzionale cui la locuzione Stato sociale rimandava; più semplicemente sembrava non ritenerla idonea a fornire una qualche rilevante tipizzazione della forma politica, ad assumerla insomma come un vero e proprio *Begriff*. Il che ci aiuta anche a comprendere meglio la nettezza con la quale Giannini liquidava l'espressione 'Stato sociale', figlia evidentemente, oltre che della sua precisa analisi, di un clima culturale che non pareva considerarla molto utile. Se da un lato — volendo approcciare il tema rimanendo nell'ottica delle dottrine dello Stato — essa pareva incapace di sostituire o integrare il *Rechtsstaat*, dall'altra — volendo guardare al tema dal punto di vista delle dottrine della costituzione — appariva insufficiente. Il massimo grado di tipizzazione della forma politica che la locuzione Stato sociale pareva esprimere finiva infatti per ridursi al recupero dell'impianto del *Rechtsstaat* sul quale impiantare però una nuova socialità di scopo.

Ci si avvicina così al cuore del problema. È evidente che la nuova socialità invocata rimanesse sospesa a mezz'aria entro le teorie dello Stato. E ciò dipendeva — continuando a giocare sull'espressione 'socialità di scopo' — non tanto dalla socialità, quanto dallo scopo. Aveva ragione Perticone a sottolineare che anche lo Stato di diritto si fondava su un patrimonio di valori che ne orientavano l'azione; ma assegnare al *Rechtsstaat* nuovi contenuti da perseguire era una sfida molto più complicata del previsto e, certo, non poteva risultare sufficiente la pretesa di sostituire la tutela degli interessi individuali con la tutela di interessi collettivi. Il costante richiamo dottrinale al principio di legalità quale cifra più autentica dello Stato

(46) Sulla cesura dottrinale di fine Anni Trenta, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, in particolare p. 230 e ss.

di diritto e, al tempo stesso, il riferimento di Perticone alla *rule of law* britannica avevano il pregio di illuminare contenuti di valore entro l'esperienza dello Stato di diritto. Perché in fin dei conti anche il *Rechtsstaat*, come forma storica della statualità, nasce dalla necessità di comporre un conflitto e il patrimonio valoriale che esso esprime rifletteva la soluzione adottata per risolverlo ⁽⁴⁷⁾. Il fatto che lo Stato di diritto trovasse la sua più autentica espressione nel principio di legalità è indice, infatti, della necessità di formalizzare giuridicamente i rapporti di potere, per ingabbiarli in logiche procedurali a scopo di garanzia. Ci troviamo cioè di fronte a quella che Azzariti definisce la « soluzione procedurale dei conflitti » ⁽⁴⁸⁾, ma di quale conflitto si trattava? Il riferimento di Perticone alla *rule of law* e alla sua lunghissima evoluzione storica lo mostra con grande evidenza: si trattava del conflitto storicamente dato tra autorità e libertà, tra potere pubblico e autonomia privata. Ma il conflitto che il Novecento pone problematicamente di fronte al diritto costituzionale non era più solo quello tra potere e libertà; accanto ad esso era emerso un nuovo fronte tutto interno alla società e lo Stato di diritto non era strutturalmente costruito per la regolazione di conflitti interni alla sfera sociale. Quanto poteva fare era, al massimo, tentare di neutralizzarli o minimizzarli — come era accaduto con la prima legislazione sociale, dall'impronta marcatamente paternalistica — ma sempre nell'ottica di ricondurre una riottosa società storicamente data entro l'alveo di una dimensione normalizzata e pacificata che era quello della società teoricamente presupposta. Il conflitto sociale nell'ottica *rechtsstaatlich*, dunque, era pensabile solo come degenerazione patologica e non come condizione fisiologica strutturale. Ma era invece a quest'ultima immagine che lo Stato sociale alludeva, con la sua richiesta di innestare nel corpo dello Stato di diritto una permanente socialità di scopo. E dunque occorreva cambiare paradigma, muoversi verso orizzonti differenti.

⁽⁴⁷⁾ Sulla necessità di riconoscere il diritto come intrinsecamente dotato di uno scopo, che affondava le radici negli interessi, nella dialettica e quindi anche nella conflittualità sociale, si cfr. il classico R. JHERING, *Lo Scopo del diritto* (1877), Torino, Aragno, 2014.

⁽⁴⁸⁾ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 216 e ss.

5. *Dal contenuto sociale della Costituzione alla democrazia sociale.*

La condizione indispensabile per incorporare nella sfera del potere pubblico gli scopi che lo Stato sociale si prefiggeva era dunque quella di rifondare tale sfera su altre basi. Non sfugge, infatti, che la possibilità di imporre al potere « oltre al limite di forma o di procedura [...] anche specifici limiti di contenuto »⁽⁴⁹⁾ risulta una questione irrimediabilmente connessa con il problema della legittimazione del potere stesso. Fino a che lo Stato rappresentava hegelianamente « l'intero naturale »⁽⁵⁰⁾ della sfera pubblica, « la realtà dell'Idea etica »⁽⁵¹⁾, nessun limite — se non procedurale — poteva essergli opposto. Lo Stato sociale aveva dunque bisogno, per affermare le proprie istanze, anzitutto di un diverso criterio di fondazione dell'ordine, un criterio che affondasse le proprie radici nella fattualità composita e plurale della sfera sociale, in modo che questa, da elemento meramente descrittivo della statualità, potesse divenire il momento fondativo della stessa.

C'era dunque bisogno della costituzione; e questa non tradì le aspettative. Già nei primissimi articoli della carta risultava evidente che, rispetto alla tradizione *rechtsstaatlich*, l'interpretazione che essa forniva della società faceva pensare ad « un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione »⁽⁵²⁾. A partire dal soggetto di diritto, dall'attore sociale. Alla base del mutamento costituzionale sta proprio quello che Mortati chiamava « il mutamento dello stesso tipo umano »⁽⁵³⁾, che non è più l'*individuo* introdotto dalla rivoluzione francese (cristallizzazione giuridica di una precisa categoria antropologica e cioè quella del maschio bianco

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 231.

⁽⁵⁰⁾ G.W.F. HEGEL, *Propedeutica filosofica* (1810), ora in ID., *Il dominio della politica*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1980, p. 325.

⁽⁵¹⁾ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Milano, Rusconi, 1998, p. 417.

⁽⁵²⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 39.

⁽⁵³⁾ C. MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, *Principii fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 10.

europeo e borghese), ma la *persona* ⁽⁵⁴⁾. Tutte le carte costituzionali del secondo Novecento hanno infatti un'impronta decisamente personalistica. E non solo perché debitrice delle riflessioni di un cattolicesimo che trova in Mounier la sua espressione più autorevole, ma perché sul valore della persona e sulla sua anteriorità rispetto allo Stato (con buona pace delle teorie *rechtsstaatlich* sulle libertà riflesse e di Forsthoff che pareva riproporle) tutte le culture politiche del secondo dopoguerra trovarono un punto di accordo. La persona, dunque, come nuovo soggetto: inclusivo e non escludente, complesso e non semplificato, e soprattutto soggetto intrinsecamente sociale. Questo il costituente italiano sembrò averlo chiarissimo, tanto da esplicitarlo a chiare lettere nell'art. 2 della Carta. L'uomo, cui la Repubblica riconosce e garantisce i « diritti inviolabili » era da intendersi « sia come singolo » sia come membro delle « formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ». E mai come in questo caso il concetto di personalità umana sembra assumere il significato di essenza più profonda del concetto di persona, un'essenza sviluppabile appieno solo e soltanto in un'ottica relazionale, all'interno cioè di una dimensione sociale.

Ma non di una qualsiasi società. La Costituzione, nel combinato disposto dei suoi primi tre articoli, descrive già perfettamente il tipo di società dal quale muove e, soprattutto, verso cui intende andare. L'affermazione — *ex art. 3 co. 1* — del principio della « pari dignità sociale », la previsione — *ex art. 2* — dei « doveri inderogabili di solidarietà » come speculari contraltare della inviolabilità dei diritti, e ancora il compito — che l'art. 3 co. 2 assegna alla Repubblica — di « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana » tratteggiano un chiaro orizzonte teleologico in cui poteri pubblici e consociati vengono chiamati a collaborare per contrastare una sperequazione sociale, che si assume come dato oggettivo di partenza. Non solo. I riferimenti al lavoro, contenuti nell'art. 1 e ancora nell'art. 3 co. 2 stanno anche ad indicare quale fosse la leva di

⁽⁵⁴⁾ Per un approfondimento sul passaggio dall'individuo alla persona sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Cittadinanza femminile e Costituzione repubblicana*, in « Studi Storici », 2016, 4, p. 771 e ss.

promozione sociale individuata dai costituenti. In un certo senso, quindi, la Costituzione accoglie in sé i presupposti delle teoriche dello Stato sociale, individuando uno scopo da perseguire o, per meglio dire, esprimendo un preciso indirizzo politico il cui contenuto è marcatamente sociale.

Tutto questo i più giovani giuspubblicisti lo avevano ben presente. E pertanto non si attardarono a elaborare interpretazioni dello Stato sociale, né a vagliare le potenzialità categorizzanti della locuzione, ma preferirono entrare nel merito delle questioni cui essa rimandava. Non stupisce quindi ritrovare Vezio Crisafulli, negli anni a cavaliere tra i Quaranta e i Cinquanta, alla direzione della « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », dalle colonne della quale rifletteva sull'indirizzo politico costituzionale e sulla sua marcata impronta economico-sociale. A differenza di quanto spesso veniva sostenuto ⁽⁵⁵⁾, l'esistenza di un contenuto sociale — dice Crisafulli — non poteva essere ritenuto un carattere esclusivo delle costituzioni del secondo dopoguerra, avendo tutte le costituzioni « un contenuto sociale, perché regolano — e non potrebbero non farlo — in un modo o nell'altro il rapporto tra Stato e società, tra soggetto sovrano e sudditi, tra governanti e governati » ⁽⁵⁶⁾. Per individuare il *quid* specifico delle nuove costituzioni, pertanto, occorre fare un tentativo di specificazione ulteriore, mettendo in evidenza che « caratteristica delle costituzioni contemporanee è dunque piuttosto di avere un contenuto sociale [...] *positivo*, vale a dire di regolare quell'insieme di rapporti secondo un indirizzo interventista, anziché secondo un indirizzo meramente astensionistico » ⁽⁵⁷⁾. E, allo stesso modo, anche Franco Pierandrei rilevava che, essendo la Repubblica italiana « espressione di un determinato sistema economico-sociale », era assolutamente normale che « assu-

⁽⁵⁵⁾ Si veda ad esempio la ricognizione comparativa operata da F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee (Testi coordinati)*, Bologna, Zuffi, 1950.

⁽⁵⁶⁾ V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », 1950, 1, p. 6.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 7.

me[sse], nei confronti di quest'ultimo, un certo atteggiamento e intende[sse] svolgere certe attività » (58).

Il fatto che la Costituzione repubblicana avesse quindi un indirizzo politico, o per dirla con Crisafulli « *una certa tendenza politica* » (59) e che questo indirizzo si sostanziasse in particolare nella vocazione « ad intervenire nella disciplina dei rapporti sociali » (60) pareva dunque un dato ormai assodato. Volendo indagare tuttavia l'esatto contenuto di tale vocazione, ci pare che dai contributi dei nostri giuristi emergano almeno due aspetti.

Il primo, e probabilmente quello più in linea con la lunga tradizione della legislazione sociale, è quello della *protezione (o sicurezza) sociale*. Esso affondava le radici in un « presupposto di ordine non giuridico, ma sociologico: il fatto che la vita associata [fosse], come tale, generativa di insicurezza » (61); insicurezza « che si manifesta con il fatto che, nella società, esistono e tendono sempre di più ad aumentare, qualitativamente e quantitativamente, categorie di persone che versano in situazione di sottoprotezione ». Tra queste Giannini individua nei « meri lavoratori » la categoria sottoprotetta per eccellenza perché essi, « non avendo proprietà o possesso di mezzi di produzione, non hanno altro bene se non la prestazione di lavoro, bene per sua natura esposto a rischio, la perdita o la diminuzione del quale comporta la perdita o la diminuzione delle possibilità di sostentamento » (62). Si è detto che tale aspetto è probabilmente quello più in continuità col passato ma Giannini — guardando al problema da un'opportuna prospettiva storico-giuridica — non manca di rilevare invece come il secolo XX avesse comunque fatto segnare una significativa discontinuità. L'età liberale aveva infatti segnato una transizione importante dalla logica della *beneficienza* alla logica della *previdenza*; il Novecento aveva fatto di più, passando dalla *previdenza* alla *protezione sociale*. Se il criterio

(58) F. PIERANDREI, *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in « Rivista giuridica del lavoro », 1953, 3, p. 137.

(59) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8. In corsivo nel testo.

(60) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 10.

(61) M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in « Rivista giuridica del lavoro », 1953, 1, p. 2.

(62) Ivi, p. 3.

previdenziale finiva per ridursi « sempre ad un rapporto di tipo assicurativo », con l'avvento della protezione sociale « questo tipo di rapporto permane[va] [...] e per più aspetti si perfeziona[va] », ponendo in capo alle categorie sottoprotette (e *in primis* a quella dei lavoratori) « veri e propri diritti ad essere garantite contro eventi produttivi di insicurezza » (63).

Torneremo in seguito con alcuni brevi cenni sulla questione dei diritti sociali. Per il momento, urge però notare che l'obiettivo di garantire una certa protezione sociale alle categorie più bisognose non sembra esaurire il significato complessivo dell'indirizzo politico costituzionale in ambito socio-economico. Questo, infatti, contiene anche un secondo obiettivo, che potremmo identificare nella *giustizia sociale*. Si tratta di un obiettivo più ambizioso del precedente e, al contempo, più ricco di implicazioni. La necessità di garantire « i diritti delle categorie sottoprotette contro altre categorie che invece sono sovraprotette » (64) di cui parla Giannini diviene, nelle parole di Mortati, l'obiettivo costituzionale di « una più equa distribuzione tra le classi dei beni della vita » (65). Crisafulli, per parte sua, si spinge a tradurlo « nell'esigenza di estendere l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dei tradizionali rapporti politici, strettamente intesi, alla intera struttura complessiva della comunità statale » (66); che, in fin dei conti, non sembra troppo distante dalla necessità, esplicitata da Pierandrei, di « assicurare la più profonda e intima compenetrazione fra la vita dello Stato, come ente politico e giuridico, e la vita della collettività, organizzata nell'ambito del primo » (67).

La necessità di alleviare le conseguenze prodotte dalla sperequazione sociale, che rappresentava il motore principale delle teorie dello Stato sociale, si colora di sfumature completamente nuove all'interno del disegno costituzionale. Nelle interpretazioni della più giovane dottrina costituzionalistica prende corpo un pro-

(63) Ivi, p. 5.

(64) GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale*, cit., p. 11.

(65) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 10.

(66) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8.

(67) PIERANDREI, *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, cit., pp.

getto di vera e propria *democrazia sociale*, basato sull'intento di estendere il campo d'azione del principio democratico ben al di là del consueto e familiare circuito imperniato sull'istituzione parlamentare. La vocazione « a proteggere l'interesse della maggioranza contro il privilegio economico della minoranza »⁽⁶⁸⁾, non assumeva né toni classisti, né toni paternalistici, ma rispondeva ad un progetto complessivo di società che trovava il proprio fondamento nel conflitto sociale. Quest'ultimo, che nelle teorie dello Stato liberale rappresentava una patologia da estirpare, nelle costituzioni novecentesche diviene così un elemento non solo fisiologico ma addirittura strutturale del sistema: la costituzione democratica presuppone il conflitto come dato oggettivo e si prefigge addirittura l'obiettivo di utilizzarlo come volano di sviluppo democratico. Per raggiungere tale obiettivo si rendevano, tuttavia, necessarie alcune precondizioni.

La prima e più indispensabile era quella che rendeva il conflitto possibile, ossia incanalabile entro binari non distruttivi, ma al contrario dialettici. E tale requisito minimo, nella nostra carta costituzionale, e forse in tutte le costituzioni democratiche del Novecento, ci pare rappresentato dal principio della « pari dignità sociale », che viene a rappresentare quindi da un lato il confine ultimo che nessuna società può permettersi di valicare, pena il rischio di non riuscire più a contenere il conflitto entro limiti accettabili e non deflagranti; e dall'altro il fondamentale criterio orientativo di ogni indirizzo costituzionale in materia sociale.

La seconda precondizione, invece, ci sembra rappresentata da una visione dinamica della società e della sua intrinseca conflittualità, che impedisce sia la pretesa di annullare il conflitto, sia — a ben vedere — la pretesa di comporlo in termini definitivi. Nel senso che ogni composizione risulta necessariamente provvisoria, perché generatrice di altra e magari differente conflittualità. È in quest'ottica circolare che ci pare vada inteso il concetto mortatiano di « mobilità sociale », il cui « centro motore » il giurista calabrese individua nel lavoro, divenuto « fondamentale criterio di valutazione sociale »⁽⁶⁹⁾. Si tratta di un aspetto spesso poco considerato in letteratura, ma molto utile per comprendere in che cosa effettivamente consistesse

(68) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8.

(69) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 15.

l'idea di poter estendere l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dell'organizzazione dei poteri dello Stato, per pervenire a una più ampia concezione di democrazia sociale. Del resto, se dall'introduzione della Costituzione, che era un prodotto precipuo della dialettica tra le forze sociali, ci si aspettava una palingenesi profonda, questa non poteva riguardare solo la sfera delle istituzioni rappresentative, ma doveva al contrario investire anche la sfera originale, quella da cui tutto aveva avuto inizio, cioè la società. Se ciò non fosse avvenuto, secondo Mortati, il rischio — gravissimo — sarebbe stato quello di erodere le fondamenta del costruendo Stato moderno, com'era accaduto a Weimar, che aveva lasciato al mondo proprio questo « ammaestramento »: che « una democrazia moderna [...] esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda e intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità » (70).

È riannodando il filo del pensiero di Mortati che si riesce a evidenziare come questa esigenza di compenetrazione lasci la sfera astratta dei propositi, per incardinarsi solidamente entro gli ingranaggi della teoria della Costituzione. L'obiettivo fondamentale di perseguire una più ampia giustizia sociale prende concretamente corpo nella presa d'atto che « nelle democrazie contemporanee » è presente « un'esigenza assai avvertita di circolazione delle aristocrazie » (71). La lotta al privilegio economico di cui parlava Crisafulli, la garanzia delle categorie sottoprotette citata da Giannini, trovano nella sistematica di Mortati un più pieno significato. La dialettica che emerge è quella tra una dimensione sociale statica — tipica dello Stato di diritto ottocentesco — in cui si cristallizzano originarie posizioni di privilegio e una dimensione dinamica, di « mobilità sociale », in cui deve essere possibile salire (o anche discendere) i gradini della scala sociale in conformità a un criterio di natura spiccatamente capacitaria, per poter infrangere « la tendenza al consolidamento di posizioni di vantaggio possedute mediante la loro trasmissione anche a favore di soggetti dimostratisi sprovvisti delle

(70) C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), ora in Id., *Raccolta di scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 1972, p. 351.

(71) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 15.

capacità che dovrebbero ad esse corrispondere » (72). È questo il cuore del progetto mortatiano (e non solo mortatiano) di democrazia sociale. E il criterio capacitaro attorno al quale ruota questo progetto è il lavoro. Che non è « fine a sé, né mero strumento di guadagno, ma mezzo necessario per l'affermazione della persona, per l'adempimento dei suoi fini spirituali » (73). I principii affermati nei primi due articoli della carta (il lavoro come fondamento della Repubblica e la centralità della persona cui la Repubblica riconosce e garantisce diritti inviolabili, ma non senza pretendere di converso l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà) trovano così una loro coniugazione ideale. Se la persona è certamente la nuova protagonista dell'ordinamento costituzionale, non è men dubbio che il criterio generale che condiziona e informa quest'ultimo sia rappresentato dal lavoro. Ed è così che va quindi interpretato per Mortati l'art. 1, come norma cioè 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, il suo valore più comprensivo e significativo, perché nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare, nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costruttiva della collettività in cui vive » (74).

La sensazione che si ha, leggendo questi passi, è quella di un cerchio che si chiude. La teoria della costituzione novecentesca sembra rivelarsi in tutta la sua completezza, svelando anche il suo lato meno noto che guarda alla dimensione sociale: in queste pagine si tocca con mano l'ampiezza e la sfaccettata complessità della frattura culturale introdotta dalla Costituzione repubblicana. Essa rivoluzionò certo la gerarchia delle fonti del diritto, riorganizzò in maniera nuova l'ordinamento dei poteri dello Stato; ma queste trasformazioni, pur profondissime, non esaurivano la rivoluzione.

(72) *Ibidem.*

(73) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione* (1954), ora in Id., *Raccolta di scritti*, III, cit. p. 233.

(74) Ivi, p. 222.

L'altra faccia della teoria novecentesca della costituzione era rappresentata dall'ambizione ad estendere il raggio d'azione del principio democratico per portarlo all'interno della dinamica sociale. Del resto, questa era l'ovvia conseguenza dell'essere la stessa costituzione un prodotto diretto dell'interazione dialettica tra le forze sociali. Ed è probabilmente in questo senso che va interpretata la polemica di Mortati ⁽⁷⁵⁾ contro le tesi — peraltro anche autorevolissimamente sostenute ⁽⁷⁶⁾ — sulla natura sostanzialmente compromissoria della carta. Perché ridurre il confronto politico svoltosi in Assemblea costituente ad una mercatura di principii significava disconoscere il più intimo tratto fondamentale della costituzione: il suo essere cioè una sintesi avanzata delle profonde correnti culturali e degli indirizzi politici che percorrevano la società italiana. E poco importa se di tale sintesi non tutti i protagonisti, nell'atto di porla in essere, fossero perfettamente consapevoli. Le grandi correnti di pensiero, i diversi patrimoni culturali operavano su orizzonti più larghi e tracciavano quindi percorsi più ampi di quelli che orientavano le pur rilevanti strategie degli attori politici che se ne facevano interpreti. I primi non erano riducibili alle seconde. Possiamo anzi dire che il testo costituzionale era scaturito proprio dalla combinazione di principii e valori da un lato e strategie politiche dall'altro. Ma l'opera di interpretazione che adesso la Costituzione imponeva al giurista doveva essere condotta guardando ai primi e non certo alle seconde. Emerge quindi una sorta di matrice savignyana ⁽⁷⁷⁾ in

⁽⁷⁵⁾ Si confronti ad esempio C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali* (1969), ora in ID., *Raccolta di scritti*, IV, cit., in particolare p. 174 e ss. E, in letteratura, in senso analogo anche S. GAMBINO, *Stato sociale e Stato socialista in Costantino Mortati*, Cosenza, Marco Editore, 2002.

⁽⁷⁶⁾ Ad esempio, si può richiamare la celeberrima tesi di Piero Calamandrei sulla rivoluzione mancata e la rivoluzione promessa, espressa peraltro proprio a proposito del contenuto sociale della carta. Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, in *Dieci anni dopo 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955, p. 225. Ma una visione non dissimile, pur se calata in un'ottica affatto diversa, sembra offrire anche C. LAVAGNA, *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo* (1977), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 147 e ss.

⁽⁷⁷⁾ Del resto già Maurizio Fioravanti ha messo in evidenza come proprio in certe pagine di Savigny si ritrovi « la radice prima delle dottrine della costituzione in senso materiale ». Cfr. M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in « *Historia Constitucional* », 2011, 12, p. 24.

questo richiamo ad accettare senza remore la sfida interpretativa che la costituzione poneva all'interprete, sia sotto il profilo della ricostruzione delle correnti profonde di pensiero che l'avevano prodotta, sia sotto il profilo del fondamentale ruolo creativo che l'interprete era chiamato a svolgere. Su queste basi, occorre dunque prendere la costituzione sul serio, interpretarla sistematicamente e a tutto tondo, senza pretendere di restringere la visuale a questo o a quell'aspetto, né di piegarla a schemi preconcepi. Si trattava insomma di mollare gli ormeggi e navigare in mare aperto. E se ciò comportava la necessità di ribadire — contro le interpretazioni perseveranti della dottrina più tradizionalmente *rechtsstaatlich* — la validità del principio della sovranità popolare, o il ruolo costituzionale dei partiti politici, o ancora la centralità della Corte costituzionale nel nuovo ordinamento, nondimeno imponeva di prendere sul serio anche le norme della carta volte a promuovere un'ampia democrazia sociale. Queste non andavano pertanto considerate dei vuoti ed estemporanei programmi ideologici, ma riconosciute come parte integrante del complessivo impianto costituzionale che, nella « sinapsi tra fondamento della Repubblica, sovranità popolare, doveri della solidarietà, eguaglianza, si conclude in sistema » (78).

È chiaro che non si trattava di un compito agevole. Il terreno sul quale la dottrina era chiamata a misurarsi appariva estremamente scivoloso, soprattutto perché chiamava in causa il rapporto col patrimonio dogmatico elaborato (per buona parte) nel secolo precedente. Un ancoraggio troppo stretto a tale patrimonio avrebbe impedito di scrollarsi di dosso le rigidità giuspositivistiche e di cogliere appieno il portato di novità che la Costituzione aveva introdotto; un approccio al contrario troppo disinvolto avrebbe irrimediabilmente compromesso la validità scientifica delle interpretazioni. Furono dubbi che affiorarono anche nel dibattito dottrinale. Sono note, ad esempio, le perplessità e financo l'insofferenza mostrata in Assemblea costituente da Piero Calamandrei sul tema dei diritti sociali (79), la mancata azionabilità dei quali li avrebbe —

(78) G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed europea*, in « Costituzionalismo.it », 2005, 3, p. 3.

(79) Sul punto si cfr. P. BARILE, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della costituente e cultura giuridica*, vol. II, a cura di U. De Siervo,

secondo il grande Maestro fiorentino — sottratti ad una precisa configurazione giuridica e ridotti piuttosto a promesse che, in quanto tali, avrebbero forse trovato una migliore collocazione costituzionale in un Preambolo. Nel complesso, ci pare però che la generazione di giuristi cresciuta negli anni Trenta accettò la sfida che la Costituzione poneva. Certo, lo fecero da punti di vista che a volte apparivano molto distanti e forse inconciliabili. Ma c'è un filo che lega, ad esempio, il saggio col quale Carlo Lavagna tentò di dimostrare la compatibilità della carta costituzionale con un futuro ipotetico regime socialista⁽⁸⁰⁾ e alcuni saggi di Esposito sull'art. 3 (che secondo il giurista napoletano imponeva non già « un'assoluta eguaglianza di fatto dei cittadini, ma solo un minimo di giustizia sociale »⁽⁸¹⁾) e sull'art. 44 (che egli legge come articolo posto a tutela della piccola e media proprietà terriera in quanto limitante possibili future nazionalizzazioni solo alla « grande proprietà terriera »)⁽⁸²⁾. E questo filo è rappresentato dal fatto che queste analisi si dipanavano all'interno del sistema costituzionale, esplorandone le estreme potenzialità ma rimanendo sempre entro i suoi confini. Di quel sistema i nostri giuristi cercarono di estrapolare i principii fondamentali, lessero alla luce di essi le varie norme, posero queste ultime in relazione l'una con le altre e giunsero così ad espandere, grazie a questa operazione di coordinamento, il significato delle singole disposizioni.

Certo, non è possibile affermare — tornando al nostro tema — che gli sforzi interpretativi di questa generazione di giuristi permisero di giungere a una ricostruzione condivisa e pacifica circa l'effettivo contenuto del principio della democrazia sociale. Ma con ogni probabilità essi delimitarono uno spazio entro cui ogni possibile futura opzione legislativa avrebbe potuto svilupparsi, sufficiente

Bologna, il Mulino, 1980 p. 15 e ss., ma anche P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali. « Arbeitender Staat » e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie europee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, in particolare pp. 336-340.

⁽⁸⁰⁾ LAVAGNA, *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo*, cit.

⁽⁸¹⁾ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 66.

⁽⁸²⁾ C. ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, ora in ID., *La Costituzione italiana*, cit., p. 181 e ss.

a individuare limiti costituzionali invalicabili. E così, per tornare a un esempio già fatto, dal confronto tra l'utopica proiezione socialista di Lavagna e la ricostruzione minimale di Esposito emergeva un comune denominatore: ossia l'obbligo per il legislatore di assicurare un certo livello di giustizia sociale che poteva quindi essere discutibile nel *quantum*, ma non certo nell'*an*. Rispetto alle interpretazioni più tradizionalmente *rechtsstaatlich*, che pretendevano di derubricare i principi costituzionali in materia sociale alla stregua di vaghi programmi ideologici, la cesura è pertanto evidente: si era ormai entrati in un territorio completamente diverso, ma non per questo meno giuridico.

6. *Una statualità di tipo nuovo.*

Proviamo infine a tirare qualche conclusione dal ragionamento svolto. Il percorso che si è tracciato sembrerebbe in un certo senso riportarci al punto di partenza, a quella nettissima affermazione di inutilità della locuzione Stato sociale formulata da M.S. Giannini. Nella riflessione giuspubblicistica del secondo dopoguerra, chi si è più attentamente interrogato sulla capacità tipizzante della locuzione l'ha fatto perlopiù per sottolinearne l'insufficienza o per ribadire, al contrario, la perdurante attualità della più risalente e robusta categoria dello Stato di diritto. Del resto, rimanendo all'interno delle teorie dello Stato, questa pareva l'unica soluzione possibile. Per registrare un sensibile cambio di rotta, occorreva mutare radicalmente la prospettiva. È solo mettendosi nell'ottica — nuovissima — di una teoria della costituzione che diventava possibile fondare quella socialità di scopo indispensabile a legittimare lo Stato sociale. Ma in quest'ottica completamente nuova — in cui l'indirizzo politico può orientare le attività dei poteri pubblici e far emergere un contenuto sociale così marcato da far ritenere la democrazia sociale come il naturale contraltare della democrazia politica — il rischio era di perdere completamente di vista lo Stato. Con la conseguenza di considerare l'espressione Stato sociale inutile non tanto perché si ritenga l'aggettivo inadeguato a categorizzare una determinata forma politica, ma perché si rileva la perdita di centralità del sostantivo, sostituito, in questo ruolo, dal concetto di costituzione. Non ci sembra tuttavia una conclusione soddisfacente. Perché Stato e co-

stituzione sono grandezze disomogenee e non è quindi peregrino chiudere queste pagine interrogandoci sulle sorti dello Stato all'interno delle dottrine della costituzione.

Al proposito risultano ancora una volta particolarmente utili le riflessioni di Mortati, perché è possibile rinvenire nel suo percorso teorico una coerenza di fondo imperniata su una precisa interpretazione della successione storica delle forme di Stato. Mortati sviluppa cioè, a partire dagli anni Trenta, con assoluta costanza e linearità, un ragionamento sull'evoluzione dello « Stato moderno », all'interno della quale egli non esita a considerare anche lo Stato fascista — in quanto superamento del tipo liberale precedente — come una possibile declinazione di una statualità di tipo nuovo ⁽⁸³⁾. A caratterizzare l'analisi mortatiana tuttavia non è semplicemente un approccio di tipo storico alla teoria generale del diritto pubblico. Nel confrontare lo Stato sociale e lo Stato di diritto, anche la *Staatslehre* (tedesca, ma anche italiana) adottò perlopiù un approccio storico, contestualizzando immancabilmente la vicenda in oggetto all'interno della sequenza storica *Justizstaat*, *Polizeistaat*, *Rechtsstaat*. Ma quest'ultimo era un utilizzo della storia che guardava solo indietro, perché serviva a collocare il *Rechtsstaat* al termine di un determinato percorso evolutivo, che non mirava solo a spiegarne gli assetti, ma piuttosto a valorizzarne le conquiste, per consegnare quindi l'ultima tappa di quel percorso all'empireo dei concetti acquisiti e indisponibili. Mortati, invece, fa della storia un uso diverso. Egli guarda alla vicenda dello Stato moderno come a un punto collocato sopra una linea evolutiva. E non può quindi accon-

⁽⁸³⁾ Molto acutamente Fioravanti (M. FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato « di tipo nuovo »*, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 3/2013, reperibile anche online all'indirizzo <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2014/04/M.-Fioravanti-Uno-Stato-di-tipo-nuovo.pdf>) sottolinea che questa consapevolezza storica è già chiara in Mortati sin dagli anni Trenta, citando al proposito un saggio poco noto del 1936 (C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), ora in Id., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 997 e ss. e in particolare la nota 5, pp. 1002-1003). Ai fini del nostro ragionamento, e ad ulteriore conferma della lineare coerenza del pensiero di Mortati, vale la pena sottolineare che già in questo scritto egli utilizza come misura dell'ampiezza del potere discrezionale (e quindi, va da sé, anche come suo limite) il fatto che la costituzione determini « i fini e gli interessi fondamentali di un dato ordinamento » (ivi, p. 1001).

tentarsi di fissare punti di arrivo, ma è invece naturalmente proiettato verso l'immaginare future traiettorie. È in questo senso che va pertanto interpretato il suo richiamo alla necessità di un nuovo tipo di Stato ⁽⁸⁴⁾, che certo non poteva più essere l'unico indiscusso protagonista della scena pubblicistica, ma che rimaneva in ogni caso il principale attore e il primo responsabile dell'attuazione del programma costituzionale. Ed è proprio sul piano della capacità dello Stato di riflettere le correnti di pensiero che attraversavano la società e di aiutare quest'ultima a comporre la propria naturale e ineluttabile conflittualità che andava misurata la possibilità di immaginare una statualità di nuova generazione.

In questo senso, quindi, è certamente possibile affermare che la locuzione Stato sociale, nella misura in cui richiamava la necessità di una maggiore perequazione sociale e intendeva fornire servizi essenziali ai cittadini, anticipava il bisogno di uno Stato di tipo nuovo. Ma, al tempo stesso, è altrettanto necessario riconoscere che questo nuovo tipo di Stato, o almeno il nuovo tipo di Stato di cui parlava Mortati, non si esauriva affatto nello Stato sociale. Perché lo Stato nuovo non poteva « non avere quel determinato tipo di costituzione, che vuole essere necessariamente anche indirizzo fondamentale per la democrazia che sta nascendo » ⁽⁸⁵⁾. E l'entrata in scena della costituzione democratica introduceva, sul piano della teoria generale, una mole di nuove questioni problematiche tanto vasta da non poter essere in alcun modo contenuta dalla locuzione Stato sociale. Sono questioni notissime, che conviene richiamare a grandi linee, a mero scopo esemplificativo: la questione della normatività della costituzione (introdotta nel nostro ordinamento dalla diatriba — alimentata dalla celeberrima sentenza delle SS.UU. penali della Corte di Cassazione del febbraio 1948 — sulla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche e particolarmente rilevante nell'interpretazione dei cosiddetti diritti sociali); la sovranità popolare e il rapporto tra potere costituente e poteri costituiti; la portata del principio democratico; il mutato campo di applica-

⁽⁸⁴⁾ Cfr. ad esempio C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie* (1959), Torino, ERI, 1971.

⁽⁸⁵⁾ FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato « di tipo nuovo »*, cit., p. 6.

zione del principio di legalità ⁽⁸⁶⁾; una diversa fondazione — e quindi una diversa tutela — dei diritti individuali; il cambiamento radicale nella gerarchia delle fonti del diritto e l'introduzione della giurisprudenza costituzionale, con la conseguente questione — assai dibattuta negli ultimi anni — della necessità di ridefinire il rapporto tra legislatore e giudice ⁽⁸⁷⁾.

Lo Stato di tipo nuovo, nato dalle costituzioni democratiche del secondo Novecento, era dunque chiamato a confrontarsi con tutte queste problematiche e, sulla base di tale confronto, a ridefinire i confini della propria identità. Come è evidente, però, percorrendo questa strada, ci si avventura inevitabilmente in uno spazio che oltrepassa i confini di questo saggio. È lo spazio occupato da quella riflessione, particolarmente frequentata dalla dottrina europea da un decennio a questa parte, che indaga il concetto di *Stato costituzionale* ⁽⁸⁸⁾. Naturalmente, non è questa la sede per interrogarsi sull'idoneità dello Stato costituzionale a proporsi come valida categorizzazione della forma politica contemporanea, in grado di soppiantare il vecchio concetto di Stato di diritto. Molte questioni sollevate dalla locuzione Stato sociale rappresentano oggi snodi sui quali si misura la solidità del concetto di Stato costituzionale. L'esempio più significativo è rappresentato dal rapporto tra legislatore e giudice. Già Forsthoff aveva rilevato che, se lo Stato sociale avesse prevalso su quello di diritto, si sarebbe inevitabilmente andati incontro a un'interpretazione giurisdizionale della costituzione per principii, e ciò avrebbe compromesso il principio di legalità e comportato

⁽⁸⁶⁾ Di un doppio principio di legalità parla ad esempio E. CHELI, *I fondamenti dello Stato costituzionale*, in *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2006, p. 43.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze, Passigli, 2016, p. 55 e ss.

⁽⁸⁸⁾ Almeno a partire dalle ormai celebri riflessioni di Häberle, a proposito delle quali, si veda: P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2005. Sul tema si vedano anche M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 3 e ss. e E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 49 e ss.

paradossalmente una perdita di capacità normativa e prescrittiva della costituzione stessa ⁽⁸⁹⁾. È del tutto evidente però che proprio il tema dell'interpretazione costituzionale per principi è alla base dell'idea, formulata da Häberle, della costituzione come fatto culturale ⁽⁹⁰⁾, capace pertanto — come afferma Dogliani — di « trascendere il testo scritto » ⁽⁹¹⁾. Esiste dunque un collegamento tra le riflessioni sullo Stato sociale e quelle sullo Stato costituzionale, un collegamento che lo stesso Häberle declina in termini di incorporazione del primo nel secondo ⁽⁹²⁾. Evidenti ragioni di spazio ci impediscono di indagare oltre; e forse, ai fini del nostro ragionamento, indagare oltre non serve. Che il percorso di ricerca votato a elaborare una nuova e più adeguata forma di statualità abbia trovato o meno un punto di arrivo, infatti, nulla toglie e nulla aggiunge alla necessità di riconoscere che, di tale percorso, la riflessione dottrinale sul concetto di Stato sociale ha comunque rappresentato una tappa significativa.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. MANGIA, *Valori e interpretazione in Ernst Forstboff*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998.

⁽⁹¹⁾ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione*, cit., p. 53. Sui rischi che uno sviluppo costituzionale troppo decisamente svincolato dall'elemento politico rappresentativo comporta soprattutto sotto il profilo della impossibilità di formulare un'imputazione di responsabilità, si veda il celebre saggio di Massimo Luciani: M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in « Giurisprudenza costituzionale », marzo-aprile 2016, p. 1644 e ss.

⁽⁹²⁾ Afferma infatti il giurista tedesco: « lo Stato sociale di diritto è oggi un elemento essenziale dello Stato costituzionale nel suo insieme » (HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 214).

STEFANO GIUBBONI

STATO SOCIALE E INTEGRAZIONE EUROPEA: UNA RIVISITAZIONE TEORICA

1. Stato sociale e integrazione europea: dalla complementarità alla collisione. — 2. La doppia crisi del paradigma del carattere « duale » del processo comunitario e della Comunità come « Stato regolatore ». — 3. Stato del « consolidamento fiscale » e processi di de-politicizzazione. — 4. De-legalizzazione (e delegittimazione) della *governance* economico-monetaria dell'Unione. — 5. Unione sociale e *unitas in pluralitate*: qualche spunto conclusivo.

1. *Stato sociale e integrazione europea: dalla complementarità alla collisione.*

« Ma dove è il pericolo, cresce anche ciò che dà salvezza » ⁽¹⁾. Il verso di Hölderlin, che Heidegger mise al centro della sua celebre discussione della questione della tecnica ⁽²⁾, è stato di recente significativamente rievocato in una delle più lucide analisi della crisi costituzionale europea ⁽³⁾. Ciò che può dare salvezza — per « affermare all'ultimo momento ciò che è minacciato dalla rovina » ⁽⁴⁾, impedendo che la « crisi esistenziale » ⁽⁵⁾ dell'Unione porti alla sua dissoluzione, e più ancora per rilanciare il processo integrativo

⁽¹⁾ « Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch », nell'originale che si cita nel testo tradotto in italiano da L. Reitani in F. HÖLDERLIN, *Patmos*, in *Tutte le liriche*, Milano, Mondadori, 2015 (con uno scritto di A. Zanzotto), pp. 1194-1195.

⁽²⁾ M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, a cura di G. Vattimo, Milano, Mursia, 2014, p. 5 e ss., spec. p. 22.

⁽³⁾ M. EVERSON, C. JOERGES, *Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*, in « *European Law Journal* », 2012, p. 644 e ss., spec. p. 664.

⁽⁴⁾ HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, cit., p. 22.

⁽⁵⁾ J.A. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in « *German Law Journal* », 2013, p. 453.

attorno a una *finalité* che sappia nuovamente unire i popoli europei, rispettandone la diversità ⁽⁶⁾ — non appare, tuttavia, ancora all'orizzonte. La fuoriuscita del Regno Unito, in un contesto geopolitico in inquieta e impetuosa transizione ⁽⁷⁾, rafforza, anzi, oggettivamente, la plausibilità — fino a qualche tempo fa esclusa persino dagli osservatori più disincantati e più critici della deriva europea — d'un esito disgregativo dell'Unione ⁽⁸⁾.

Questa sfiducia su uno sbocco favorevole della crisi è alimentata dalla contraddizione di fondo che essa stessa genera: come ha incisivamente osservato Claus Offe, « ciò che è assolutamente necessario fare è, infatti, anche estremamente impopolare e quindi virtualmente impossibile da perseguire sul piano democratico » ⁽⁹⁾. E la questione del rapporto tra Stato sociale e integrazione europea — o ancor meglio la nuova « questione sociale europea » ⁽¹⁰⁾, prodotta dalla crisi di questo rapporto — si trova al centro di tale contraddizione. Ciò che infatti sarebbe necessario in linea di principio per riabilitare tale rapporto — ovvero, per Offe, « una mutualizzazione a lungo termine e

⁽⁶⁾ Perché, come prosegue Heidegger, « 'salvare' dice di più. 'Salvare' significa: prendere e condurre nell'essenza, in modo da portare così finalmente l'essenza alla sua manifestazione [...] autentica » (*ibidem*).

⁽⁷⁾ Il tratto più evidente di tale nuova fase — caratterizzata da un'esplicita messa in discussione (in specie da parte della nuova amministrazione americana guidata da Donald Trump) dei modi in cui è stata costruita la globalizzazione economico-finanziaria a partire dagli anni Novanta del Novecento — è certamente il prepotente ritorno sulla scena degli Stati nazionali, con posture neo-sovraniste in taluni casi sostenute da atteggiamenti apertamente nazionalistici. È assai significativa l'analisi proposta in tal senso da G. TREMONTI, *Mundus furiosus. Il riscatto degli Stati e la fine della lunga incertezza*, Milano, Mondadori, 2016.

⁽⁸⁾ Cfr. da ultimo, anche per una salutare critica di taluni miti fondativi dell'integrazione europea, J.R. GILLINGHAM, *The EU. An Obituary*, London-New York, Verso, 2016. Naturalmente, al centro delle prognosi infauste su tale deriva c'è la questione della insostenibilità dell'unione monetaria così come è stata congegnata, anche in risposta alla crisi. V. solo, tra i contributi più recenti e autorevoli, J.E. STIGLITZ, *The Euro. How a Common Currency Threatens the Future of Europe*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2016; M.K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2016.

⁽⁹⁾ C. OFFE, *Europe Entrapped. Does the EU Have the Capacity to Overcome its Current Crisis?*, in « European Law Journal », 2013, p. 595.

⁽¹⁰⁾ F. DE WITTE, *EU Law, Politics and the Social Question*, in « German Law Journal », 2013, p. 591 e ss.

su larga scala del debito attraverso massicce misure redistributive sia tra gli Stati membri che tra le classi sociali »⁽¹¹⁾ — è anche virtualmente impossibile sul piano politico, per la inevitabile opposizione dei corpi elettorali dei paesi che dovrebbero farsi carico di tale redistribuzione. Reciprocamente, le devastanti conseguenze economiche e sociali delle politiche di « risanamento » dei conti e delle « riforme strutturali » più o meno indirettamente imposte ai paesi debitori come condizione per l'accesso all'assistenza finanziaria — nelle forme assai diversificate in cui questa è stata realizzata « in emergenza » dentro e fuori l'eurozona — hanno alimentato un sempre più diffuso rigetto delle politiche di austerità dell'Unione, rifiuto che non potendo canalizzarsi nelle tradizionali dinamiche di opposizione politico-democratica, disponibili solo a livello nazionale⁽¹²⁾, si traduce, presoché inevitabilmente, in una radicale contestazione dello stesso progetto dell'integrazione europea.

L'esigenza di ristabilire formule di riconciliazione tra integrazione economica e modelli sociali nazionali è così frustrata da questa incongruenza di fondo tra quanto sarebbe in astratto necessario per superare la crisi, e riannodare il progetto integrativo all'ideale normativo di un'unione sempre più stretta (e prospera) tra i popoli europei, e quanto è politicamente realizzabile alla luce dei molteplici conflitti diagonali che paralizzano la decisione intergovernativa a livello sovranazionale. Questa incongruenza può essere forse ancor meglio messa a fuoco adattando al rapporto tra Stato sociale e integrazione economico-monetaria europea quello che Dani Rodrik ha definito il paradosso, o il trilemma, della globalizzazione⁽¹³⁾. Allo stesso modo in cui non possono coesistere mercati globali perfettamente liberi, Stati nazionali pienamente sovrani dentro i propri confini e democrazia, così non potrebbero darsi, allo stesso tempo, « a well-functioning EMU, mass politics and nation states »⁽¹⁴⁾. Il

(11) OFFE, *Europe Entrapped*, cit., p. 595.

(12) Cfr. soprattutto M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, CEDAM, 2013, p. 90 e ss.

(13) D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 184 e ss.

(14) J. SNELL, *The Trilemma of Economic and Monetary Integration, and Its Consequences*, in « *European Law Journal* », 2016, p. 157 e ss., qui p. 158.

terzetto è inconciliabile e uno dei tre termini risulta necessariamente recessivo all'affermarsi degli altri due.

Riformulando i termini del trilemma, potremmo ugualmente dire che non si possono contemporaneamente dare piena integrazione economico-monetaria, sovranità sociale nazionale e democrazia. L'unione economico-monetaria — certamente per come è stata progettata dal Trattato di Maastricht e ancor più per come è stata riformata per rispondere alla crisi dell'eurozona — entra, in questa incongrua costellazione, in inevitabile « rotta di collisione » con lo Stato sociale nazionale ⁽¹⁵⁾, mettendone a rischio lo stesso fondamento, e quindi la tenuta, almeno nel lungo periodo ⁽¹⁶⁾.

« L'Europa — è stato osservato —, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni 'interne' fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agiscono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente riannodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del mercato » ⁽¹⁷⁾. Lo spazio per coltivare la legittima diversità delle forme di capitalismo democratico e dei modelli sociali nazionali — assicurato alle origini del processo integrativo e, sia pure con vincoli crescenti, ancora astrattamente preservato dal Trattato di Lisbona — è stato drammaticamente ristretto dal nuovo diritto europeo della crisi, soprattutto a scapito dei paesi debitori della periferia dell'eurozona.

⁽¹⁵⁾ M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Roma e Bari, Laterza, 2016.

⁽¹⁶⁾ C. JOERGES, *Will the Welfare State Survive European Integration? On the Exhaustion of the Legal Conceptualisations of the Integration Project from the Foundational Period and the Search for a New Paradigm*, in « European Journal of Social Law », 2011, p. 4 e ss.

⁽¹⁷⁾ B. CARUSO, G. FONTANA, *Introduzione a Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, a cura di Idd., Bologna, il Mulino, 2015, p. 7 e ss., qui p. 8.

Le istituzioni del *welfare* democratico nazionale — nella complessa ramificazione delle diverse tradizioni sociali, politiche e sindacali europee, essa stessa straordinariamente accresciuta dal grande allargamento ad est dell'Unione — si trovano perciò al centro della crisi europea. Il diritto europeo della crisi — come viene ormai individuato con formula sintetica quell'insieme assai eterogeneo di misure stratificatesi a partire dal 2010 per gestire in particolare la crisi dei debiti sovrani ⁽¹⁸⁾ — ha determinato un profondo mutamento costituzionale ⁽¹⁹⁾, che ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo, incidendo in modo decisivo sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale.

La riconfigurazione del rapporto tra Stato sociale e integrazione economico-monetaria si è peraltro realizzata in modo fortemente asimmetrico e per questo ha innescato potenti tendenze disgregative, scavando solchi profondi tra gli Stati membri all'interno della stessa eurozona ⁽²⁰⁾. Se Germania e Grecia rappresentano immediatamente nell'immaginario esperienziale collettivo della crisi i poli opposti di questa squilibrata costellazione ⁽²¹⁾, gli effetti redistributivi della nuova *governance* economico-monetaria dell'Unione non sono a ben vedere meno asimmetrici quando si va a misurare l'impatto delle politiche di austerità sui diversi sistemi di *welfare* degli Stati membri ⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. fra gli altri C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto, politica ed economia nella crisi europea*, in *Il tempo delle costituzioni*, a cura di G. Allegri, G. Bronzini, Roma, Manifestolibri, 2014, p. 107 e ss.

⁽¹⁹⁾ V. da ultimo, *ex multis*, M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformation: How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis*, in « Common Market Law Review », 2016, p. 1282 e ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, FrancoAngeli, 2016, p. 16, che denuncia « l'ingiustizia radicale del progetto di unione economico-monetaria », stigmatizzando soprattutto « l'ingiustizia dei rapporti tra nazioni ».

⁽²¹⁾ V. ora la testimonianza 'pubblica' di Y. VAROUFAKIS, *And the Weak Suffer what They Must? Europe, Austerity and the Threat to global Stability*, London, Penguin Random House, 2016.

⁽²²⁾ Esistono ormai numerose indagini comparate sugli effetti della crisi sui sistemi nazionali di diritto del lavoro e di protezione sociale. Tra i contributi più significativi v. quelli raccolti da K. KILPATRICK e B. DE WITTE in « European Journal of

In questo contributo non ci addentreremo tuttavia in un esercizio di analisi comparata delle riforme realizzate dagli Stati membri dell'Unione, e della eurozona in particolare, per riallineare i rispettivi sistemi di *welfare* ai parametri di virtù finanziaria costituzionalizzati dal *Fiscal Compact*. I diversi sistemi di *welfare* sono stati incisi in effetti in modo molto diverso, e se è corretta l'osservazione appena fatta sulla forte asimmetria dei processi distributivi indotti dalla nuova *governance* economico-finanziaria dell'Unione, sembra più convincente la tesi secondo cui, più che ad una comune deriva di de-regolazione neoliberista e di smantellamento generalizzato dello Stato sociale⁽²³⁾, certamente osservabile nel caso-limite della Grecia (o di qualche altro paese debitore dell'estrema periferia europea)⁽²⁴⁾, assistiamo a traiettorie di ristrutturazione o di ricalibratura molto differenziate, in cui i paesi fiscalmente « virtuosi », grazie ai favorevoli rapporti di forza, hanno in realtà potuto largamente preservare, pur adattandoli al mutato contesto, i propri modelli di capitalismo welfarista⁽²⁵⁾, accrescendo il proprio vantaggio competitivo a scapito dei *partners* più deboli⁽²⁶⁾.

Il nostro intento è diverso, ed è più teorico che analitico:

Social Law », 2014, 1 (e in particolare l'introduzione dei due curatori del fascicolo monografico: *A Comparative Framing of Fundamental Rights Challenges to Social Crisis Measures in the Eurozone*, ivi, p. 3 e ss.).

(23) È la nota tesi di W. STRECK, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin, Suhrkamp, 2013, ripresa e aggiornata più di recente in Id., *How Will Capitalism End? Essays on a Failing System*, London-New York, Verso, 2016. V. anche L. BACCARO, C. HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberista*, in *Verso nuove relazioni industriali*, a cura di M. Carrieri, T. Treu, Bologna, il Mulino, 2013, p. 189 e ss.

(24) Cfr. P. THER, *Europe since 1989. A History*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2016, p. 209 e ss.

(25) Cfr. K. THELEN, *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; P.A. HALL, *Varieties of Capitalism in the Euro Crisis*, in « West European Politics », 2014, p. 1223 e ss.; C. SARACENO, *Social policy Paradigms, Welfare State Reforms and the Crisis*, in « Stato e Mercato », 2013, p. 37 e ss.

(26) Peraltro con politiche molto aggressive di *beggar-thy-neighbour*. Il caso di quella che THER, *Europe since 1989*, cit., p. 259, definisce la « cotransformation » tedesca è emblematico: « This constellation has helped Germany to acquire a perhaps overwhelming level of economic power in Europe » (p. 243). V. anche U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, trad. it., Roma e Bari, Laterza, 2013; M. D'ANGELILLO, *La*

l'obiettivo che ci proponiamo è infatti quello di mettere a fuoco il mutamento dei paradigmi costituzionali del rapporto tra Stato sociale e integrazione (economica) europea, individuando i passaggi essenziali che hanno riconfigurato questo rapporto, facendolo slittare da una dinamica di originaria complementarità funzionale ad una pericolosa « rotta di collisione » (per ritornare alla evocativa metafora di Maurizio Ferrera) ⁽²⁷⁾.

2. *La doppia crisi del paradigma del carattere « duale » del processo comunitario e della Comunità come « Stato regolatore ».*

La crisi dell'Unione ha una dimensione costituzionale che ha radicalmente riconfigurato il rapporto tra Stato sociale e integrazione europea esistente alle origini del processo integrativo. Le misure volte a contrastare la crisi dei debiti sovrani, poste in essere in questi anni dalle istituzioni sovranazionali all'esterno non meno che all'interno dei tradizionali canali di azione del diritto dell'Unione, oltre che modificare in profondità l'assetto della *governance* economica europea, hanno infatti messo in discussione taluni tra i più consolidati paradigmi con i quali è stato storicamente ricostruito — e costituzionalmente legittimato — il processo di integrazione « attraverso il diritto ».

L'espressione « comunità di diritto », da molto tempo consacrata nella giurisprudenza della Corte di giustizia, deve a ben vedere la sua fortuna già al primo presidente della Commissione europea ⁽²⁸⁾. In una comunità fondata sul diritto, questo è ad un tempo « l'oggetto e il vettore » ⁽²⁹⁾ del processo di integrazione. Sin dall'esordio del processo integrativo si è indubbiamente fatto affidamento decisivo sul diritto e sulle sue risorse, in particolare per la costruzione del mercato comune: il progetto fondativo dell'intero

Germania e la crisi europea, Verona, Ombre Corte, 2016, spec. p. 185 e ss., nonché FERRERA, *Rotta di collisione*, cit., p. 19 e ss.

⁽²⁷⁾ *Supra*, nota 15.

⁽²⁸⁾ W. HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf-Wien, Econ Verlag, 1969.

⁽²⁹⁾ R. DEHOUSSE, J.H.H. WEILER, *The Legal Dimension*, in *The Dynamics of European Integration*, W. Wallace (ed.), London, Pinter, 1990, p. 243.

ordine comunitario. L'espressione « integrazione attraverso il diritto », affermata definitivamente negli anni Ottanta come motto di successo grazie all'opera seminale di giuristi tra i più influenti nella scena europea, ha racchiuso un vero e proprio paradigma teorico-interpretativo, dominante negli studi comunitari ⁽³⁰⁾, proprio nella misura in cui ha saputo rappresentare lo sforzo di razionalizzazione più compiuto e raffinato nella concettualizzazione dello specifico equilibrio tra diritto, politica ed economia, sul quale si è costruito il processo di integrazione a partire dai primi anni Sessanta del Novecento.

Nella ricostruzione di Weiler ⁽³¹⁾, il « carattere duale » del sistema comunitario implica un necessario ancorché mutevole equilibrio tra diritto e politica nella costruzione europea. In quel modello il diritto sovranazionale non avrebbe infatti dovuto, né potuto, invadere la sfera riservata al processo politico (intergovernativo), la sede deputata a garantire (negozialmente) il compromesso tra le diverse costellazioni nazionali di capitalismo democratico, in un rapporto eminentemente paritario tra gli Stati membri. Ed è proprio l'equilibrio tra struttura giuridica e processo politico del sistema comunitario a scongiurare — almeno sino alla metà degli anni Ottanta — sia un « deficit democratico », che un « deficit sociale » delle Comunità europee ⁽³²⁾.

Questa ricostruzione ha — tra gli altri — il pregio di spiegare un aspetto fondamentale del processo comunitario delle origini, relativo alla configurazione del rapporto tra Stato sociale e costruzione del mercato comune. Come è ben noto, l'attenzione alle istituzioni sociali conformative del mercato — ovvero l'opzione costituzionale fondativa di radicare l'integrazione economica nella salvaguardia di forti sistemi sociali nazionali, protetti dalle dinamiche di (graduale) liberalizzazione transnazionale dei fattori produt-

⁽³⁰⁾ Cfr. G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 85 e ss.

⁽³¹⁾ V. J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, il Mulino, 1985.

⁽³²⁾ V. sempre J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in « Yale Law Journal », 1991, p. 403 e ss. (poi in Id., *The Constitution of Europe. 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 10 e ss.).

tivi — venne declinata, in particolare nel Trattato di Roma, riconoscendo agli Stati membri una piena libertà di azione nella sfera delle politiche sociali e del lavoro e delle politiche di *welfare* più in generale ⁽³³⁾. Ciò che spiega la sostanziale assenza di competenze sociali nel Trattato istitutivo della CEE, sulla scorta delle indicazioni fornite nel rapporto redatto nel 1956 dalla commissione di esperti presieduta da Bertil Ohlin, poi riprese nel rapporto Spaak ⁽³⁴⁾.

La ragione profonda di questa scelta di mantenere una netta separazione funzionale (ciò che Scharpf ha efficacemente chiamato il *de-coupling* ⁽³⁵⁾) tra la costruzione del mercato comune, ambito della costituzione economica comunitaria, e la sfera delle politiche sociali, appannaggio dei processi democratici e di autoregolazione sociale nazionali, risiede evidentemente nel fatto che queste ultime appartengono, e devono continuare a essere riservate, al dominio della politica democratica, secondo traiettorie di inevitabile e salutare differenziazione dei sistemi nazionali di capitalismo del *welfare* ⁽³⁶⁾.

Questo originario assetto di competenze — così finemente restituito dal carattere duale del processo (giuridico e politico) comunitario — non trova a ben vedere una precisa legittimazione teorica soltanto nella seminale ricostruzione weileriana. Esso appare infatti per altro verso intimamente coerente anche con un altro modello teorico, pure connotato da una forte influenza prescrittiva nella costruzione comunitaria a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento. Anche nella prospettiva teorica offerta dagli ordoliberali tedeschi, infatti, come ha osservato Joerges, « la Comunità acquisiva una propria legittimità [...] come ordinamento rivolto

⁽³³⁾ Cfr., tra gli altri, volendo, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 47 e ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. P. DAVIES, *The Emergence of European Labour Law*, in W. McCarthy (ed.), *Legal Intervention in Industrial Relations. Gains and Losses*, Oxford, Blackwell, 1992, p. 313 e ss.; S. DEAKIN, *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy*, in *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 63 e ss.

⁽³⁵⁾ F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in « Journal of Common Market Studies », 2002, p. 645.

⁽³⁶⁾ D'obbligo il rinvio al classico studio di G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sovranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali. Nello stesso tempo, essa imponeva dei limiti alla Comunità: le politiche economiche dovevano infatti ritenersi illegittime » (37).

La costituzione economica europea non avrebbe dunque potuto estendersi a sfere di azione caratterizzate da una elevata salienza di conflitti distributivi tra i diversi interessi collettivi in gioco, di per sé connotate da una densa politicità. Anche alla stregua di tale modello la Comunità europea doveva essere concepita come sistema duale: « La sua costituzione economica era a-politica, nel senso che non era soggetta a interventi di natura politica. E questa era la sua ragion d'essere costituzionale-sovranaazionale. La politica sociale era trattata come un ambito categoricamente separato. Ricadendo per sua natura nel dominio della discrezionalità politica, come tale doveva restare appannaggio dei legislatori nazionali » (38).

Anche la teoria della Comunità come nuovo tipo di « Stato regolatore » — formulata da Giandomenico Majone — contribuisce, infine, a concettualizzare la coerenza complessiva di questo assetto, dando in particolare ragione dell'estensione delle competenze comunitarie avviata dall'Atto unico europeo verso ambiti di regolazione sociale funzionali al rilancio del progetto integrativo verso il traguardo del mercato unico senza frontiere interne (39). Anche in quel modello, infatti, la legittimazione non-maggioritaria di tipo tecnico, che è propria dello Stato regolatore anche nell'esperienza del federalismo nordamericano, delimita gli spazi della regolazione sociale agli ambiti nei quali occorre prevenire o correggere fallimenti del mercato, mentre impedisce di estendere una siffatta competenza funzionale alla sfera della politica sociale, ovvero delle scelte redistributive che si legittimano in base a principi di giustizia

(37) C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in « *European Law Review* », 2005, p. 461 e ss., qui p. 471.

(38) *Ibidem*.

(39) Cfr. G. MAJONE, *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in « *Journal of Common Market Studies* », 1993, p. 153 e ss.

materiale aperti come tali al conflitto e alla negoziazione tra i diversi attori politici e sociali operanti nello spazio pubblico nazionale ⁽⁴⁰⁾.

Appare evidente come il diritto europeo di gestione della crisi non possa essere ricondotto — per aspetti decisivi — a tali modelli normativi. Ma è a ben vedere lo stesso disegno originario dell'unione monetaria, come già concepita dal Trattato di Maastricht, a risultare incompatibile con i postulati fondamentali di quella concettualizzazione del rapporto tra diritto (del mercato) e politica (sociale) nel processo di integrazione europea.

Almeno in astratto si sarebbe potuto sostenere — e fu in effetti sostenuto — che l'Unione economica e monetaria avrebbe dovuto in realtà perfezionare e portare a compimento quello stesso progetto (funzionalista) di rafforzamento della integrazione economica (mediante il diritto) come « dispositivo inducente » ⁽⁴¹⁾ dell'unità politica di tipo federale. È vero che l'unificazione monetaria non costituiva (ancora) un'unione politica, creando una moneta senza Stato per questo vincolata da un rigido sistema di norme sovranazionali preordinate a garantire la convergenza delle unità statuali verso parametri di virtù economico-finanziaria essenzialmente esemplati sul modello tedesco. Il rispetto di quei parametri, assicurato dal Trattato di Maastricht ed ancor più dal Patto di stabilità e crescita del 1997, avrebbe tuttavia portato, in quella prospettiva neofunzionalista, alla creazione di un'area monetaria ottimale per induzione, favorendo — grazie alla convergenza così indotta verso il modello tedesco — la prospettiva della riunificazione politica dell'Europa, necessaria per ancorare definitivamente la Germania riunificata dopo la caduta del Muro di Berlino alla *Ειρήνη* liberaldemocratica europea. La cultura politico-tecnocratica dell'« ottimismo totale », come l'ha chiamata Majone ⁽⁴²⁾, aveva così rilanciato su di

⁽⁴⁰⁾ Per un recente riesame, nell'ambito di una valutazione molto allarmata della progressiva crisi di legittimazione (anche *output-oriented*) dell'Unione, determinata dalla corrosione della congruenza funzionale di tale modello nella nuova *governance* economica europea, v. G. MAJONE, *Europe as the Would-be Power. The EU at Fifty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 128 e ss.; ID., *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has European Integration Gone Too Far?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 149 e ss.

⁽⁴¹⁾ GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro*, cit., p. 7.

⁽⁴²⁾ MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, cit., p. 58.

una scala senza precedenti per ambizione demiurgica la vocazione elitistica e monnettiana dell'integrazione per *fait accompli* ⁽⁴³⁾, rigettando l'ipotesi — subito accreditata dai più autorevoli osservatori d'oltreatlantico ⁽⁴⁴⁾ — che una federazione monetaria senza solidarietà di bilancio, in un'area monetaria subottimale composta da paesi con sistemi economici profondamente diversi e traiettorie storicamente divergenti, sarebbe stata predestinata al fallimento.

Non interessa tuttavia ai nostri fini tornare sulla ragioni di questa *hybris* collettiva e sulle numerose concause che hanno fatto sì che le basi dell'edificio eretto a Maastricht abbiano cominciato a cedere poco dopo la sua costruzione, avverando le previsioni degli osservatori non consentanei alla cultura dell'ottimismo tecnocratico totale. Qui preme piuttosto sottolineare come quella costruzione svelasse sin dall'origine una differenza decisiva rispetto al classico paradigma della integrazione attraverso il diritto. La differenza essenziale rispetto alla funzione assegnata al diritto nel processo integrativo stava precisamente in ciò: che in quella concettualizzazione sopranazionalità normativa e politica intergovernativa avrebbero dovuto mantenersi in un equilibrio che l'unione monetaria concepita a Maastricht era pressoché inevitabilmente destinata a rompere, il compromesso tra una politica monetaria federale affidata a una banca centrale completamente indipendente (nello splendido isolamento prefigurato dal Trattato) e un coordinamento *soft* delle politiche economiche degli Stati membri essendo semplicemente insostenibile ⁽⁴⁵⁾.

Peraltro, anche ammesso che il disegno della federazione monetaria « alla tedesca » fosse in sintonia con l'impostazione ordoliberalesca, la traiettoria costituzionale impressa alla *governance* europea dal diritto della crisi non è neppure compatibile con i classici

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 59. Come ricorda GILLINGHAM, *The EU, An Obituary*, cit., p. 11, « Monnet viewed democratic decision-making as a hindrance to technocratic efficiency ».

⁽⁴⁴⁾ Opportuni riferimenti in STIGLITZ, *The Euro*, cit., p. 10 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. C. JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation* (revised edition September 2013), ZENTRA Working Paper in Transnational Studies, Bremen, 6/2012; Id., *Flaws, Old and New, of Economic Governance in Europe*, in « Cultura giuridica e diritto vivente », (Special Issue) 2015, p. 99 e ss.

dettami dell'ordoliberalismo. Non lo è per la ragione fondamentale che essa estende la sfera della costituzione economica europea esattamente a quelle aree a elevata intensità di discrezionalità politica di per sé irriducibili a fattispecie puntualmente definibili sul piano giuridico e perciò non «vincolabili da regole costituzionali basate come tali su criteri giustiziabili»⁽⁴⁶⁾. Quelle regole — in tale ideale costituzionale — possono (e debbono) infatti limitarsi alla sfera dei presupposti del funzionamento del mercato comune (con la istituzionalizzazione delle libertà economiche fondamentali, della concorrenza non distorta e del principio di stabilità monetaria affidata al governo tecnico di una banca centrale indipendente, isolata da pressioni politiche), ma non possono spingersi sino a toccare la sfera delle politiche macroeconomiche che presuppongono scelte contingenti e discrezionali.

Nulla di tutto ciò è osservabile nella complessa macchina regolativo-governamentale⁽⁴⁷⁾ della nuova *governance* economica europea, che ha la pretesa di intrudersi senza alcun limite apparente nella sfera delle politiche economiche, fiscali e sociali degli Stati membri, all'ombra di concetti che — al di là dello sforzo di introdurre parametri numerici «calcolabili» — sono caratterizzati da una irresistibile ambiguità e da una sostanziale indeterminatezza, affidata alla valutazione discrezionale della Commissione e dei ministri delle finanze dell'eurogruppo (si pensi solo al concetto di «squilibrio macroeconomico non eccessivo»). Le riforme della *governance* economica e monetaria dell'Unione, affannosamente introdotte a partire dal 2010 nel tentativo di arginare gli effetti della crisi finanziaria propagatasi ai debiti sovrani, hanno tuttavia finito per recidere i legami anche con questa tradizione normativa, immettendo l'ordine europeo nei territori ancora non completamente esplorati del «federalismo esecutivo postdemocratico»⁽⁴⁸⁾.

(46) E. MESTMÄCKER, *Macht — Recht — Wirtschaftsverfassung*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht», 1973, p. 97 e ss., qui p. 106.

(47) L'evocazione della preveggenza analisi foucaultiana ci sembra doverosa: v. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 113 e ss.

(48) J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2011.

3. *Stato del « consolidamento fiscale » e processi di de-politicizzazione.*

La risposta data dall'Unione alla crisi dei debiti sovrani ha cercato vanamente di compensare gli originari difetti di costruzione del Trattato di Maastricht attraverso l'introduzione di meccanismi regolativi che, in realtà, hanno aggravato le originarie fallacie costituzionali, finendo per esautorare le istituzioni democratiche nazionali (*in primis* quelle parlamentari, che — nei paesi debitori — vedono svaporare i loro poteri di bilancio) e per svuotare la residua autonomia degli Stati membri dell'eurozona nelle scelte di politica economica, fiscale e — inevitabilmente — sociale. I paesi più deboli ed esposti vengono così sottoposti agli insostenibili vincoli di austerità semi-permanente imposti dal rispetto di obiettivi fissati a livello europeo alla stregua d'una impostazione ideologicamente uniforme, che finisce per amplificare — sino al limite della disgregazione — gli effetti potentemente divisivi della crisi economica.

L'Unione economica e monetaria europea — così come congegnata a Maastricht — non era evidentemente in grado di far fronte agli effetti della crisi. La cultura dell'ottimismo totale l'aveva forgiata su presupposti che non contemplavano una crisi sistemica di tale portata e il Trattato non prevedeva, semplicemente, gli strumenti per gestire una crisi del genere. Per questo dall'inizio del 2010 si è cominciato a reagire alla crisi dei debiti sovrani sotto la spinta dell'emergenza e con modalità non convenzionali che un *connaisseur* di Carl Schmitt come Böckenförde non ha esitato a ricondurre allo « stato d'eccezione »⁽⁴⁹⁾. Per questo il salvataggio dei paesi a rischio di fallimento è avvenuto con tecniche regolative e gestionali del tutto inedite e sempre più spregiudicate, rese via via necessarie e urgenti — o almeno così giustificate — dal rischio concreto d'un imminente avvistamento della crisi e del collasso della eurozona.

Basta una rapida cronistoria degli eventi tra il 2010 e il 2012 a restituirci il ritmo incalzante assunto dalle misure emergenziali adottate dall'Unione: strategia « Europa 2020 » (marzo 2010); se-

⁽⁴⁹⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Kennt die europäische Not kein Gebot? Die Webfehler der EU und die Notwendigkeit einer neuen politischen Entscheidung*, in « Neue Zürcher Zeitung », 21 giugno 2010.

mestre europeo (maggio 2010); accordo quadro per l'istituzione di un fondo europeo di stabilità (giugno 2010); *Euro-Plus Pact* (marzo 2011); *Six Pack* (dicembre 2011); *Two Pack* (proposto nel novembre 2011, ma effettivamente adottato nel 2013); Meccanismo europeo di stabilità (febbraio 2012); Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance*, atto finale del cosiddetto *Fiscal Compact* (marzo 2012); programma OMT (*Outright monetary transactions*) della Banca centrale europea (settembre 2012).

L'architrave di questa complessa tessitura di strumenti emergenziali è costituito dal Trattato sulla stabilità, il quale introduce una draconiana clausola di freno all'indebitamento pubblico sul modello tedesco, demandandone l'osservanza ad una procedura soggetta all'eventuale controllo *extra ordinem* — in quanto tecnicamente congegnato al di fuori della ordinaria giurisdizione di diritto euro-unitario — della Corte di giustizia. L'accesso al sostegno finanziario del Meccanismo europeo di stabilità (MES) è consentito solo agli Stati membri della eurozona firmatari del Trattato, i quali abbiano recepito nel proprio ordinamento interno — preferibilmente a livello di fonti costituzionali (come ha prontamente e disciplinatamente fatto l'Italia con la novellazione dell'art. 81 Cost.) — la regola del tendenziale pareggio di bilancio, e si siano perciò assoggettati agli ulteriori dispositivi tecnici in cui si articola la *Schuldenbremse*, il perno della onnipervasiva condizionalità europea ⁽⁵⁰⁾.

Contestualmente, onde dare una base giuridica meno discutibile di quella delineata dai Trattati istitutivi al momento della negoziazione di tali strumenti, si è provveduto ad attivare la procedura di revisione semplificata prevista dall'art. 48, par. 6, del TUE con l'inserimento di un nuovo par. 3 nel testo dell'art. 136 del TFUE, diretto a consentire — a decorrere dal 2013 — l'istituzione di meccanismi (purché condizionati) di soccorso finanziario del tipo di quelli di fatto già in opera.

Dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico, questi interventi offrono davvero abbondante materia di discussione; e non a caso il dibattito, pur con la ricordata modifica dell'art. 136 del TFUE, rimane a tutt'oggi acceso, nonostante le ormai ripetute (ma

⁽⁵⁰⁾ Cfr. F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 40 e ss.

assai controverse) asseverazioni provenienti dalla stessa Corte giustizia circa la compatibilità di tale assetto con i Trattati ⁽⁵¹⁾. Il vero problema, tuttavia, non sta tanto nel fiorire di interpretazioni più o meno acrobatiche del testo dei Trattati nella giurisprudenza della Corte, il cui esito è esso stesso necessitato dalla emergenza, quanto nel mutamento costituzionale profondo che si viene consumando dietro questi esercizi ⁽⁵²⁾, visto che, in definitiva, ad un agire legalmente determinato e improntato ai canoni della *rule of law* euro-unitaria si sovrappongono ora sempre di più misure discrezionali segnate dalla contingenza e dalla condizionalità, affidate al governo di un'insindacabile sorveglianza multilaterale attivata su impulso della Commissione o senz'altro delegate alla Banca centrale europea.

La protagonista di queste misure è una sorta di amministrazione funzionale sovranazionale di nuovo conio, destinata ad agire in ambiti esulanti dalla sfera delle competenze formali dell'Unione e caratterizzati da una densa discrezionalità politica. La effettiva politicizzazione del ruolo della BCE come prestatore di fatto di ultima istanza — conclamata dal *quantitative easing* — ne costituisce l'epifenomeno più eclatante, ma non esaurisce evidentemente lo spettro delle multiformi manifestazioni del nuovo federalismo tecnocratico-esecutivo postdemocratico, che trova forse nel quadro rigidamente procedimentalizzato del Semestre europeo l'espressione

⁽⁵¹⁾ Si fa riferimento, come ovvio, alle notissime sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-370/12, *Pringle*, sul MES, e C-62/14, *Gauweiler*, sulla legittimità euro-unitaria del programma OMT deciso dalla Banca centrale europea (quest'ultima pronunciata come noto sul primo e assai discusso rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale tedesca). Il dibattito sulle pronunce della Corte di giustizia e del *Bundesverfassungsgericht* è molto vivace e non v'è modo di darne conto ai limitati fini di questo scritto: per una finissima critica qui pienamente condivisa v. ad ogni modo M. EVERSON, *An Exercise in Legal Honesty: Rewriting the Court of Justice and the Bundesverfassungsgericht*, in «European Law Journal», 2015, p. 474 e ss. Per un utile riepilogo del dibattito v. altresì D. ADAMSKI, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling*, in «Common Market Law Review», 2015, p. 1451 e ss.; V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, ivi, 2016, p. 139 e ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, in «European Law Journal», 2014, p. 127 e ss.

più definita di quello che Streeck chiama il nuovo Stato del consolidamento fiscale ⁽⁵³⁾.

Al contempo, specie se riguardate nel loro impressionante insieme, queste misure inondano l'eurozona di dettagliate regole vincolanti dirette a limitare e a condizionare — più o meno rigidamente — la sfera di discrezionalità macroeconomica che residua in capo agli Stati membri. Come è stato efficacemente notato, la ragione per cui l'eurozona « è governata da regole è che pochi dei suoi Stati membri — e meno di tutti i più ricchi — desiderano una vera unione fiscale. In parole povere: le regole (la cosiddetta *governance*) esistono perché non esistono istituzioni comuni, un vero governo. Ma le regole non sono un buon sostituto del governo, e regole più strette non significano una maggiore integrazione fiscale. La caratteristica di fondo di tale integrazione è la mutualizzazione — la messa in comune di risorse di bilancio, l'emissione di debito pubblico comune, un sistema bancario unificato e altre istituzioni e pratiche analoghe. Regole più stringenti non sono una via che conduce alla mutualizzazione. Sono un tentativo per impedire che questa avvenga » ⁽⁵⁴⁾.

Questa massiccia colonizzazione da parte del nuovo diritto europeo della crisi della sfera (peraltro già fortemente compressa) di discrezionalità del governo macroeconomico degli Stati membri dell'eurozona si svolge all'insegna di un tentativo di neutralizzazione tecnica di decisioni politiche involgenti delicatissime questioni redistributive — ora per l'appunto immesse dentro gli arcigni meccanismi della *governance* economica dell'Unione —, il quale è, all'evidenza, tutt'altro che « neutro » nelle sue implicazioni. Tale giuridificazione di aspetti decisivi del governo macroeconomico, con la giustapposizione di regole e di sanzioni alla discrezionalità politica prima (almeno in parte) consentita ai singoli governi e parlamenti nazionali, determina, infatti, una secca perdita di neutralità della

⁽⁵³⁾ STREECK, *Gekaufte Zeit*, cit., p. 141, che appunto parla di « Politik des Konsolidierungsstaates ».

⁽⁵⁴⁾ S. TILFORD, P. WHITE, *Why Stricter Rules Threaten the Eurozone*, Centre for European Reform, 2011, che citiamo nella traduzione di M. Salvati, *Troppe regole, nessun governo. Un ragionamento realistico sul futuro dell'euro e dell'Europa*, in « Il Mulino », 2014, p. 567.

costituzione economica dell'Unione ⁽⁵⁵⁾, che corazza con la forza della *primauté* una precettistica neo-monetarista e neo-liberista che ha ricadute visibilmente asimmetriche sulla sorte dei singoli paesi dell'eurozona. Regole di questo tipo, infatti, non solo allontanano le prospettive di maggiore integrazione fiscale e di mutualizzazione politica variamente (e vanamente) invocate in questi anni da varie parti, ma consacrano un « dispositivo » — per riecheggiare ancora Foucault ⁽⁵⁶⁾ — che avvantaggia sistematicamente i paesi creditori fiscalmente « virtuosi » del Nord, cioè essenzialmente la Germania ⁽⁵⁷⁾, rispetto a quelli del Sud, specie se — come l'Italia — gravati dal fardello storico di un elevato debito pubblico e da risalenti, e mai curate, fragilità strutturali ⁽⁵⁸⁾.

Benché in modo fortemente asimmetrico a seconda dei punti di partenza dei singoli Stati membri della eurozona, la costituzionalizzazione dell'*austerità* derivante dal nuovo diritto europeo della crisi, ed in particolare dal *Fiscal Compact*, ha implicazioni profonde,

⁽⁵⁵⁾ N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND, *Introduction: The Myths and Realities of Social Europe*, in *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Idd. (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 1 e ss., qui p. 6, sottolineano giustamente come « il dogma monetarista della austerità sia stato istituzionalizzato e sancito nel nuovo quadro costituzionale europeo attraverso previsioni come quelle contenute nell'*Euro Plus Pact* e nel Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria ».

⁽⁵⁶⁾ Per una definizione di questo lemma, centrale nella analisi foucaultiana della biopolitica, v. E. CASTRO, *Diccionario Foucault. Temas, conceptos y autores*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 113 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ad es. F. STEINBERG, M. VERMEIREN, *Germany's Institutional Power and the EMU Regime after the Crisis: Towards a Germanized Euro Area?*, in « Journal of Common Market Studies », 2016, p. 388 e ss. Il quadro non è ovviamente modificato dalle concessioni al margine che la Commissione, con il beneplacito (sempre condizionato e revocabile) del governo tedesco, è pronta a riconoscere, più facilmente all'Italia che ad altri Stati membri meno decisivi per la tenuta dell'area euro, nel nome della « flessibilità ». Il caso francese — contrassegnato dal generoso *benign neglect* della Commissione sulla cronica inosservanza dei limiti di *deficit* pubblico — è ancora diverso, ancorché si spieghi in fin dei conti sempre in ragione dei diversi rapporti di forza con l'occhio egemone tedesco (attentissimo a garantirsi intatto l'enorme *surplus* commerciale realizzato nel mercato interno, per quanto strutturalmente insostenibile ed esso stesso a rigore in contrasto con le regole del *Six Pact*).

⁽⁵⁸⁾ Cfr. U. ASCOLI, E. PAVOLINI, *Ombre rosse. Il sistema di welfare italiano dopo venti anni di riforme*, in « Stato e Mercato », 2012, p. 429 e ss.

e tutt'altro che indirette, sui sistemi di *welfare state* nazionali. Essa determina, infatti, una sorta di pressione costituzionale permanente alla flessibilizzazione del mercato del lavoro (tanto sul fronte delle tipologie di impiego *non-standard*, quanto su quello della riduzione delle tutele in caso di licenziamento, specie economico), al decentramento della contrattazione collettiva (specificamente sollecitato dalla patto *Euro Plus*) e, ovviamente, al ridimensionamento del peso complessivo dei sistemi pubblici di sicurezza sociale, in particolare di quelli pensionistici. Un tale radicamento costituzionale delle più tipiche prescrizioni politiche neo-liberiste immette nel sistema europeo la logica della competizione permanente tra i singoli modelli nazionali, in una situazione nella quale gli Stati membri dell'eurozona sono spinti a curare i propri squilibri e a recuperare efficienza e competitività agendo sull'unica leva loro sostanzialmente rimasta della « riforma » o della « ricalibratura » dei propri regimi di *welfare*, latamente intesi ⁽⁵⁹⁾.

Il nuovo diritto europeo della crisi concorre così a generare processi apparentemente contraddittori, che risultano tuttavia accomunati dalla definitiva messa in discussione delle originarie assunzioni costituzionali dell'integrazione europea. Da un lato, si è assistito ad una strisciante de-politicizzazione delle decisioni riguardanti essenziali sfere di politica sociale, che — rimesse originariamente alla piena sovranità dei governi e dei parlamenti nazionali — sono oggi immerse in una fittissima trama di vincoli (procedurali e sostanziali) e di regole « tecniche » la cui applicazione è garantita dalla supremazia del diritto euro-unitario (e non) e da un apparato sovranazionale di supervisione e controllo sanzionatorio significativamente rafforzato nell'ambito del semestre europeo, che colloca al centro della propria trama la *golden rule* del pareggio di bilancio di cui all'art. 3, par. 1, del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla

⁽⁵⁹⁾ Per molti versi l'avveramento degli auspici di Friedrich von Hayek sulle condizioni ottimali di realizzazione del federalismo economico transnazionale: cfr. F.A. HAYEK, *The Economic Conditions of Interstate Federalism* (1939), in Id., *Individualism and Economic Order*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1980, p. 255 e ss. È STRECK, *Gekaufte Zeit*, cit., pp. 147-148, a parlare di una « hayekizzazione del capitalismo europeo » e di una « democrazia [...] ormai interamente addomesticata dai mercati ». In termini analoghi anche F. DE WITTE, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 37-38.

governance dell'Unione economica e monetaria, quintessenziale forma di *Ersatzunionsrecht* ⁽⁶⁰⁾. Da un altro lato, questo stesso processo di « spodestamento della politica » democratica ⁽⁶¹⁾ è affidato a inediti e opachi meccanismi di *governance* — in buona parte definiti al di fuori del perimetro del metodo comunitario e dello stesso diritto dell'Unione europea —, i quali eludono i tradizionali vincoli della *rule of law* euro-unitaria ⁽⁶²⁾, consegnando alle scelte di ristrette *élites* tecnocratiche e agli esecutivi nazionali (dei paesi più forti) decisioni che, oltre a sottrarsi a effettive forme di controllo e di *accountability* democratica e ad un adeguato vaglio parlamentare, sfuggono, per l'intrinseca caratterizzazione politico-discrezionale, alle stesse possibilità d'intervento *ex post* del sindacato giurisdizionale.

La spoliticizzazione tecnocratica di fondamentali decisioni pubbliche, che nella costellazione costituzionale delle origini erano saldamente riservate ai processi democratici nazionali anzitutto quando riguardavano l'assetto dei sistemi di *welfare*, si svolge così in un contesto di strisciante de-legalizzazione delle modalità di azione e di *governance* dell'Unione. La già utilizzata formula habermasiana del « federalismo esecutivo postdemocratico » ⁽⁶³⁾ cattura efficacemente tale duplice connotazione della nuova *governance* europea della crisi; quella, dalle chiare ascendenze helleriane, del « managerialismo autoritario », impiegata da Joerges ⁽⁶⁴⁾, ne sottolinea in

⁽⁶⁰⁾ Cioè di surrogato di natura internazionalistico-intergovernativa del diritto dell'Unione europea, secondo l'icastica espressione utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca già nella sua decisione del 7 settembre 2011 sulle misure di aiuto finanziario alla Grecia (2 BvR 987/10 — 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10).

⁽⁶¹⁾ Come ha scritto A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 33, evocando — di nuovo — la celebre espressione hayekiana.

⁽⁶²⁾ Cfr. C. KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 325 e ss.

⁽⁶³⁾ *Supra*, nota 49.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. C. JOERGES, *Three Transformations of Europe and the Search of a Way Out of its Crisis*, in *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance. Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, C. Joerges, C. Glinzki (eds.), Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2014, p. 6 e ss. È ovviamente evidente l'eco della formula del « liberismo autoritario », usata da Hermann

modo forse ancor più incisivo i tratti non democratici (e le venature schmittiane).

Ma a prescindere dalla forza evocativa di queste formule o di altre analoghe, ciò che con esse si intende porre in evidenza è l'emergere di un fenomeno nuovo, che potremmo chiamare di mutamento costituzionale profondo alla base della nuova *governance* economica europea, che va come tale al di là dell'apparente contingenza delle politiche di austerità veicolate in questi anni attraverso di essa. In questo nuovo quadro, l'originario ideale normativo di un ordine costituzionale dell'economia europea viene disatteso nel momento stesso in cui le inefficaci risposte alla crisi economico-finanziaria, somministrate dall'Unione con « la cura neo-monetarista e medievale » dell'*austerity* ⁽⁶⁵⁾, contribuiscono a renderne sempre più precaria la legittimazione democratica, mettendo apertamente in discussione i postulati costituzionali della forma dello Stato di diritto — democratico e sociale — sulla quale si è storicamente radicata la costruzione comunitaria.

È vero che queste dinamiche non sono in sé del tutto nuove: la progressiva verticalizzazione dei processi decisionali a favore degli esecutivi, con lo speculare indebolimento delle istanze decisionali e di controllo di natura parlamentare, e la simmetrica eccedenza di potere tecno-finanziario dei terminali dell'economia globalizzata, sono fenomeni con robuste radici storiche. Si può tuttavia dire che il nuovo diritto europeo della crisi abbia radicalizzato tali tendenze, rivestendole, almeno in parte, dello scudo della *primauté* sovranazionale. Come ha efficacemente rilevato Donata Gottardi, « il diritto dell'Unione europea appare sempre più spesso un vincolo e un paravento. In corrispondenza con l'esplosione della crisi economica e finanziaria che ha colpito in particolare i Paesi dell'area mediter-

Heller nel 1933 nella sua famosa critica a Schmitt. V. il dibattito intorno alla ripubblicazione in lingua inglese del classico helleriano (H. HELLER, *Authoritarian Liberalism?*, in « *European Law Journal* », 2015, p. 295 e ss.) meritoriamente promosso da tale rivista, ed in particolare W.E. SCHEURMAN, *Hermann Heller and the European Crisis: Authoritarian Liberalism Redux?*, ivi, p. 302 e ss.; M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, ivi, p. 313 e ss.; A. SOMEK, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, ivi, p. 340 e ss.

⁽⁶⁵⁾ COUNTOURIS, FREEDLAND, *Introduction: The Myths and Realities of Social Europe*, cit., p. 5.

reana, sembra essersi aperto negli stessi un processo inedito, caratterizzato da una crescente uniformità delle riforme nazionali del lavoro, realizzate mediante abbassamento dei diritti e percorsi istituzionali scarsamente democratici e poco trasparenti. L'uniformità deriva da un insieme di interventi e pressioni, delle istituzioni europee e dei governi nazionali, con una circolarità che rende sempre meno distinguibile quello che 'ci chiede l'Europa' da quello che si è già concordato di farsi chiedere, quasi sempre sulla base di indicazioni provenienti soprattutto dal mondo economico, dai suoi teorici e dai suoi operatori » (66).

Occorre d'altra parte nuovamente ripetere che la logica operativa della *governance* economica europea è strutturalmente asimmetrica, in quanto avvantaggia strategicamente la Germania e i suoi satelliti, sui cui interessi economico-finanziari sono evidentemente modellati l'impianto del *Fiscal Compact* e più in generale gli strumenti di gestione della crisi messi in campo in questi anni (basti pensare a come è stata più di recente congegnata la cosiddetta unione bancaria). Tale asimmetria determina una rottura senza precedenti nella storia dell'integrazione del principio di uguaglianza tra i paesi membri dell'Unione, e dell'area dell'euro in particolare (67), in una sorta di contro-costituzione economico-finanziaria nella quale « lo Stato più forte a livello europeo (la Germania, sostenuta da altri Paesi) potrà sorvegliare ed imporre misure restrittive sui bilanci degli Stati deboli. Il caso greco del 2010 costituisce una chiara esemplificazione di quanto affermato; in esso infatti si evidenzia il regime concreto di disparità nei rapporti fra gli Stati membri, che supera finanche il pur discutibile metodo intergovernativo (*Memorandum*, sorveglianza della Troika) » (68).

Nell'esercitare questa supremazia nella sua nuova *Großraum*,

(66) D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di flexicurity: andata e ritorno*, in « Lavoro e diritto », 2015, p. 239 e ss., qui p. 256.

(67) Cfr. con particolare veemenza argomentativa ancora A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, a cura di C. Bergonzini, S. Borelli, A. Guazzarotti, Napoli, Jovene, 2016, p. 167 e ss.

(68) S. GAMBINO, W. NOCITO, *Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo*, in *Lavoro e diritti sociali*, a cura di Caruso e Fontana, cit., p. 169 e ss., qui pp. 184-185.

la Germania può così assorbire l'interesse europeo nel proprio interesse politico ed economico nazionale rimanendo (più o meno) esattamente dentro il nuovo quadro regolativo della *governance* economica riformata dal *Fiscal Compact*, neutralizzando sotto la patina tecnica delle regole di virtù fiscale il violento conflitto redistributivo (tra Stati creditori e debitori) che essa risolve a proprio vantaggio ⁽⁶⁹⁾. È questo uno degli effetti perversi — certamente sotto il profilo della caduta della legittimità democratica della *governance* europea ⁽⁷⁰⁾ — che derivano dalla immissione nella sfera delle politiche redistributive, che nel vecchio Stato sociale keynesiano erano fundamentalmente affidate alla *agonistic politics* tra le contrapposte *constituencies* democratiche nazionali ⁽⁷¹⁾, dei meccanismi di neutralizzazione del conflitto collettivo che sono propri, a livello sovranazionale, dello Stato regolatore ⁽⁷²⁾.

Ciò si è tradotto in una sorta di annichilimento costituzionale di quella che eravamo soliti chiamare la dimensione sociale europea, quasi sopraffatta dalla eccedenza normativa dei principi della *governance* economico-monetaria, i cui pilastri sono saldamente assicurati dalla nuova *Grundnorm* del pareggio di bilancio e dal meta-principio di stretta condizionalità ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ Una sorta di traduzione costituzionale-sovrannazionale del cosiddetto « effetto Matteo »: Matteo XIII, 12: « Così a chi ha sarà dato e sarà nell'abbondanza; a chi non ha sarà tolto anche quello che ha » (v. A. SUPLOT, *Law and Labour*, in « *New Left Review* », 2006, n. 39, p. 109 e ss., sul punto p. 110).

⁽⁷⁰⁾ Cfr. principalmente G. MAJONE, *From Regulatory State to a Democratic Default*, in « *Journal of Common Market Studies* », 2014, p. 126 e ss.; F.W. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel Democracy*, in « *European Law Journal* », 2015, p. 384 e ss.

⁽⁷¹⁾ D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES, *The Retransformation of Europe*, in *The End of Eurocrats' Dream. Adjusting to European Diversity*, Idd. (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 1 e ss., e K. NICOLAIDIS, M. WATSON, *Sharing the Eurocrats' dream: a Democratic Approach to EMU Governance in the Post-crisis Era*, ivi, p. 50 e ss., che per questo parlano di « *a new kind of supranational democracy preemption* » (p. 65).

⁽⁷²⁾ Cfr. principalmente D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in « *European Law Journal* », 2012, p. 667 e ss.; M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, ivi, p. 621 e ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. *ex multis* P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*; in *The Constitutionalization of*

4. *De-legalizzazione (e delegittimazione) della governance economico-monetaria dell'Unione.*

L'Europa sociale — per come era andata progressivamente rarefacendosi, dopo il vertice di Lisbona del 2000, nelle tecniche deboli e puramente orientative del metodo aperto di coordinamento — era peraltro già stata significativamente erosa da processi di de-normativizzazione e soffriva, per questo, di evidenti *deficit* di effettività di fronte all'invasione delle regole del mercato e agli sviluppi « reali » della *governance* economica sovranazionale. Oggi questa asimmetria, come abbiamo appena argomentato, viene addirittura ossificata con la costituzionalizzazione sovranazionale di una teoria economica partigiana (nel duplice senso che elegge a parametro normativo una precisa concezione della integrazione economico-monetaria a sua volta costruita a misura degli interessi egemoni dei paesi creditori dell'eurozona), senza che, come ovvio, la messe persino sovrabbondante di riferimenti normativi al principio di solidarietà e ai diritti sociali contenuta nel TUE e nel TFUE possa in alcun modo incidere su tale squilibrio strutturale.

Il nuovo diritto europeo della crisi mette infatti fuori gioco gli argini difensivi che, per vero con non poco ottimismo, potevano tuttavia essere immaginati attorno al riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati o sulla scia delle incoraggianti aperture alla « economia sociale di mercato » dell'art. 3, par. 3, del TUE ⁽⁷⁴⁾. Riguardata in quest'ottica, la deludente *performance* giurisprudenziale dei diritti sociali riconosciuti nella Carta di Nizza ⁽⁷⁵⁾ non sorprende, ed anzi dà una conferma piuttosto definitiva alla tesi di chi ravvisava nell'uso crescente del linguaggio

European Budgetary Constraints, M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2014, p. 19 e ss.; LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, cit., pp. 10 e 48 e ss.

⁽⁷⁴⁾ Per una (piuttosto tempestiva) diagnosi sulla debolezza strutturale di queste previsioni del Trattato di Lisbona mi permetto di rinviare a S. GIUBBONI, *Social Europe after the Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks*, in « European Journal of Social Law », 2011, p. 244 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr., tra gli altri, C. BARNARD, *The Charter in Times of Crisis: A Case Study of Dismissal*, in *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Countouris, Freedland (eds.), cit., p. 250 e ss.; G. FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in *Lavoro e diritti sociali*, a cura di Caruso e Fontana, cit., p. 131 e ss.

gio costituzionale in quest'ambito niente di più che un esercizio di « *constitutional gesture* » (76).

Di fronte all'inarrestabile avanzata del nuovo diritto europeo della crisi, l'ordinamento euro-unitario ha così dimostrato una debolezza evidente, che rischia di mettere in discussione, prima ancora che la garanzia dei diritti sociali fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza, la capacità di tenuta dello stesso controllo di legalità esercitato dalla Corte di giustizia (77). Il ruolo di controllo di legittimità affidato dal diritto dell'Unione europea alla Corte di giustizia diviene tanto cruciale in teoria, quanto sostanzialmente irrealizzabile nella pratica. Nella migliore delle ipotesi, la Corte di Lussemburgo si trova infatti a sindacare scelte squisitamente politiche effettuate alla luce di nozioni elastiche e indeterminate, che — al di là dell'ancoraggio a parametri o indicatori numerici costruiti a loro volta su basi discrezionali assai opinabili (78) — non si lasciano come tali afferrare dentro gli schemi di un controllo di legalità costituzionale, lasciando la costituzione (economica) europea pericolosamente sprovvista di un « custode » (79).

(76) DANI, *Rehabilitating Social Conflicts*, cit., p. 639, che acutamente rileva: « As a matter of fact, however, it seems that constitutional language performs a more conservative function. In the current context and, in particular, in the absence of consolidated political subjects articulating social conflicts at the supranational level, references to representative democracy and fundamental rights are liable of obfuscating the enduring biases of market integration and deflecting the attention from the power structures and conflicts of current European societies ».

(77) Cfr. la critica autorevole di G. TESAURO, *Governance economica e giudice dell'Unione*, in *La legge dei numeri*, a cura di Bergonzini, Borelli, Guazzarotti, cit., p. 69 e ss.

(78) V. tra gli altri M. LOSSANI, *Come si costruiscono gli indicatori dell'economia finanziaria*, e A. BRUZZO, *I limiti quantitativi posti dalla disciplina fiscale degli Stati membri dell'UEM sono semplici numeri o sono valori con qualche significato economico?*, entrambi in *La legge dei numeri*, a cura di Bergonzini, Borelli, Guazzarotti, cit., rispettivamente pp. 1 e 13 e ss.

(79) M. EVERSON, C. JOERGES, *Who is the Guardian for Constitutionalism in the Financial Crisis?*, London School of Economics and Political Science — LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series, LEQS Paper n. 63/2013. Il nazionalismo metodologico nel quale si muove la Corte costituzionale tedesca le impedisce di garantire quella che — con F. RÖDL, *Constitutional Integration of Labour Constitutions*, in *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union. The Unsettled Political Order of Europe*, E.O. Eriksen, C. Joerges, F. Rödl (eds.), London-New York, Routledge, 2008, p. 152 e

Una tale inadeguatezza sistemica del diritto dell'Unione è stata svelata già dalla celebre sentenza *Pringle* sul Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità ⁽⁸⁰⁾, nella quale si è assistito ad una vera e propria « estromissione dei paradigmi costituzionali nel discorso del giudice europeo » ⁽⁸¹⁾, il cui esito più evidente è stata la sbrigativa dichiarazione di inapplicabilità della Carta dei diritti fondamentali al complesso delle decisioni e delle azioni che, anche in futuro, potranno prendere corpo — con effetti, come è ovvio, potenzialmente molto rilevanti sulle strutture dei sistemi di *welfare state* dei paesi (debitori) dell'eurozona — dentro il nuovo meccanismo permanente di aiuto finanziario.

Il nuovo diritto europeo della crisi solleva, da questo punto di vista, un lancinante problema di legalità costituzionale all'interno dell'ordinamento dell'Unione, che la Corte di giustizia non appare in grado di gestire senza mettere in discussione la *ratio gubernativa* che presiede alla nuova *governance* post-democratica, essendo per questo costretta a rifugiarsi dietro interpretazioni più o meno elusive dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali.

La decisione che ha definito — in termini di secca inammissibilità — il procedimento *Sindicato dos Bancários do Norte e altri* ⁽⁸²⁾ è non meno significativa di tale atteggiamento elusivo della Corte di giustizia. Nel rinvio pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Porto, la Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi su una controversia che per la prima volta sollevava esplicitamente la questione della compatibilità con la Carta di Nizza di misure nazionali di forte compressione di diritti dei lavoratori attuate da uno Stato membro nell'ambito di politiche di risanamento dei conti pubblici « negoziate » con la *Troika*. In quel procedimento si discu-

ss. — potremmo chiamare l'interdipendenza delle costituzioni del lavoro degli (altri) Stati membri. La Corte di Karlsruhe — al di là degli impegni auto-assunti nel nome dell'« apertura europea » — può in realtà svolgere un ruolo di difesa della sola costituzione democratica tedesca, con conseguenze però potenzialmente distruttive dell'interdipendenza europea (con buona pace delle dottrine del costituzionalismo multilivello).

⁽⁸⁰⁾ *Supra*, nota 51.

⁽⁸¹⁾ R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale europea*, in « Costituzionalismo.it », 2013, 3, p. 12.

⁽⁸²⁾ Causa C-128/12.

teva, infatti, della compatibilità con gli artt. 20, 21 e 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea delle misure adottate dal Portogallo alla fine del 2010, in particolare con la riduzione degli stipendi dei pubblici dipendenti, nell'ambito degli impegni assunti da quel paese ai fini dell'accesso al sostegno finanziario dell'Unione. Con la sbrigativa ordinanza del 7 marzo 2013, la Corte si è dichiarata incompetente a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, affermando che, per come esso era stato formulato, non potesse ravvisarsi alcun concreto elemento per ritenere che la legge portoghese fosse diretta ad attuare il diritto dell'Unione.

Al di là delle contingenze tecniche, quella sollevata dal giudice del lavoro di Porto è questione inevitabilmente posta dalle misure di *austerity* attuate dagli Stati (debitori) sotto il vincolo stringente della condizionalità. La questione di fondo è, infatti, se il rigore delle politiche di condizionalità, così centrali nella nuova *governance* economica e monetaria, debba entrare in qualche forma di bilanciamento o contemperamento — *allo stesso livello dell'ordinamento dell'Unione* ⁽⁸³⁾ — con gli obiettivi sociali sanciti dal Trattato di Lisbona (in particolare con le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 del TUE, anche per il tramite della clausola orizzontale prevista dall'art. 9 del TFUE), oltre che con il diritto a condizioni di lavoro eque e dignitose riconosciuto dall'art. 31 della Carta di Nizza. Ma è evidente che se non si supera questa sorta di «sdoppiamento della legalità europea» ⁽⁸⁴⁾, che spinge ad estromettere dal controllo di compatibilità con i diritti fondamentali l'ordinamento parallelo costruito dalla nuova *governance* economico-monetaria dell'eurozona, sarà difficile immaginare uno spazio per nuove formule di bilancia-

⁽⁸³⁾ È infatti evidente che eventuali risposte difensive attivate dai giudici costituzionali nazionali sulla base dei rispettivi ordinamenti domestici, anche ammesso che riescano a sortire un qualche effetto, rischiano comunque di produrre ulteriori riflessi disgregativi sull'Unione europea. È questo il difetto principale della dottrina dei «controlimiti», a prescindere da qualsivoglia valutazione se ne dia sul piano politico-costituzionale (e quella di chi scrive è tendenzialmente simpatetica). Cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in «Rivista AIC», 2016, 2.

⁽⁸⁴⁾ P. CHIECO, *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2015, p. 359 e ss., qui p. 398.

mento, oggi precluse *a priori* dalla negazione, da parte della Corte di giustizia, dell'esistenza d'un adeguato collegamento delle « riforme strutturali » nazionali con il diritto dell'Unione.

Appare allora chiaro che fintanto che non si uscirà da questa sorta di voluto fraintendimento costituzionale che consente ai governi nazionali di farsi scudo dietro il vincolo politico e normativo europeo senza al contempo — e quasi per paradosso — consentire d'individuare un utile collegamento con il diritto dell'Unione (e con la Carta dei diritti fondamentali), qualunque tentativo di ritessitura di un ordine costituzionale nel discorso europeo sarà destinato a infrangersi *in limine* sullo scoglio del pregiudiziale difetto di competenza della Corte di giustizia. Lo stesso affidamento riposto, forse con eccesso di fiducia ⁽⁸⁵⁾, da Bruno Caruso sul principio di proporzionalità — come « chiave di mediazione e di dinamico equilibrio di interessi costituzionalmente rilevanti nel contesto della crisi epocale » e come « strategia più realistica per un controllo della correttezza del bilanciamento politico posto in essere dal *law maker* » ⁽⁸⁶⁾ — rischia di rimanere frustrato in partenza, senza una tale preliminare operazione di ri-costituzionalizzazione della *governance* economica europea.

Al momento non è però ancora dato scorgere segnali in questa direzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia. A meno che non li si voglia cogliere, con considerevole slancio predittivo, nella pur cruciale sentenza *Gauweiler* ⁽⁸⁷⁾, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno come ben noto definito il primo insidiosissimo rinvio pregiudiziale della storia della Corte costituzionale tedesca, giudicando della legittimità comunitaria « *of the single most effective remedy to the sovereign debt crisis in the euro area: the press release of the European Central Bank on the Outright Monetary Transactions*

⁽⁸⁵⁾ Come insegna S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 67 e ss., il test di proporzionalità è uno strumento particolarmente inaffidabile, e i modi in cui la Corte di giustizia lo ha sin qui concretamente articolato nei casi di conflitto tra diritti sociali e regole del mercato sono tutt'altro che incoraggianti.

⁽⁸⁶⁾ B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritti sociali*, a cura di Caruso e Fontana, cit., p. 57 e ss., spec. pp. 73 e 75.

⁽⁸⁷⁾ Sempre *supra*, nota 51.

programme »⁽⁸⁸⁾. Probabilmente, la ferma riconduzione del programma OMT alla sfera della politica monetaria, e dunque al pieno mandato che sulla sua (indipendente) conduzione la BCE riceve dal TFUE, segna un punto in quella che Caruso chiama la possibile costruzione di « un originale principio di solidarietà responsabile interstatale che potrebbe essere preludio di una diversa direzione dell'*European process* verso una più stretta unità economica, non limitata alle politiche di bilancio, e verso un più stabile modello di *government* costituzionale e di ripensamento dello Stato costituzionale »⁽⁸⁹⁾.

Non sappiamo però se questa sentenza preluda davvero ad un simile sviluppo (sul quale confessiamo tutto il nostro scetticismo). È indubbio tuttavia che — in piena sintonia con *Pringle* — la Corte di giustizia abbia voluto ribadire la propria competenza esclusiva a interpretare i trattati istitutivi, difendendo tale sua essenziale prerogativa dalla sfida aperta lanciata dal *Bundesverfassungsgericht*, e per questo abbia riaffermato l'imperio del diritto dell'Unione, riconducendovi ogni strumento, anche non convenzionale, di politica monetaria, come appunto l'OMT, con il quale la BCE ritenga opportuno perseguire il proprio mandato istituzionale. È però improbabile che questa decisa affermazione di principio sui confini del mondo governato dal diritto dell'Unione possa valere — al di là dell'eccezionalità politica del caso deciso dalla Corte di giustizia — per altri ambiti della *governance* economica europea, rispetto ai quali il controllo di legalità costituzionale euro-unitaria, in funzione stavolta della tutela delle istanze riconducibili ai diritti sociali, sembra assai più difficilmente percorribile. In realtà *Gauweiler* si iscrive appieno nella logica (o per meglio dire nella ideologia) che Michelle Everson ha definito — assai efficacemente — di *disembedded ordoliberalism*⁽⁹⁰⁾, e sotto tale profilo la sintonia di vedute tra la Corte di giustizia e il *Bundesverfassungsgericht* — in particolare nella centralità che entrambe le corti attribuiscono al principio di condizionalità al fine di assicurare la disciplina di mercato all'interno dell'eurozona — non potrebbe essere oggettivamente più grande.

(88) ADAMSKI, *Economic Constitution*, cit., p. 1451.

(89) CARUSO, *Nuove traiettorie*, cit., p. 60.

(90) EVERSON, *An Exercise in Legal Honesty*, cit., spec. pp. 489 e 491.

Questa giurisprudenza ci consegna, nel suo insieme, un quadro abbastanza preciso della nuova costellazione costituzionale europea al tempo della crisi. E sembra confermare la diagnosi sopra proposta: il diritto europeo della crisi dà vita ad una iper-regolazione del governo macroeconomico, che stringe in una fitta trama regolativa e vincolistica, assistita da un apparato sanzionatorio sovranazionale semi-automatico, la condotta fiscale degli Stati membri, con una sovra-costituzionalizzazione dell'economia che rafforza la relativa de-politicizzazione⁽⁹¹⁾; in tal modo esso finisce tuttavia per delegittimare il suo ruolo, attraverso una de-legalizzazione nella quale i concetti chiave della nuova *governance* spalancano enormi spazi di valutazione discrezionale agli apparati esecutivo-tecnocratici cui è affidato il *management* (non-democratico) della crisi⁽⁹²⁾. La prima dimensione della risposta alla crisi è solo apparentemente in linea con i dettami ordoliberali di una politica economica vincolata da regole giuridiche; la seconda, per contro, la contraddice apertamente, e richiama piuttosto la propensione (schmittiana) a sostituire il diritto con la pura discrezionalità politica governativa (la *ratio gubernativa*) nello stato di (semipermanente) emergenza.

5. *Unione sociale e unitas in pluralitate: qualche spunto conclusivo.*

Il diritto europeo della crisi ha dunque trasformato in profondità la costituzione economica dell'Unione europea. È allora evidente come la crisi del « modello sociale europeo » abbia (anche) una dimensione costituzionale. Per tale motivo l'ambiziosa agenda di « risocializzazione dell'Europa » proposta dall'eminente gruppo di intellettuali europei riuniti da Nicola Countouris e Mark Freedland prospetta la necessità di una sostanziale inversione della

(91) Cfr. D. GRIMM, *Europe's Legitimacy Problem and the Courts*, in *The End of Eurocrats' Dream*, Chalmers, Jachtenfuchs e Joerges (eds.), cit., p. 241 e ss.

(92) Cfr. soprattutto C. JOERGES, *A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project*, in « Law Critique », 2008, p. 235 e ss.; Id., *Integration through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency*, in *The End of Eurocrats' Dream*, Chalmers, Jachtenfuchs e Joerges (eds.), cit., p. 299 e ss.

traiettorie costituzionale impressa all'Unione dal diritto della crisi ⁽⁹³⁾.

Questa proposta contiene indicazioni molto articolate, che in questa sede non possono essere discusse con la dovuta attenzione al dettaglio tecnico-giuridico. Qui, in sintonia con il taglio di questa rivisitazione teorica del rapporto tra Stato sociale e integrazione europea, vorremmo limitarci a un esercizio più modesto, di stilizzazione dei possibili scenari del *welfare state* in Europa alla luce dei modelli di costituzione economica disponibili o più semplicemente prefigurabili (o auspicabili).

Lo scenario che Deakin e Koukiadaki ⁽⁹⁴⁾ definiscono della « *regulated austerity* » costituisce poco più che una proiezione dell'esistente, con qualche timido temperamento dell'attuale asprezza delle politiche di austerità/condizionalità, ad esempio con l'affiancamento di (moderate) politiche per la crescita e l'occupazione appena più efficaci di quelle solo prefigurate, e come ovvio mai attuate, dal *Growth Compact* del 2012, sulla cui scia si colloca ora, a ben vedere, benché supportata da strumenti almeno in astratto più efficaci, la proposta di un pilastro europeo dei diritti sociali della Commissione Juncker ⁽⁹⁵⁾. La strategia di sviluppo dei modelli nazionali di capitalismo del *welfare* resta, in questa prospettiva, quella dell'adattamento competitivo dei singoli sistemi al contesto definito dall'incorporazione nell'ordinamento euro-unitario del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance*, con qualche marginale compensazione sul piano delle politiche sociali. In uno scenario di questo tipo, lo stesso incoraggiamento di pratiche di dialogo sociale europeo, sollecitato dalla Commissione, rappre-

⁽⁹³⁾ *Supra*, nota 56.

⁽⁹⁴⁾ S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, *The Sovereign Debt Crisis and the Evolution of Labour Law in Europe*, in *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Countouris, Freedland (eds.), cit., p. 162 e ss., qui p. 186.

⁽⁹⁵⁾ Ci si riferisce, da un lato, al Patto per la crescita e l'occupazione, varato dal vertice europeo del 28-29 giugno 2012, e, dall'altro, alla comunicazione della Commissione, *Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2016) 127, dell'8 marzo 2016 (sulla quale v. ora la risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 19 gennaio 2017).

senterebbe poco più che una « *travesty of the real thing* »⁽⁹⁶⁾, in quanto avrebbe una valenza essenzialmente funzionale al rafforzamento della efficacia di strategie di « solidarietà competitiva » tra i sistemi nazionali⁽⁹⁷⁾.

Neppure lo scenario che i medesimi autori chiamano dell'« Europa a due velocità » — con la divisione dell'eurozona in un nucleo centrale di Stati nordeuropei « virtuosi » guidati dalla Germania ed una periferia di economie deboli, destinate a percorrere le vie basse della competitività basata sulla sistematica compressione del costo del lavoro — squaderna evidentemente prospettive rosee alle dinamiche di evoluzione del *welfare state* nel quadro della nuova costituzione europea, specialmente per un paese come l'Italia. Dopo la *Brexit* questo scenario sembra peraltro oggettivamente rafforzato, come dimostra l'interesse crescente di influenti ambienti politici ed economici tedeschi per una ristrutturazione dell'Unione attorno a un blocco egemone (con a capo, ovviamente, la Germania) in grado di convergere su un livello avanzato di integrazione in aree d'interesse strategico, come la gestione dei flussi migratori e le politiche della sicurezza⁽⁹⁸⁾. In un tale scenario, la collocazione dell'Italia — che pure ha avanzato proposte volte a potenziare lo strumentario delle politiche sociali ed economiche comuni nell'eurozona, se necessario in una prospettiva di cooperazione rafforzata⁽⁹⁹⁾ — resterebbe peraltro assai incerta, viste le debolezze strutturali del nostro paese (*in primis* per l'elevato debito pubblico e il basso tasso di crescita).

⁽⁹⁶⁾ M. CARRIERI, T. TREU, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in *Verso nuove relazioni industriali*, a cura di Idd., cit., p. 7 e ss., qui p. 24.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. STREECK, *Gekaufte Zeit*, cit., p. 246 e ss.

⁽⁹⁸⁾ V. S. FABBRINI, *Un'Europa differenziata non quella dei club*, in « Il Sole 24 Ore », domenica 5 febbraio 2017.

⁽⁹⁹⁾ Si pensi alla proposta — affinata sulla scia di un dibattito da tempo in corso — di uno schema assicurativo comune contro la disoccupazione per l'area dell'euro, avanzata dal Ministero della Economia e delle Finanze con l'intento di introdurre un efficace strumento di stabilizzazione automatica di fronte a *shock* asimmetrici, in grado di svolgere anche una parziale funzione di mutualizzazione dei rischi: cfr. MEF, *European Unemployment Benefit Scheme*, Roma, 2016 (in www.mef.gov.it).

Da tempo peraltro osservatori autorevoli sottolineano l'insostenibilità dell'attuale assetto — nel quale le divergenze sempre più profonde tra gli stessi paesi dell'eurozona sono strutturalmente incompatibili con un'unica politica monetaria — e prospettano realisticamente, pur con diverse soluzioni istituzionali, la strada della integrazione differenziata su base funzionale in vista del perseguimento di obiettivi discreti, ove l'Unione potrebbe produrre beni collettivi in giochi cooperativi a somma positiva per gli attori coinvolti, restituendo per il resto agli Stati membri lo spazio per coltivare strategie di legittima differenziazione ⁽¹⁰⁰⁾.

Diverso è invece lo scenario che Deakin e Koukiadaki chiamano della « integrazione solidale » ⁽¹⁰¹⁾, al quale i due autori attribuiscono con molto ottimismo (assieme alla loro esplicita preferenza normativa) un grado di probabilità *grosso modo* equivalente a quello della « austerità regolata ». Deakin e Koukiadaki indicano al proposito tre percorsi convergenti di risocializzazione dell'Unione, rispettivamente basati: *a*) sulla espansione del *budget* europeo onde realizzare misure di trasferimento fiscale in favore dei paesi in difficoltà effettivamente adeguati alle necessità (e quindi fondati su un principio di solidarietà e non di stretta condizionalità); *b*) sulla sostituzione di politiche di armonizzazione (o più verosimilmente sulla fissazione su vasta scala di uno zoccolo minimo di diritti sociali e del lavoro) al sistema di competizione regolativa tra regimi nazionali sul quale la Corte di giustizia ha costruito il diritto del mercato interno; *c*) su di un ripensamento del ruolo della BCE, con assegnazione alla stessa di un mandato più ampio, che tenga in considerazione esplicita (e dunque bilanci sistematicamente) l'obiettivo della stabilità dei prezzi con quelli della crescita dell'occupazione e della coesione sociale. Anche altre proposte indicano l'ambizioso traguardo della costruzione di una vera Unione sociale e politica, che

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. ad es. più di recente G. MAJONE, *The Limits of Collective Action and Collective Leadership*, in *The End of Eurocrats' Dream*, Chalmers, Jachtenfuchs e Joerges (eds.), cit., p. 218 e ss., spec. p. 236 e ss. (ove si propone di passare a un modello di integrazione per « club good »).

⁽¹⁰¹⁾ DEAKIN, KOUKIADAKI, *The Sovereign Debt Crisis*, cit., p. 187.

completi finalmente, dopo un quarto di secolo, il disegno del Trattato di Maastricht ⁽¹⁰²⁾.

Al di là dello slancio utopistico e della natura quasi controfattuale rispetto alle reali dinamiche politiche dell'Unione *as it stands*, il merito di tali proposte è quello di mettere in rilievo come una efficace prospettiva di risocializzazione dell'integrazione europea passi necessariamente per una radicale riconfigurazione — politica e costituzionale — del rapporto che questa ha finito per instaurare con lo Stato sociale nazionale; con la duplice consapevolezza che, da un lato, è necessario ritematizzare il principio di solidarietà europea su basi di effettiva reciprocità tra gli Stati membri, onde questi possano tornare a ripartire costi e benefici dell'integrazione in modo equo ⁽¹⁰³⁾, superando l'ingiusta e insostenibile asimmetria prodotta dal diritto della crisi ⁽¹⁰⁴⁾, e, dall'altro, è indispensabile restituire ai modelli di capitalismo democratico nazionale uno spazio di autonomia contro la logica uniformante — e deformante — del managerialismo autoritario della nuova *governance* economica e del diritto del mercato.

Solo a queste condizioni l'Unione europea potrà, forse, salvarsi dalla deriva disgregativa che essa stessa ha generato.

⁽¹⁰²⁾ V. F. VANDENBROUCKE, *The Case for a European Social Union. From Muddling Through to a Sense of Common Purpose*, KU Leuven Euroforum, 2014, in www.kuleuven.be/euroforum.

⁽¹⁰³⁾ Troviamo per questo assai persuasiva la proposta teorica di A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 2013, p. 213 e ss., volta a reimpostare la solidarietà tra Stati membri nell'Unione nei termini che essi ritengono equi alla luce del principio assicurativo, ove « the fair return which member states owe one another, under member state solidarity, is given by the level at which each state would insure against the potential losses identified above had they known the distribution of risks but not their place in that distribution » (pp. 229-230).

⁽¹⁰⁴⁾ Sotto tale profilo, il problema della solidarietà europea è, a ben vedere, solo un aspetto — pur determinante — della nuova questione tedesca.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

46
T.II

2017

**QUADERNI
FIORENTINI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Tipografia MORI & C. S.r.l.
21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

PAOLO CAPELLINI, PIETRO COSTA,
MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO GROSSI,
LUIGI LACCHÈ, LUCA MANNORI,
MASSIMO MECCARELLI, FRANCESCO
PALAZZO, SILVANA SCIARRA, BERNARDO
SORDI

Consiglio Scientifico:

CLARA ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO
CARONI (Bern); BARTOLOMÉ CLAVERO
(Sevilla); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main);
RAFAEL ESTRADA MICHEL (Ciudad de
México); RICARDO MARCELO FONSECA
(Curitiba); JEAN-LOUIS HALPERIN
(Paris); ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
(Lisboa); RICHARD HYLAND (Camden);
LUCIEN JAUME (Paris); MARTA LORENTE
SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI
(Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley); DAG
MICHALSEN (Oslo); JEAN-LOUIS MESTRE
(Aix-en-Provence); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva);
HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM
RÜCKERT (Frankfurt am Main); MICHAEL
STOLLEIS (Frankfurt am Main); VÍCTOR
TAU ANZOÁTEGUI (Buenos Aires); MICHEL
TROPÉ (Paris); JOAQUÍN VARELA
SUANZES-CARPEGNA (Oviedo); JOSEPH
WEILER (New York); JAMES WHITMAN
(New Haven); LIHONG ZHANG (Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
segreteria@centropgm.unifi.it
www.centropgm.unifi.it

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

46

(2017)

Giuristi e Stato sociale

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814221965

ISSN 0392-1867

*Pubblicazione realizzata con il contributo
dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Figure dell'esperienza

SANDRO CHIGNOLA

« DER ARBEITENDE STAAT ».
STORIA GIURIDICA, SCIENZA DELLO STATO
E TEORIA DELL'AMMINISTRAZIONE
IN LORENZ VON STEIN

Introducendo la prima edizione di *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs* (1842), Lorenz von Stein pone le basi del metodo che utilizzerà nel corso della sua intera carriera scientifica. La costituzione del proletariato è un fenomeno molto recente, il suo protagonismo politico e sociale coincide con l'epoca che data dalla Rivoluzione francese (« bis zur Gränze der neuesten Geschichte, ja bis zur Revolution kein eigentliches Proletariat gibt », scrive Stein) e tuttavia esso segna un fenomeno europeo che eccede le singole storie nazionali travolgendone gli assetti. Una rivoluzione non è mai creativa; mai si produce nel vuoto. Essa, piuttosto, è il momento in cui una dinamica per molto tempo trattenuta erompe e stravolge i quadri giuridici e istituzionali nei quali era stata bloccata, incrementando, proprio in quel blocco, la sua potenza. Se questo processo si diffonde tanto rapidamente, questa diffusione non può perciò essere fatta dipendere dalla specificità di una situazione o dalla contingenza di una storia. Esso non può essere pensato, così Stein, che nell'unità di una struttura che taglia le differenti storie giuridiche e che costringe ad aprire prospettive metodologiche di tipo nuovo. Nuove, al punto da richiedere la messa in discussione dell'unica pratica che ha tentato di avvicinare e di descrivere una tendenza europea come dato sul quale far convergere e superare le singole storie nazionali con il loro canone « politico », quella di Guizot.

È l'idea di *civilisation*, quella che occorre mettere in discussione perché possa esserne delimitato — « compito irrinunciabile »

(*unerläßliche Aufgabe*), questo — il concetto. Stein critica Guizot esattamente su questo. Da un lato per l'indeterminatezza nell'uso di un termine, quello di *Civilisation* appunto, che pure alludendo ad un fenomeno incrementale, progressivo ed unitario non attinge una definizione appropriata di cosa con esso si debba intendere — se con esso ci si riferisca al complesso di beni materiali, simbolici e « spirituali » che segnano, nella loro generale diffusività, una progressiva dinamica di inclusione delle classi medie, cioè, oppure, più specificatamente, la realizzazione di condizioni generali di libertà civile e personale per il maggior numero possibile di soggetti —; dall'altro per l'elusione del problema della distribuzione di quegli stessi beni sul piano materiale. Come avverrà di lì a poco per il concetto di « Volk », qui è il concetto di « Civilisation » che si spezza. Non può darsi analitica delle leggi di movimento della storia che non tenga assieme il dato dell'unità e dell'irresistibilità del processo che ridecrive e che riorganizza le singole storie sul piano di convergenza europeo con il problema della scissione che quello stesso processo attraversa quando ci si ponga il problema di chi effettivamente « possieda » i « beni generali » (*allgemeine Güter*) che il progresso mette a disposizione, almeno in apparenza, di tutti ⁽¹⁾.

Lavorare sul piano della storia significa perciò per Stein porsi il problema di un'unica tendenza generale in movimento verso il futuro, ma nel contempo ragionare sulla stratificazione e sull'eterogeneità delle forze che ne attraversano il processo; identificare le leggi del suo movimento valutando però le contraddizioni che esso alimenta; istruire un « punto di vista » in grado di qualificare altrimenti l'idea di temporalità con la quale lavorano le scienze storiche. Si tratta di un processo che dopo la Rivoluzione francese — punto di soglia decisivo, quest'ultimo, proprio per l'irruzione della figura sociale del proletario e per quanto ne discende in rapporto all'elaborazione della differenza tra « Armenswen » e « soziale Frage », come vedremo — diventa un dato irrinunciabile per le scienze storiche. Da un lato l'adozione di un criterio prospettico —

⁽¹⁾ L. VON STEIN, *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Leipzig, Otto Wigand, 1842 [d'ora in poi: SUC], pp. 14-19.

il passato viene posto in movimento e risignificato a partire da ciò che in esso assume rilevanza per l'urgenza del presente —; dall'altro lo sganciamento delle dimensioni temporali della storia dalla morsa della ripetizione e l'idea che lo storico le storie le crea, proprio a partire dal presente e dal futuro che esse spalancano come problema. Stein assume il campo storico come un movimento continuo, tenuto in tensione da contraddizioni reali, rispetto alla cui evoluzione possono essere arrischiate prognosi proprio perché la scienza, da quella mobile zona di convergenza tra unità del processo e topologia differenziata delle sue posizioni, ricava determinazioni concettuali e leggi di sviluppo ⁽²⁾.

Nella seconda parte del terzo volume di *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich* (1850), Stein tornerà su questo punto, mettendo al lavoro una metafora astronomica che, di nuovo, allude all'incrocio tra analitica del presente, retroproiezione del suo significato evolutivo in rapporto a ciò che lo ha formato e apertura di prospettive prognostiche sul futuro, una volta possa essere identificato il sistema di leggi che quell'incrocio determina. Così come al di là del nostro sistema solare, scrive Stein, si muovono altri sistemi solari « secondo le stesse leggi che regolano il nostro mondo » (*nach denselben Gesetzen, welche unsere Welt beherrschen*), così al di là di ciò che segna l'attualità del presente « vi è un futuro che può essere compreso tramite i criteri che valgono nel presente » (*eine Zukunft, die man in demjenigen versteht, was für die Gegenwart gilt*).

È cioè possibile predire ciò che avverrà, purché non lo si voglia « profetizzare » (*prophezeien*) nel particolare. E tuttavia, entro un certo limite, è possibile penetrare nelle cose future, « con la stessa sicurezza delle cose passate » (*mit derselben Sicherheit in die kommenden, wie in die vergangenen Dinge hinein*) ⁽³⁾. Il futuro si forma secondo le leggi che nel presente è dato concettualizzare ricavandole dal modo in cui il presente si riflette nel passato che lo ha prodotto.

(2) Cfr. R. KOELLECK, *Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt*, in: *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1979, pp. 176-207.

(3) L. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* [d'ora in poi GSBW, seguito dal numero di volume], hrsg. von G. Salomon, München, Drei Masken Verlag, 1921, 3 Bd., *Das Königthum, die Republik und die Souveranität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848*, p. 194.

Di qui una serie di conseguenze. La prima è che la prognosi di Stein non è una prognosi indeterminata. Trasformare la scienza dello Stato, significa dotarla di strumenti di intervento all'altezza del processo che unifica la storia europea e provare a tenere aperta la porta stretta del futuro governandone nel presente il processo di generazione. La storia non la si subisce, perché il processo che la descrive è in Stein definitivamente denaturalizzato. Tornare alla « realtà di fatto » — riflesso conservatore per molti interpreti ⁽⁴⁾ — significa qui tornare alle contraddizioni che fanno della infinita « Bestimmung » dell'uomo un processo materialmente condizionato. La seconda conseguenza riguarda quella che Stein chiama l'« absolute Gesetz der heutigen Arbeit der Geschichte »; la legge assoluta dell'azione attuale della storia ⁽⁵⁾. Essa presentifica una potenza di autodeterminazione che attraversa tutte le fasi della storia recente e che solo se assunta come traccia unitaria dello svolgimento di quest'ultima permette di cancellare l'ultimo residuo di casualità nell'intreccio dell'accadere. Gli eventi che lo segnano, anche quelli più apparentemente dispersivi, vanno ricondotti ad un'unica struttura e alle modalità del suo manifestarsi. La terza conseguenza è, perciò, che occorre identificare con precisione il particolare punto prospettico sul quale Stein costruisce la continuità tra passato, presente e futuro dalla quale inferisce la prognostica che orienta il suo progetto di riforma della scienza politica e del diritto. Esso coincide con la « soziale Frage », e cioè con il problema dell'interruzione del processo di libera autodeterminazione per mezzo del lavoro che si determina nei processi di valorizzazione del capitale, ma, più in generale, e con particolare riferimento alla Germania, con la liberazione dell'individuo dalle forme giuridiche ed istituzionali della società attuale e, dunque, con il problema teorico complessivo

⁽⁴⁾ In modo particolarmente significativo: H. PROSS, *Bürgerlich-konservative Kritik an der kapitalistischen Gesellschaft. Zur Theorie Lorenz von Steins*, in « Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozial-Psychologie », 18 (1966), pp. 131-138. Ma prima di lei: H. MARCUSE, *Reason and Revolution. Hegel and the Rise of Social Theory*, New York, The Humanities Press, 1954 (sulla sterilizzazione della dialettica in Stein, pp. 385-388).

⁽⁵⁾ SUC, p. 22.

della società e dei suoi problemi (6). Nelle pagine che seguono, perciò, non lavora, come in molte ricerche recenti, un'intenzione riabilitativa o il tentativo di cogliere nell'opera di Stein elementi che possano aver anticipato le forme contemporanee dello Stato sociale (7). Il futuro della prognosi steiniana è semplicemente quello anticipato dalla transizione tra cetualità e « staatsbürgerliche Gesellschaft » che marca il problema di riferimento per la sua concettualizzazione del sociale (8).

1. Personalità è il termine che viene riferito da Stein tanto alla « Bestimmung » dell'uomo — essa coincide con il « compito » di liberazione dalla natura e dal bisogno che deve essere realizzato in ogni singolo individuo —, quanto allo Stato, quando lo si riferisca al compito di personificazione della volontà e dell'azione collettiva che ne attua l'idea. Tra le molte definizioni del concetto di « personalità » con le quali Stein lavora, una in particolare sembra superare l'indeterminatezza con la quale l'espressione viene spesso adoperata. La « personalità » è la « lebendige Bewußtsein, daß es ein zweites, unendliches, nur von seiner eigenen Selbstbestimmung erfüllte Leben in uns gibt, das nicht mit dem Objekt des natürlichen Daseins identisch ist, sondern sich dasselbe vielmehr mit seiner Arbeit aneignet » (9). E cioè: la « personalità » va intesa come la vivente esperienza dello sdoppiarsi della vita e della eccedenza che la segna rispetto ai processi della natura quando essa venga intesa come « Arbeit » e cioè come infinita *elaborazione* della contingenza del mondo. Una « vita personale » viene « appropriata » laddove l'azione ritaglia lo spazio della libertà e, dunque, della soggettivazione, nel ripetersi della necessità e della mera fattualità delle cose.

Questa « vivente coscienza » dell'autodeterminazione implica

(6) Tra i primi a rilevarlo: M. GARCÍA-PELAYO, *La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein*, in « Revista de Estudios Políticos », 47 (1949), pp. 43-90.

(7) Si veda ad esempio: *Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit*, Ch. Brüning, U. Schliesky (Hrsg.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

(8) Di una « Historiographie in futurologischer Intention » ha scritto, a proposito di GSBW, C. QUESEL, *Soziologie und soziale Frage. Lorenz von Stein und die Entstehung der Gesellschaftswissenschaft in Deutschland*, Wiesbaden, DUV, 1989, p. 50.

(9) L. VON STEIN, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart, Cotta, 1876 [d'ora in poi: GUZ], p. 108.

una doppia contraddizione. Da un lato quella della sproporzione che esiste tra l'irrefrenabile « Drang » individuale al dominio integrale sul mondo esterno (l'idea assoluta di libertà) e la possibilità della sua realizzazione, costantemente smentita dalla « limitatezza » e dalla finitezza dell'esistenza singolare. Dall'altro, quella che si riproduce sul piano della « Gemeinschaft », dove quell'« impulso » cerca di compensare in forma cooperativa i limiti sui quali si arresta la sua realizzazione. L'esistenza storica è un'esistenza collettiva. Ma questa esistenza collettiva, nella quale vengono messi a disposizione mezzi tendenzialmente infiniti per l'attuazione della « Bestimmung » dell'uomo, è attraversata da limiti che le sono imposti dalle sue forme interne di organizzazione. Se sul piano ontologico la libertà viene esperita come sdoppiamento tra la potenza di autodeterminazione e la finitezza della singolarità; sul piano storico la comunità degli uomini, nella quale quella sproporzione sembra trovare una misura, si sdoppia a sua volta tra la « personalità » dello Stato, che vuole e che agisce in nome della libertà, e la società, nella quale i viventi si trovano fissati e gerarchizzati dalla divisione del lavoro. Ciò dipende dal fatto che la comunità non va intesa come una paratassi, come puro « Nebeinandersein » dei singoli, ma come il « Füreinandersein » che li distribuisce secondo un ordine che condiziona il loro accesso alla proprietà, intesa come abilitazione effettiva alla libertà ⁽¹⁰⁾. Il lavoro appropria la natura realizzando il processo della liberazione umana dal bisogno e attua contemporaneamente la possibilità del soggetto. Esso è la forma immediata dell'autodeterminazione, poiché l'elaborazione del mondo strappa al mondo delle cose la possibilità di una forma di vita differente. Esso è il modo nel quale volontà ed azione interrompono il processo della natura e, trasformandolo, lo mettono a disposizione dell'umanità, per quella parte che di esso vi si concede. Quando il « lavoro » si interrompe — si tratti della « Arbeit » per mezzo della quale la singola personalità domina le cose e reifica la natura in una proprietà, oppure del lavoro inteso in termini molto più generali come il processo per il quale la parte personale della comunità, quella che « vuole ed agisce », si oppone le forme della produzione e della riproduzione,

⁽¹⁰⁾ GSBW, I, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1850*, pp. 14-16; GUZ, pp. 94-95.

il corpo « societario » degli interessi, come ciò che deve essere recuperato all'idea di libertà — la natura prende il sopravvento e tende all'indifferenziazione.

Per Xavier Bichat la vita è l'insieme delle funzioni che resistono alla morte ⁽¹¹⁾. Stein adotta in qualche modo una posizione analoga: « vivo » è solo ciò che è in grado di reagire alla deriva che naturalmente inclina le cose verso l'indistinzione. Quest'idea percorre integralmente l'opera steiniana ed è decisiva per la sua teoria dello Stato. L'autonomia personale è data dalla differenza che si è in grado di produrre rispetto all'impersonale e la si conquista attraverso volontà ed azione ⁽¹²⁾. È a quest'altezza che viene assegnato un ruolo cruciale alla « Arbeit ». Essa non solo è la forma che lockeanamente conferisce al singolo una proprietà e lo statuto di soggetto, ma è anche, quando si assuma il lavoro come cooperazione allargata, il volano che distribuisce i singoli in un ordine attraversato da squilibri e da differenze che tendono a rinaturalizzare la dipendenza e a rendere impossibile l'autodeterminazione ⁽¹³⁾.

Il discorso dell'economia legge questa topologia come divisione del lavoro. Quello che Stein chiama « Organismus des Güterlebens » — definendo « bene » (*Gut*) quanto l'attività trasformatrice del lavoro ricava dalla natura ed « Eigentum » il vincolo che lo lega esclusivamente al singolo per mezzo del diritto ⁽¹⁴⁾ — sancisce l'inscalfibilità del principio proprietario, poiché solo la proprietà garantisce autonomia e autodeterminazione personale, e assume la

⁽¹¹⁾ X. BICHAT, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, Paris, Brosson-Gabon, 1805³, I, art. 1, p. 1.

⁽¹²⁾ GSBW, I, p. 16: « dieser Gegensatz ist mithin eine Bewegung, und diese Bewegung zwischen Persönlichen und Unpersönlichen ist das Leben ».

⁽¹³⁾ Sulla nozione lockeana di lavoro in Stein: F. DE SANCTIS, *Eigentum und Arbeit in der Steinschen Wissenschaft der Gesellschaft*, in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, R. Schnur (Hrsg.), Berlin, Dunker & Humblot, 1978, pp. 305-335, in part. p. 313 e ss. Ma si veda anche Id., *Crisi e scienza. Lorenz von Stein. Alle origini della scienza sociale*, Napoli, Jovene, 1976, p. 130 e ss.

⁽¹⁴⁾ GSBW, I, p. 18: « jedes Gut, von der einzelnen Persönlichkeit erarbeitet, gehört ihr und ihrem Leben, identifiziert sich mit derselben, und wird mithin unverletzlich wie sie selber. Diese Unverletzlichkeit des Gutes ist das Recht; das durch das Recht mit der Persönlichkeit zu einem unverletzlichen Körper zusammengefaßte Gut ist das Eigentum. Wer mithin Recht und Eigentum aufhebt, hebt die Persönlichkeit selber auf ».

dimensione dello scambio come connaturata alla distribuzione di posizioni fissata dalle differenti funzioni e compiti che in esso si danno. Ma su di un altro piano, quello che porta alla determinazione del concetto di « società », questa stessa divisione del lavoro verrà assunta come un rigido ordine di rapporti improntati alla dipendenza.

Non soltanto, infatti, solo apparentemente il singolo è « libero » di scegliere « la via da seguire » per il suo sviluppo interno (la propria « Bestimmung » in quanto soggetto di « volontà ed azione »), quando invece tale via è materialmente condizionata dalla posizione mantenuta nella divisione sociale del lavoro (una posizione che connota drasticamente lo stesso « modo di vedere il mondo » differenziandone la percezione a seconda dell'attività prestata ⁽¹⁵⁾), ma quello stesso singolo, vincolato all'ordine del rapporto comunitario e al suo principio proprietario, vi si troverà inquadrato, lo voglia o meno, dal fatto di possedere o di non possedere una proprietà.

Vi sono dati immutabili, che agiscono come presupposto « naturale » per l'autodeterminazione. Essa lavora sul bordo della contraddizione tra l'infinita metafisica della « Bestimmung » e il sistema delle sue condizioni. Queste condizioni sono, sul lato « corporeo », naturale, del soggetto, quelle che permettono la sua riproduzione. « Materia », « bisogno » e « lavoro » definiscono per Stein lo « unabänderliche Wesen » che assegna ad un limite la libertà. Ogni singolo dipende, per soddisfare i propri bisogni, da beni che sono ciò che il lavoro ottiene dalla natura. Già in questo si rivela il dato che l'autodeterminazione non si compie nel vuoto, ed è materialmente situata in un organismo vivente. Ma ancor più radicalmente, la dipendenza che si produce nella circolazione dei « beni » rinvia alla formula giuridica che quei « beni » assegna a una « proprietà ». Tutti i viventi hanno indistintamente una « forza lavoro » (*Arbeitskraft*) in cui si compendia la loro identica potenza di autodeterminazione ⁽¹⁶⁾, ma la « materia » (*Stoff*) che rappresenta il

⁽¹⁵⁾ GSBW, I, p. 20.

⁽¹⁶⁾ Qui può essere assunta la « Gleichheit der arbeitenden Persönlichkeiten ». Cfr. L. VON STEIN, *Der Begriff der Arbeit und die Principien des Arbeitslohnes in ihrem Verhältnisse zum Socialismus und Communismus* (ed. or. « Zeitschrift für die gesammte

supporto per la sua espressione è disegualmente distribuita in proprietà, secondo modalità che traducono in un ordine della dipendenza la forma di relazione originaria in cui si attua il « Füreinandersein » dei singoli. Non soltanto il singolo è vincolato a ciò che possiede per emanciparsi dal bisogno, ma, più in profondità, si ritrova dipendente dalla proprietà altrui, per poter lavorare e dunque « liberarsi » dalla natura, non soltanto al livello degli scambi, garantiti dalla forma del contratto, quanto piuttosto su quello della produzione (17). Qui, la scissione tra « forza lavoro » e « materia » si manifesta come presupposto ordinante la comunità e quest'ultima si rivela attraversata dalla linea che divide chi possiede i mezzi di produzione e coloro che solo detengono la « Arbeitskraft »: come la « Ordnung der Abhängigkeit deren, welche nicht besitzen, von denen, welche besitzen ». E cioè, come dipendenza di coloro che non hanno altra proprietà che la « forza lavoro » inscritta nella loro natura (nella « Leiblichkeit » della loro « lebendige Persönlichkeit », scriverà Marx (18)), da coloro i quali detengono invece lo « Stoff » in proprietà (19).

Deriva di qui il passaggio alla fondazione del concetto di società che permette a Stein di ridefinire il quadro complessivo delle scienze dello Stato. È la storia della società ciò che impone la fuoriuscita tanto dalla filosofia del diritto, quanto dalla storia giuridica. Se già in anni precedenti Stein aveva polemizzato con Savigny per la centralità riconosciuta al diritto privato nel quadro della ricezione del diritto romano e aveva assunto una posizione volta a legare la storia delle forme giuridiche alle potenze sociali che le determinano — la sua polemica con la scuola storica durerà sino alla fine della sua carriera, quando rivendicherà una modernizzazione degli studi che riconosca l'ormai evidente « estraneità » del diritto

Staatswissenschaft », 3 (1846), pp. 233-290), Neudruck hrsg. von E. Pankoke, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, pp. 70-71.

(17) GSBW, I, p. 22.

(18) K. Marx, *Das Kapital*, I, 2, in: *Marx Engels Werke*, hrsg. von Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED [= MEW], Berlin, Dietz Verlag, 1962, Bd. 23, p. 181.

(19) GSBW, I, p. 24.

romano al sistema dei rapporti capitalistici ⁽²⁰⁾ —, il suo progetto di riorganizzazione della scienza politica muove dalla centralità sistematica assegnata, sin dagli esordi, alla storia della società. Sono i concreti « Lebensverhältnisse » a produrre e a trasformare i quadri del diritto. Stein lo ribadirà con una formulazione radicale all'altezza della sua dottrina dell'amministrazione: non è il diritto a creare i rapporti per i quali esso vale, sono piuttosto quest'ultimi a produrre, e a trasformare continuamente, il diritto (« Das Recht erzeugt nicht die Dinge, für welche es gilt, sondern die Dinge erzeugen ihr Recht ») ⁽²¹⁾. All'altezza dell'analitica della « Ordnung der Gemeinschaft » l'ordine del discorso economico viene ecceduto e le categorie della « Nationalökonomie » destituite della loro autoevidenza. La dipendenza del lavoro dalla proprietà non soltanto permette di verticalizzare i circuiti della circolazione sul rapporto di produzione che li fonda, ma consente di stabilizzare il punto di vista che consente di differenziare le forme sociali, di tracciarne la storia, di avanzare oltre lo specchio delle regolarità giuridiche per guadagnare l'accesso al « laboratorio » in cui vengono sintetizzati i rapporti che quelle regolarità pongono in essere. « Es ist dem Geist der Menschen gegeben », scriverà Stein, « nicht bloß die erscheinenden Dinge zu kennen und zu nennen, sondern zuweilen einen Schritt in die große Werkstatt zu thun, in der die Kräfte des Daseins in gewaltiger Arbeit wirken » ⁽²²⁾. E qui l'assioma che dovrà essere assunto recita che è appunto la società a fare il diritto (« die Gesellschaft erzeugt das positive Recht ») e non il diritto ad ordinare la società ⁽²³⁾.

L'ordine della dipendenza tra proprietari e non proprietari che la cooperazione sociale rivela, non è, dunque, indeterminato, così

⁽²⁰⁾ GUZ, p. 49. Per la polemica con Savigny: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 66 e ss.; K. TAKII, *Savignynähe und Savignykritik. Entstehung und Tragweite der Staatswissenschaft Lorenz von Steins*, in *Lorenz von Stein und der Sozialstaat*, S. Koslowski (Hrsg.), Baden Baden, Nomos Verlag, 2014, pp. 42-63.

⁽²¹⁾ L. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre, Erster Theil, Die Vollziehende Gewalt, Dritter Theil, Das System des Vereinswesen und des Vereinsrecht*, Stuttgart, Cotta, 1869² [d'ora in poi: VWL, I, 3], p. 199.

⁽²²⁾ GUZ, p. 132.

⁽²³⁾ *Ibidem*.

come non lo sono le figure cui quel rapporto è imputato. La proprietà è sempre proprietà di qualcosa; questo significa che la proprietà può essere qualificata e che dai suoi tipi vanno dedotte differenti forme sociali. Proprietà di terre, moneta o capitale non soltanto implicano modalità specifiche di valorizzazione, ma alludono a processi storicamente differenziati di prevalenza dell'una o dell'altra nella gerarchizzazione dei rapporti sociali. Il possesso di terra può dare adito a rendite ricavate dai raccolti, ma anche dalla locazione, da affitti e dalla valorizzazione diretta della proprietà; quello di un capitale a investimenti o a ricavi differiti; la proprietà di capitale fisso (*festes Kapital*) alle forme di profitto che caratterizzano l'età industriale. Lo stesso processo caratterizza il lavoro, una volta si esca dal piano ideale che lo identifica con la libera appropriazione del mondo. Esso non soltanto implica la mediazione con il — e quindi la dipendenza dal — complesso del lavoro sociale nel quale il singolo si trova posizionato («um sie zu verstehen, braucht ein jeder nur in allerengsten Kreise um sich her zu suchen», scrive Stein; che prosegue: «vom obersten bis zum niedrigsten wird jeder finden, daß die Ordnung, die ihn umgibt, keine andere ist als die angegebene; daß er selbst gerade in dieser Ordnung seinen persönlichen Platz findet» (24)), ma si troverà di volta in volta descritto dagli assetti proprietari che lo comandano. Se la forma sociale corrispondente alla proprietà fondiaria sarà il rapporto servile, con le forme di fedeltà e di attaccamento che lo caratterizzano, nel lavoro di fabbrica, in cui il dominio si esprime come anonima organizzazione del processo produttivo, altre saranno le forme societarie che si sviluppano, così come altre ancora saranno quelle descritte dai rapporti di subordinazione propri alla società commerciale, nei quali il dipendente identifica più un aiutante o un mandatario del proprio

(24) GSBW, I, p. 27. Si tratta evidentemente della rielaborazione di elementi hegeliani. Cfr. G. W. F. HEGEL, *Enz.* §§ 524-526. Sull'influenza di Hegel su Stein: S. KOSLOWSKI, *Die Geburt des Sozialstaats aus dem Geist des deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*, Weinheim, VCH Acta humaniora, 1989; M. LÖBIG, *Persönlichkeit, Gesellschaft und Staat. Idealistische Voraussetzungen der Theorie Lorenz von Steins*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2004; N. WASZEK, *Aux sources de l'État social à l'allemande: Lorenz von Stein et Hegel*, in «*Revue germanique internationale*», 15 (2001), pp. 211-238.

datore di lavoro, il cui ruolo è evidentemente diverso da quello di un signore o di un padrone ⁽²⁵⁾.

Le formazioni sociali che si determinano con i diversi rapporti di subordinazione del lavoro alla proprietà sviluppano un ulteriore elemento al quale Stein dedica attenzione. Oltre a sedimentare un ordinamento interno di funzioni e di prestazioni che assegna una precisa direzione alla « Gemeinschaft » esse smentiscono il presupposto filosofico secondo il quale ciò che dà accesso alla relazione — e dunque: alle forme di regolazione che le attraversano — sia la libera volontà individuale. I soggetti non possono essere pensati nell'astrazione che li coglie sotto le specie della sola morale o del solo diritto, una volta che il « bisogno » li abbia « naturalizzati » nel circuito della produzione e dello scambio. Le forme che gerarchizzano la produzione di soggettività tendono a fissarsi attraverso la famiglia, alla quale Stein assegna il ruolo di autentica « Macht » ordinante. I singoli vengono socializzati a partire da una posizione che condiziona le loro possibilità di autodeterminazione. Non soltanto la famiglia si trova ad occupare un posto determinato nella « Ordnung der Gemeinschaft » — il posto che le corrisponde in base alla funzione sociale specifica svolta dallo « Familienhaupt » —, ma tende con questo a descrivere il limite della sfera di azione concessa ai suoi membri tanto in rapporto al presente, quanto in rapporto al futuro. Qui si dà la posizione del problema di Stein: da un lato — ed in particolare sul piano della filosofia morale che accende un'idea del diritto come pretensività — la moderna fabbrica del soggetto libera una nozione di individualità autodeterminata facendo astrazione dalle forme societarie all'interno delle quali il soggetto è radicato; dall'altra i processi reali che lo includono in relazioni ordinate tendono a fissarlo all'interno di limiti che ne condizionano l'espressività e che rischiano di « rifeudalizzarlo » all'interno di forme di dipendenza che, con la loro permanenza, ipotecano per interi settori sociali la stessa possibilità del futuro. « Auf dieser Weise », scrive Stein che si avvicina a fondare i concetti di Stato e società, « wird die Ordnung des Güterlebens zu einer Ordnung der Menschen und ihrer Thätigkeiten, und diese wieder-

(25) GSBW, I, p. 26.

rum durch die Familie zu einer dauernden Ordnung der Geschlechter » (26).

Se un'« unità organica della vita umana » può essere rinvenuta, essa deve perciò essere ricondotta al sistema che, sul rovescio della circolazione e dello scambio descritto dal « Güterleben » e dai saperi dell'economia, solo la produzione è in grado di fissare. Qui la vita dei singoli viene colta come l'insieme dei « condizionamenti » materiali determinati dalla distribuzione dei beni, dall'organizzazione del lavoro, dal bisogno — il definitivo passaggio oltre Hegel sarà segnato dalla centratura della società sull'irriducibilità e sullo scontro degli interessi che si determina sul lato dell'autodeterminazione e non sulla « conciliazione » resa possibile dalla reciprocità dei « Bedürfnisse » che nella *Rechtsphilosophie* hegeliana marca invece la nozione di « bürgerliche Gesellschaft », come avremo modo di vedere (27) — e dalla stabilizzazione che questo sistema di condizionamenti subisce, diventando così durevole, nella famiglia attraverso la quale esso si riproduce.

È perciò a quest'altezza che la formazione comunitaria nella quale Stein ha pensato la mediazione tra libertà e finito si apre ad una nuova opposizione. « Volontà ed azione » della comunità si esprimono unitariamente nella personalità dello Stato, ma un oggetto altrettanto unitario può essere isolato di fronte a esso come campo di esercizio e come « limite » per la sua attività (limite inteso non come ciò che la blocca o sul quale essa è costretta ad arrestarsi, ma come ciò che materialmente la determina): quello « menschliche Leben » nel cui singolare collettivo si riassume l'intero processo allargato della distribuzione delle proprietà e della divisione del lavoro, il movimento alimentato dai bisogni sociali, il sedimentarsi, con la mediazione della famiglia e della « stirpe », di una storia delle istituzioni e di una storia giuridica; lo spettro complessivo dei rapporti, cioè, in cui si raccoglie e si distribuisce la « realtà concreta della singola personalità » (*das konkrete Dasein der einzelnen Per-*

(26) GSBW, I, p. 29.

(27) HEGEL, *Rechtsphil.* § 182. Il punto è stato messo in luce in un vecchio saggio di P. VOGEL, *Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz von Stein, Marx, Engels und Lassalle*, in « Kant-Studien », 59, Berlin, Heise, 1925.

sönlichkeit) (28). Il « concetto di società » (« Gesellschaft », senza altra aggettivazione o qualifica (29)) è ciò che permette di attraversare i differenti livelli di analisi che permettono di isolare scientificamente le leggi di movimento di questo differenziato sistema di rapporti nei quali acquista consistenza e incontra, di nuovo, il proprio limite, il progetto di autodeterminazione e di autonomia in cui si compendia l'umano.

2. Alla singola personalità è impossibile l'autodeterminazione. Questa può darsi in termini effettivi solo all'interno delle condizioni di esistenza reali dell'individuo e cioè nella relazione con gli altri. E questo significa che non è nella dimensione astratta della pura concettualizzazione, ma solo nella « vitalità » dei rapporti in cui essa è presa, che la personalità, la costruzione dell'autonomia e della libertà individuale, possono determinarsi. La vita della « Gemeinschaft » è « luce, aria e terra », scrive Stein, per la vita di ogni singolo (30). Nella comunità viene mondanizzata l'idea di individualità, ma a questa naturalizzazione non corrisponde però alcuna datità del sociale. Società si dà solo a partire dalla singolarità e dall'irriducibile problema dell'autonomia individuale che attraverso di essa viene realizzandosi (31). Il « corpo » della società, complesso sistema di bisogni e di interessi in rapporto tra di loro, tiene qui il luogo dell'impersonalità, e cioè della materia, che l'elemento personale della comunità, lo Stato, si trova ad affrontare come ciò che gli si oppone muovendosi e riproducendosi in cicli che sono del tutto

(28) GSBW, I, p. 29.

(29) Sul tema e sulla storia concettuale del termine « Gesellschaft »: M. RIEDEL, *Gesellschaft, Bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon der politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, Klett-Cotta, Bd. 2, 1975, pp. 719-800; F.-X. KAUFMANN, *Thinking about Social Policy: the German Tradition*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013, in part. p. 27 e ss.

(30) GSBW, I, p. 30: « das Leben dieser Gemeinschaft Licht, Luft und Erde für das Leben jeder Einzelnen ist ».

(31) Si veda: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, ora in *Lorenz von Stein. Gesellschaft — Staat — Recht*, hrsg. und eing. von E. Forsthoff, Frankfurt a. M. — Berlin — Wien, Propyläen Verlag, 1972, pp. 513-547.

indipendenti da lui ⁽³²⁾. Proprio per questo Stato e società vanno intesi come i due « *Lebenselemente* » di qualsiasi forma di vita comunitaria: solo nella tensione che dispone l'uno di fronte all'altro Stato e società quali poli di azione e reazione — Stein usa le categorie idealiste di « *Stoß* » e « *Gegenstoß* » — si dà la possibilità della vita per un popolo. La contraddizione è qui assunta come fattore *storiogenetico* e come indicatore *storiologico*: essa determina una denaturalizzazione dell'esperienza del tempo (storia si dà solo laddove l'uomo, individualmente e collettivamente, elabora il mondo e si autonomizza rispetto alla ripetitività dei cicli naturali) e fornisce la chiave di volta per l'identificazione della legge di movimento della storia ⁽³³⁾.

Certo, nella prospettiva mortalista di Stein, la vita deve continuamente essere strappata rispetto alla naturale tendenza che conduce alla morte; e « *den Tod kennt die Erde* », la morte dilaga, quando non venga resistita. Sulla terra non esistono popoli perfetti — poiché la perfezione implicherebbe un arresto; il risolversi della contraddizione vitale che produce e che tiene in tensione i processi storici —, ma esistono invece « *töte Völker* », civiltà politiche sepolte. La morte dei popoli si determina quando lo Stato domina senza resto, annettendone la differenza, la società, oppure quando la sua idea si dissolva nell'elemento impersonale che la mette alla prova e il potere dello Stato finisca nelle mani della società e cioè delle classi in essa dominanti. Nel primo, quanto nel secondo caso, la tensione che sussiste tra i due poli della sintesi vitale — quello personale in capo allo Stato e quello impersonale proprio ai processi sociali e ai circuiti descritti dal bisogno e dalla divisione del lavoro — si distende, e la quiete che subentra con il dissolvimento della contraddizione coincide con l'indistinzione della morte. Se la vita è

⁽³²⁾ GSBW, I, p. 31: « ganz offenbar ist das Persönliche, Selbstbestimmende in ihr der Staat, der persönliche Organismus des allgemeinen Willens. Das Nichtpersönliche, das, was seinen Organismus und seine Bewegung mithin nicht vom allgemeinen Willen empfängt, und demnach eine allgemeine und feste Ordnung der Gemeinschaft der Menschen aufstellt auf der Basis der natürlichen Lebenselemente ist nicht anderes als die Gesellschaft ».

⁽³³⁾ Cfr. O. JOUANJAN, *Lorenz von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire (1789-1794)*, in « *Annales historiques de la Révolution française* », 2002, 328, pp. 171-191.

il darsi di un'azione e di una reazione, è la « lotta » all'interno della quale un vivente trasforma l'ambiente sintetizzando da esso gli elementi che gli consentono di vivere; e se, ad un livello superiore, la libertà si dà esclusivamente come eccedenza — e cioè: nella differenza che essa è in grado di produrre — rispetto alla necessità propria alla ripetizione naturale, quella che Stein chiama la « vita della comunità umana » consiste nell'ininterrotta lotta (*beständiger Kampf*) tanto dello Stato con la società, quanto della società con lo Stato. Un equilibrio tra le due parti della « Gemeinschaft » è impossibile, così come lo è la decisione, dispotica oppure utopico-rivoluzionaria, volta a sciogliere il rapporto tra di esse. Una risoluzione che quando si sia unilateralmente prodotta, sul piano della storia generale delle civiltà, ha sempre comportato l'estinzione di un popolo, qui inteso come il vivente sistema di relazioni che deve essere continuamente riconquistato tra libertà e dominio. « Es kann vielmehr *kein anderes* Leben eines Volkes geben, als gerade diesen Kampf », ne conclude perciò Stein ⁽³⁴⁾.

Abbiamo ora gli elementi che consentono di allineare alcune delle considerazioni sin qui svolte. Per Stein tanto il concetto di « civilisation » quanto quello di « popolo » debbono essere decostruiti perché possa essere lasciata emergere la contraddizione che li caratterizza. Questa contraddizione è ciò che tiene in tensione lo sviluppo della storia; è la contraddizione che la storia produce, e deve essere assunta come descrittore fondamentale delle sue leggi generali. A loro volta, queste leggi generali sono le leggi che esprimono il significato concreto del rapporto giuridico. E il rapporto giuridico, il diritto e la sua storia, implicano il « lavoro » per mezzo del quale la libertà, effetto della « volontà » e dell'« azione » dello Stato, viene proiettata nel campo dei bisogni e degli interessi sociali contrastando la deriva che tende a fissarli bloccando così le traiettorie dell'indipendenza e dell'autonomia individuale.

Tutto questo non è tuttavia ancora sufficiente, perché possano essere isolati i principi dello Stato e della società. Il loro rapporto non può essere definito in termini statici — come la semplice opposizione polare, cioè, tra i due termini in cui si compendia il

⁽³⁴⁾ GSBW, I, p. 32.

rapporto comunitario — perché tanto lo Stato quanto la società vanno intesi come processi « viventi » volti alla realizzazione di finalità specifiche, che devono essere riferite agli individui concreti coinvolti tanto nel processo dell'uno, quanto in quello dell'altra.

Di qui una serie di conseguenze. Lo Stato va inteso come il « comune » delle volontà singolari elevato a unità d'azione. La prospettiva processuale di Stein, che recepisce il singolo come individuato dalla posizione che lo distribuisce all'interno delle dinamiche sociali, non può però assumere come sufficiente questo livello di astrazione. Gli uomini concreti sono evidentemente socializzati su gradi di autonomia personale molto differenti, anche qualora vengano considerati in una stessa sezione temporale ⁽³⁵⁾. Ne deriva che lo Stato stesso è condizionato, quanto al suo sviluppo, dal livello medio degli individui che lo compongono e che quanto più quest'ultimi si trovino in ritardo o in progresso rispetto alle *chances* di autodeterminazione offerte dalla generale disponibilità di beni sociali (intesi come beni fisici, materiali o spirituali; come forza e salute, ricchezza o istruzione), tanto più arretrato o avanzato sarà lo Stato, in quanto inevitabilmente ad essi riferito: « es folgt mithin » — e si tratta per Stein di un principio della massima importanza — « daß das Maß der Entwicklung aller einzelnen zum Maße der Entwicklung des Staats selber wird » ⁽³⁶⁾.

Ma non solo. Questo principio, che acquisirà una particolare rilevanza in riferimento alla società e ai processi che la società attraversano, non andrà inteso a sua volta in termini statici. In questione non è cioè il rapporto tra media complessiva del benessere individuale e benessere dello Stato così come nelle scienze di Polizia. Lo sganciamento dei concetti di Stato e società è operato da Stein ai fini di progettare i livelli istituzionali (con i saperi della politica che ad essi corrispondono) in grado di mantenere aperte le possibilità di autonomia e di espressività individuale che marcano la definitiva fuoriuscita dalla cetualità e dalle logiche di governo che le sono

⁽³⁵⁾ GSBW, I, 34: « nun ergibt sich die Natur der einzelnen Persönlichkeiten die Thatsache, daß diese einzelnen auf *verschiedenen* Stufen ihrer persönlichen Entwicklung stehen ».

⁽³⁶⁾ GSBW, I, 35.

proprie⁽³⁷⁾. Come Stein avrà modo di ribadire molti anni dopo, non si tratta di uguaglianza o di disuguaglianza astratte quando si giudica dell'umanità, ma del « divenire del singolo » e del passaggio che gli sia effettivamente possibile realizzare dalle più basse alle più alte posizioni del campo sociale⁽³⁸⁾. Compito dello Stato sarà perciò la realizzazione tendenziale — tendenziale, poiché un compimento volto a riassorbire interamente le differenze sulle quali il movimento della società si fonda significherebbe l'arresto tanto della società, quanto dello Stato — del massimo sviluppo possibile per ciascuno e per tutti, attivando i propri poteri all'attuazione dell'idea che gli corrisponde e cioè « liberando » possibilità di soggettivazione per il singolo all'interno del sistema di bisogni e di interessi materiali che definisce il « corpo » della società.

È perciò alle leggi di movimento della società che occorre ora guardare. Stein osserva come vi siano stati innumerevoli contributi volti a fissare i principi dello Stato, ma non se ne sia dato ancora alcuno che cerchi di descrivere il « principio della società » (*Prinzip der Gesellschaft*). Come è possibile che un oggetto definito in opposizione ad altro — ed in particolare al polo nel quale si compendiano libertà e azione del soggetto collettivo, lo Stato in quanto « *Verfassung und Verwaltung* »⁽³⁹⁾ — possa esprimere un autonomo centro di movimento? La risposta a questo quesito, fondamentale perché possa essere pensata dinamicamente la relazione tra Stato e società e, attraverso di quest'ultima, la storia del diritto e delle istituzioni, rivendica il portato di innovazione della « scienza della società » di Stein. La società, come lo Stato, svolge una funzione di supporto in relazione alla « *Bestimmung* » dell'uomo e cioè alla liberazione dalla necessità che fonda il soggetto. A differenza di quanto accade nello Stato, però, nel quale i singoli si raccolgono in una volontà e in un'azione comuni, nel quadro dei processi sociali la premessa alla soddisfazione del bi-

(37) Cfr. P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 52 e ss.

(38) VWL, I, 3, p. 17: « nun ist es klar, daß das höchste Wesen der Menschheit weder in der Gleichheit und Ungleichheit, sondern in dem Werden der Einzelnen, der Entwicklung der Einzelnen von der niederen Stellung zur höheren ist ».

(39) GSBW, I, p. 38: « wo daher in der menschlichen Gemeinschaft die einheitliche Kraft aller in Verfassung oder Verwaltung nach jenem Ziele strebt, da ist es die Staatsidee, die wir lebendig sehen ».

sogno è la relazione che va da un individuo ad un altro e cioè il fatto che la soggettivazione implichi sempre, sull'altro lato, l'assoggettamento di qualcuno. « Befriedigung » e « Genuß », nei quali ci si emancipa materialmente dal bisogno — e dunque il portare a realizzazione i nostri desideri sul piano pratico — coinvolgono gli altri come mezzi per la realizzazione degli scopi individuali. Si tratta della relazione di servizio (*Dienst*), come della particolare forma di « dipendenza » che lega e che divarica i soggetti sulla verticale dell'autodeterminazione e dello sviluppo della personalità. Quanto più il singolo si dà come « compito », in osservanza del presupposto ontologico che lo indirizza all'autonomia, il proprio potenziamento — qui inteso come l'acquisizione di ricchezza, benessere e stabilità, che permette di concretizzare il più alto grado possibile di « godimento » —, tanto più collegherà a sé altri individui, « sottomettendoli » al proprio progetto di liberazione dal bisogno e dall'insieme di condizionamenti che esso implica sul piano materiale, simbolico e spirituale. « Abhängigkeit » e « Unterordnung » si rivelano perciò come la grammatura del tessuto che le dinamiche proprietarie intrecciano tra i singoli sul piano societario. E, ancora più radicalmente, esse rivelano come questo tessuto sia ordito sull'irriducibile antagonismo degli interessi. Il godimento implica il reclutamento di quante più forze sociali possibili per la sua soddisfazione; ma sul lato di quest'ultime, scomposte in posizioni singolari da quello stesso desiderio di godimento che è dato indistintamente a tutti in quanto « viventi », esso si determina come desiderio di sottrazione alla « Unterordnung » degli uni agli altri che il rapporto strumentale di « servizio » tende a sedimentare, striando e stratificando il rapporto sociale. Si rompe a quest'altezza il quadro dell'eticità. La dimensione di reciprocità indotta dal « bisogno », si schiude sulla materialità dell'interesse come autentico motore delle dinamiche sociali e sull'affatto paradossale effetto *dissociativo* che vi è implicato. L'interesse è il baricentro dell'azione del singolo nelle relazioni con tutti gli altri e, proprio per questo, è anche ciò che dispone gli uni di fronte agli altri revocando gli assetti determinati dalla distribuzione della proprietà e mettendo in movimento quest'ultimi assieme alle strutture di potere da essi determinate ⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ GSBW, I, p. 43.

Ma se è così, e cioè, se l'interesse si trova ad assumere il ruolo di « Prinzip der Gesellschaft » e contemporaneamente di innesco delle dinamiche sottrattive in base alle quali la « Unterordnung » si *dis-ordina* — a seconda dei tipi di proprietà che possono essere descritti, gli interessi del proprietario e del non proprietario tendono a disconoscere in modo differenziato le rispettive posizioni e a disdire il legame di « servizio » che il secondo deve al primo, ma convergono nel dare a vedere come nemmeno il contratto di lavoro si dimostri in grado di recuperare la linea di fuga sulla quale entrambi si dispongono ⁽⁴¹⁾ —, l'interesse si ritrova a entrare in « diretta contrapposizione » con lo Stato e il principio che ne orienta l'azione. Vale la pena farlo notare di nuovo: qui l'interesse non è soltanto ciò a cui si ingrana il movimento della società, il principio vitale che all'interno di quest'ultima traduce la materialità dell'autodeterminazione e concretizza la pretensività del desiderio individuale, ma esso è anche ciò che scioglie in una molecolarità di rapporti pressoché impossibili da descrivere proprio perché diversificati e reciprocamente contraddittori la densità degli stessi interessi di classe. La scomposizione non si produce perciò solo rispetto alla verticalità della « Unterordnung » determinata dalla distribuzione delle proprietà, ma anche orizzontalmente — l'interesse della grande proprietà non è lo stesso della piccola; quello del « Grundbesitz » è differente da quello finanziario e questo da quello del capitale industriale, ad esempio —, rendendo di fatto impossibile assumere lo stesso paradigma dello sviluppo come lineare o la transizione tra le forme proprietarie come successiva o come irreversibile ⁽⁴²⁾.

Se il principio dello Stato è la « Erhebung » di ciascun individuo alla più piena libertà — questo altro non significa se non il mantenere aperta per tutti la possibilità di ottenere una proprietà,

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*: « Zuerst steht das Interesse derer, welche durch den Besitz andere von sich abhängig sehen, dem Interesse dieser Abhängigen direkt entgegen. Jene erste Klasse der Gesellschaft will die Abhängigkeit vermehren und befestigen, diese will sie aufheben ».

⁽⁴²⁾ Il punto è sviluppato in L. VON STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrecht mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, Stuttgart, Cotta, 1870 [d'ora in poi: HDB], p. 395: le forme di proprietà e le formazioni societarie ad esse connesse sono « gleichzeitig vorhanden ».

fluidificando grazie al « lavoro » dell'amministrazione gli effetti di blocco determinati dalla cristallizzazione degli interessi sociali, come avremo modo di vedere —, la dipendenza e la « *Unterordnung* » in cui si rivela la struttura interna della società assieme alla conflittualità che le è immanente, prevede invece che l'autodeterminazione dell'uno sia resa possibile solo dalla « sottomissione » dell'altro, in quello che non può essere rappresentato come uno scambio paritetico nel quale ne vada della reciprocità del bisogno, ma che deve essere assunto invece secondo il vettore unidirezionale che ne attraversa la relazione: la libertà si attua con il dominio dell'altro ⁽⁴³⁾.

Di qui la « diretta contrapposizione » (*direkter Widerspruch*) tra i due « poli » della « *menschliche Gesellschaft* ». Essa si divide al suo interno e da questa divisione trae l'energia che alimenta la sua « vita » e cioè la sequenza delle fasi che ne costituiscono la storia. La persona, lo abbiamo visto, si definisce in termini relazionali, ovvero in rapporto dialettico con ciò che non ha personalità. Questo avviene in base al fatto che l'Io, che si oppone alla propria corporeità, si rivela come « volontà » e come « azione ». Nello Stato, in quanto garante della personalità, queste due caratteristiche dell'Io vengono separatamente attribuite a due grandi campi di competenza. In base al primo, che riguarda l'inclusione dei cittadini dal punto di vista *politico*, ossia l'integrazione partecipativa degli stessi all'organismo dello Stato in vista della formazione della volontà generale, lo Stato si presenta come « costituzione » (« *Verfassung* »); in base al secondo, e cioè, in relazione all'« azione » che viene chiamato ad esercitare rispetto alla società, esso si presenta come « amministrazione » (« *Verwaltung* ») ⁽⁴⁴⁾. Di fronte ad esso, la società, nella quale domina l'interesse e il progetto di fissarlo, non cerca la dismissione del principio puro dello Stato: i processi sociali non possono smentirne l'idea di uguaglianza di cui si fa carico il

⁽⁴³⁾ GSBW, I, p. 45: « es ist ferner gezeigt, daß das Prinzip der Gesellschaft die *Unterwerfung* der einzelnen unter die anderen einzelnen, die Vollendung des einzelnen durch die Abhängigkeit des anderen ist ».

⁽⁴⁴⁾ GSBW, I, p. 37: « Das Prinzip des Staates fordert daher eine Verfassung für Alle und Freiheit für den Einzelnen, als die erste Voraussetzung und zugleich als die erste Form seiner Verwirklichung ». [...] « Die Verwaltung des Staates erreicht demnach ihre reinste, idealste, durch das Prinzip des Staates gebotene Gestalt, wenn sie das Leben aller Staatsbürger zu ihrer einzigen Aufgabe machte ».

diritto pubblico. Ciò che però si determina come legge generale è il costante tentativo da parte delle classi socialmente dominanti — con il particolare tipo di proprietà che di volta in volta le caratterizza e la relazione di « servizio » in esso implicata — di « impadronirsi in forma esclusiva del potere dello Stato » (*sich so sehr als möglich ausschließlich der Staatsgewalt zu bemächtigen*) ai fini di garantire il proprio interesse ⁽⁴⁵⁾.

3. La nozione di « diritto societario » (*gesellschaftliches Recht*) cerca di sviluppare le modalità di questa fissazione giuridica degli interessi. Essa si determina nell'occupazione e nell'uso delle forme dello Stato (costituzione e amministrazione) allo scopo di riprodurre, con le trasformazioni che di volta in volta la segnano in rapporto al mutamento degli assetti proprietari, l'egemonia delle classi socialmente dominanti. Stein lavora — e sarà per questo criticato da Gurvitch ⁽⁴⁶⁾ — con un'idea di oggettività che assume in « blocco » gli stati di società di fronte ad un altrettanto formalizzata idea di Stato. Il diritto cristallizza posizioni di prevalenza immediatamente corrispondenti ai rapporti di forza e di dipendenza che descrivono la « Ordnung » della società ⁽⁴⁷⁾. È per questo che il sistema giuridico si dimostra essere « l'indice di base dell'intensità del dominio di una singola classe sul potere dello Stato » ⁽⁴⁸⁾. L'interesse è legato alla proprietà e la proprietà è la base dell'autodeterminazione. La difesa della libertà conseguita attraverso la proprietà si traduce immediatamente in termini giuridici: la proprietà fondiaria prevede ereditarietà e maggiorascato, altre forme proprietarie, che non possono essere di per sé esclusive perché determinate dal possesso di capitale (con esso si produce definiti-

⁽⁴⁵⁾ GSBW, I, p. 49.

⁽⁴⁶⁾ Si veda: G. GURVITCH, *L'idée du droit social: Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932, pp. 157-158; pp. 521-535.

⁽⁴⁷⁾ GSBW, I, pp. 56-57. Ma sul tema si veda più in generale M. RICCIARDI, *Ascesa e crisi del costituzionalismo societario. Germania 1840-1900*, in « Ricerche di Storia Politica », 2013, 3, pp. 283-299.

⁽⁴⁸⁾ GSBW, I, p. 59: « das gesellschaftliche Rechtssystem ist daher der Gradmesser der Herrschaft einer einzelnen Klasse über die Staatsgewalt ».

vamente la scissione tra bene e valore, tra « Gut » e « Werth »⁽⁴⁹⁾), vengono difese da monopoli e corporazioni, e quando il lavoro libero ne travolga elementi ed organismo, è il profitto, riprodotto dalla struttura del salario, ciò che nel sistema giuridico trova la propria garanzia⁽⁵⁰⁾. Da un lato, soglie censitarie che limitano la partecipazione abilitando solo una parte dei soggetti alla produzione legislativa, dall'altro l'occupazione delle cariche amministrative per controllare l'esecuzione della legge. La « wirkliche Verfassung » è il prodotto in cui si concretizza l'ipoteca societaria sulla costituzione; ipoteca che deve essere a sua volta interpretata come la convergenza delle temporalità differenziate e, talvolta, confliggenti dei differenti assetti proprietari e dei soggetti che vi corrispondono, unificate di volta in volta nell'« oggettività » di un'egemonia che pesa come la potenza dominante nel quadro del diritto sociale. Derivano di qui l'autonomia dello « gesellschaftliches Recht » sul piano investigativo — egli rivendica con esso uno dei punti di massima innovazione scientifica del proprio lavoro — e la valorizzazione della « storia della società » come integrazione della categorie per mezzo delle quali Stein intende rifondare la « Staatswissenschaft ». Sul piano della società e su quello del diritto che ne trascrive le strutture ordinanti, cresce l'« illibertà » come cristallizzazione di posizioni di forza che depotenziano, quando non rendono del tutto impossibile, la capacità di autodeterminazione del lavoro. La difesa degli equilibri proprietari tende a restringere la possibilità della mobilità ascendente del singolo, in quanto rafforza la sua dipendenza dalla proprietà altrui. Ma è di nuovo il presente — « unserer unmittelbare Gegenwart » come ciò che contiene « nel suo nucleo più profondo la lotta » tra le due « Mächte » che occorre definitivamente scindere per evidenziare la contraddizione che si spalanca tra di esse, lo Stato e la società — quanto permette la « creazione » di questa particolare storia della società dalla quale Stein ricava le proprie categorie. Il presente è segnato dalla fuoriuscita dalla società per ceti. In Francia, alla fine della Rivoluzione francese e con l'installarsi della « staatsbürgerliche Gesellschaft » in posizione costituente, si dà il nuovo livello di produzione del diritto sociale e della contraddizione che ne

(49) Cfr. ad es. HDB, p. 245 e ss.

(50) GSBW, I, p. 58.

deriva. In Germania, questo stesso processo, non contratto nell'accelerazione che segna la transizione francese, nella quale nel giro di pochi anni l'egemonia sul processo costituzionale vede avvicinarsi nobiltà, borghesia e strati inferiori della popolazione urbana e produce, con il Terrore, la definitiva rottura che sposta l'idea di uguaglianza dalla forma giuridica al processo sociale, i problemi e le tensioni che derivano dalla polverizzazione delle forme di governo cetuale, inducono la necessità di riforma della scienza politica e di un'analisi del movimento sociale che agisca in chiave « profylattica » contro il rischio della Rivoluzione ⁽⁵¹⁾. Si tratti della storia del movimento sociale in Francia o della particolare forma di storicizzazione nella quale calare l'analisi del processo di modernizzazione tedesco, è comunque dalla « vita » che si produce nella contrapposizione tra società e Stato, tra interesse e libertà, che è possibile trarre le leggi che governano l'esistenza collettiva. Comprenderle nel passato prossimo francese significa proiettarle sul futuro come il limite sul quale rinnovare le scienze dello Stato: « esse sono l'elemento necessario nella libertà umana comunitaria (*die Nothwendigkeit in der Freiheit des gemeinsamen menschlichen Lebens*) », scrive Stein, e sono perciò « l'eterna forma di base (*die ewige Grundform*) secondo la quale l'umanità deve configurare i suoi movimenti » ⁽⁵²⁾.

Deriva da questo presupposto metodologico — che governa l'intero riferimento alla storia di Stein — una serie di conseguenze. L'egemonia sociale degli interessi mira alla conquista della « Verwaltung » allo scopo di garantire e mantenere assetti proprietari e tratta la « Verfassung » come il quadro nel quale registrarne peso e preponderanza. Non è la costituzione intesa in senso formale che deve essere considerata, una volta la forza delle cose, l'evidenza della « necessità » appena evocata, abbia sconfessato le astrazioni della

⁽⁵¹⁾ SUC, pp. 118-120. Sulla scienza politica di Stein come scienza di « profylattica », M. HAHN, *Bürgerlicher Optimismus in Niedergang. Studien zu Lorenz von Stein und Hegel*, München, Fink, 1969; F. DE SANCTIS, *Lorenz von Stein. Un 'Realist im idealistischen Mantel'?*, in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), pp. 275-292; QUESEL, *Soziologie und soziale Frage*, cit., p. 232 e ss. Per l'ambivalenza che ancora trattiene Stein nel biforcarsi della tradizione sociologica: J. SINGELMANN, P. SINGELMANN, *Lorenz von Stein and the paradigmatic bifurcation of social theory in the nineteenth century*, in « The British Journal of Sociology », 34 (1986), 3, pp. 431-452.

⁽⁵²⁾ GSBW, I, p. 46.

filosofia del diritto. Quanto si compie tra 1793 e 1848 è la chiusura della vicenda dei diritti politici, garantiti dalla costituzione, e l'apertura di una rivendicazione dei diritti sociali — la *Constitution* del 1793 stabilisce espressamente (art. 21) l'obbligo di intervento nei confronti dei cittadini più sfortunati « sia procurando loro un lavoro, sia garantendo i mezzi di sussistenza a chi non sia in grado di lavorare »⁽⁵³⁾ — che impone la questione della proprietà anche per la classe del lavoro. L'amministrazione — lo « *thätige Staat* », lo stato che « lavora » e nel quale si rivela la concretezza di ogni costituzione⁽⁵⁴⁾ — viene assunta da Stein come il luogo istituzionale in cui si incrociano i vettori descritti dal movimento sociale della proprietà tanto nel senso della loro riproduzione, quanto come quello da cui si diparte, per materializzarsi sul terreno della società, il progetto di personalizzazione che ha nella proprietà il proprio motore esclusivo.

La Rivoluzione si chiude in Francia con il definitivo seppellimento delle strutture politico-sociali dell'organizzazione cetuale e la « *staatsbürgerliche Gesellschaft* » si assegna la propria costituzione. E tuttavia, come abbiamo visto sin qui, oltre il ciclo della costituzionalizzazione dei diritti si pone immediatamente la questione dell'accesso ai beni sociali e, proprio per questo, il problema della scienza della società come preliminare per una concretizzazione dell'azione dello Stato che metta in grado di neutralizzare il terreno di scontro che si apre attorno al problema della distribuzione della proprietà. Scienza della società e dottrina dell'amministrazione sono implicate fin dall'inizio, se l'urgenza reale — in particolare contro l'esito repubblicano che tra 1793 e 1848 sembra fissare l'identità tra società e Stato sciogliendone la relazione — è quella di ribadire il principio giuridico moderno dell'uguaglianza delle personalità e non

⁽⁵³⁾ *Constitution du 24 juin 1793*, in M. DUVERGER, *Constitution et documents politiques*, Paris, PUF, 1957, p. 80. la *Déclaration des droits* giacobina, pubblicata a Parigi nel 1834, influirà enormemente nel dibattito delle associazioni operaie tedesche e sulla preparazione della rivoluzione del 1848 in Germania. Si veda: J. RITTER, *Der Sozialstaat, Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, München, Oldenbourg Verlag, 1991, p. 44; ma cfr. anche Id., *Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive*, in « *Historische Zeitschrift* », 1986, 243, pp. 1-90.

⁽⁵⁴⁾ HDB, p. 7: « wie die Gesetzgebung der wollende, so ist die Verwaltung der thätige Staat ».

l'uguaglianza assoluta tra gli uomini, che, in particolare nel precedente giacobino, autentico «Wendepunkt der Geschichte»⁽⁵⁵⁾, appare il portato dell'immediata trasposizione del sociale nel politico⁽⁵⁶⁾.

Oltre la soglia che stabilizza il reciproco rinvio tra storia della società e teoria dell'amministrazione, la tradizionale questione relativa alle forme di governo si esaurisce (poiché il futuro di fatto appartiene alla democrazia, anche se la questione dell'immediata organizzazione del lavoro che emerge dall'analisi del socialismo e dal '48 francese lascia intendere come la saturazione sociale del politico possa approdare alla dittatura come forma di democrazia assoluta o viceversa ad uno spostamento degli assetti di legittimazione della monarchia, qualora quest'ultima sappia farsi carico del compito di riforma dello Stato, che metta appunto in grado di evitare quella saturazione⁽⁵⁷⁾) ed è appunto agli apparati nei quali si compendia l'azione dello Stato che viene affidato il compito di regolare il campo all'interno del quale si distribuiscono la proprietà e la soggettivazione degli interessi.

La questione sociale che si tratta di elaborare sul piano scientifico rinvia a questo problema. Se il socialismo appartiene alla scienza dello Stato — «dasjenige Gebiet, welchem aller Sozialismus ohne Frage angehört», scrive Stein, «ist das der Staatswissenschaft»⁽⁵⁸⁾ — questo è perché il nesso che esso evoca è proprio

(55) L. VON STEIN, *Der Socialismus und Communismus der heutigen Frankreich. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Zweite umgearbeitete und sehr vermehrte Ausgabe, Leipzig, Otto Wigand, 1848 [d'ora in poi: SUC2], p. 120.

(56) Molti degli elementi per confermare quest'ipotesi si trovano nello *Anhang* che Stein, nel 1848, dopo aver curato la ristampa dell'ampiamente rielaborata seconda edizione di SUC, premette ai suoi *Briefe über Frankreich*: L. VON STEIN, *Die socialistischen und communistischen Bewegungen seit der dritten französischen Revolution. Anhang zu Steins Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs*, Leipzig-Wien, Otto Wigand, 1848 [d'ora in poi: AN]. Per la valorizzazione di questo testo nel quadro generale della scienza politica steiniana, si veda l'ottimo: M. RICCIARDI, "Die Gewalt der Dinge". *Antefatti della dottrina della società e dell'amministrazione di Lorenz von Stein*, «Annali dell'Istituto Italo-Germanico in Trento», XVIII (1992), pp. 201-221.

(57) AN, 26. Sull'esaurimento della questione delle forme di governo cfr. G. MALUSCHKE, *Lorenz von Steins Staatsformenslehre*, in *Staat und Gesellschaft*, R. Schnur (Hrsg.), cit., pp. 224-243.

(58) SUC2, p. 203.

quello tra lavoro, distribuzione della proprietà e amministrazione⁽⁵⁹⁾. L'analisi delle teorie socialiste serve ad integrare alla scienza politica un paradigma che l'economia politica, concentrata esclusivamente su produzione e consumo, non considera, e a sviluppare una teoria dei nuovi compiti dello « arbeitende Staat » in relazione all'attuazione dell'idea di autonomia e di autodeterminazione che esso rappresenta⁽⁶⁰⁾. Ciò che il socialismo impone è la fine delle modalità di trattamento dell'emergenza sociale nei termini classici delle scienze di Polizia⁽⁶¹⁾. Il proletario non è un povero cui sia impedito il lavoro. Il proletario lavora, ma per la struttura del salario e le particolari condizioni che la governano nel macchinismo industriale, non consegue, né può farlo, una proprietà⁽⁶²⁾. È con ciò la « Bestimmung » individuale che viene impedita e il darsi di una rinaturalizzazione che disumanizza il soggetto.

È di nuovo la transizione tra il 1793 e il 1848 quella decisiva per la storia del movimento sociale ed in particolare il momento nel quale la nozione « organica » di popolo cui fa riferimento il diritto costituzionale si spacca, mettendo l'uno contro l'altro, come avvenne durante lo sciopero dei *canuts* a Lyon, guardia nazionale e lavoratori⁽⁶³⁾. Sino al 1830 esiste infatti in Francia una classe di poveri, ma non c'è un proletariato in senso proprio. Quella che viene tematizzata come « sociale Frage » è la questione che la soggettivazione operaia solleva circa la « Gütervertheilung », il salario come sua

(59) La continuità del problema mi sembra revocare l'interpretazione di chi legge come molto differenti la proposta degli anni '40-'50 e quella degli ultimi anni della produzione di Stein. Si veda ad esempio: P. PASQUINO, *Introduction to Lorenz von Stein*, in « Economy and Society », 10 (1981), 1, pp. 1-6.

(60) SUC2, pp. 207-208. Cfr. E. PANKOKE, « Personality » as a Principle of Individual and Institutional Development. Lorenz von Stein's Institutional Theory of a « Labour Society », in *The Theory of Ethical Economy in the Historical School: W. Roscher, L. von Stein, W. Dilthey and Contemporary Theory*, P. Koslowski (Ed.), Berlin, Springer Verlag, 1995, pp. 39-51.

(61) Si vedano almeno: E. PANKOKE, *Sociale Bewegung — Sociale Frage — Sociale Politik. Grundfrage der deutschen « Sozialwissenschaft » im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Ernst Klett Verlag, 1970; G. PROCACCI, *Gouverner la misère. La question sociale en France 1789-1848*, Paris, Seuil, 1993.

(62) BDA, pp. 91-93.

(63) Per una ricostruzione di insieme: A. DE FRANCESCO, *Il sogno della repubblica. Il mondo del lavoro dall'Ancien régime al 1848*, Milano, FrancoAngeli, 1983.

misura e i limiti cui sono assegnate le possibilità acquisitive del lavoro ⁽⁶⁴⁾. Nel proletario è il moderno progetto di autodeterminazione per mezzo del lavoro, ciò che viene posto in questione. E la sua soggettivazione è data nella immediata politicizzazione dei principi di uguaglianza e di libertà sul terreno della società, ciò che implica sì il terreno costituzionale, ma molto più di questo, il trasferimento di quegli stessi principi sull'agire amministrativo in rapporto all'organizzazione del lavoro, ai prezzi dei beni al consumo, alla redistribuzione complessiva del prodotto sociale.

È perciò sul terreno dell'« uso » dei poteri dello Stato, non già su quello della trascrizione costituzionale dei principi di uguaglianza e di libertà, che il conflitto viene rilanciato. La fuoriuscita dagli assetti cetuali è anche la fuoriuscita dalle forme di solidarietà e di protezione sociale da essi garantite. Ciò che si tratta di pensare e di progettare è una politica all'altezza dello scindersi di pubblico e privato, di Stato e società, così come esso va determinandosi in Germania come portato dei processi di industrializzazione ⁽⁶⁵⁾. Non è tuttavia su di un intervento diretto dello Stato sulla società, che la soluzione della « sozialen Frage » può essere impostata. Da un lato, il potere dello Stato, sempre in appalto alle classi che grazie alla « bildende Kraft » della proprietà si siano messi in grado di assolvere ai compiti amministrativi, registra di fatto la sua distribuzione e non può agire contro di essa; dall'altro esso non può togliere dall'esterno, con un'azione immediata, le forme di subordinazione alle quali è vincolata la riproduzione interna dei cicli sociali ⁽⁶⁶⁾. Qualsiasi intervento possa essere immaginato, per non essere una pura e pericolosa utopia, dovrà perciò assumere a premessa la funzione capacitante, la « forza formativa », della proprietà, sterilizzando

⁽⁶⁴⁾ SUC2, p. 155: « die Frage, welche daher jetzt der Mittelpunkt aller Bewegung ward, war die, ob die Gesetze der Güterverteilung jedem Einzelnen einen hinreichend großen Erwerb sicherten, um als ein Gleicher neben den Gleichen auftreten zu können ».

⁽⁶⁵⁾ Per i processi di « Dekorporierung » e di « Entsittlichung » che connotano la riformulazione del problema della società all'altezza del secolo XIX in Germania: W. CONZE, *Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz*, in *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, W. Conze (Hrsg.), Stuttgart, Klett, 1970, pp. 207-269.

⁽⁶⁶⁾ GSBW, I, p. 78 e ss.

l'immaginario che pretende di identificare Stato e società e di prendere in ostaggio l'amministrazione per fare di essa l'immediata espressione di istanze rivoluzionarie.

4. « Se la classe dipendente non è realmente già libera in sé, nessuna legge e nessuna forza potrà renderla e mantenerla tale »⁽⁶⁷⁾. Questo principio, che disabilita il lessico sovranista della democrazia e assume, coerentemente con la deduzione della personalità, il baricentro proprietario del soggetto, sta alla base del progetto di rinnovamento delle scienze dello Stato di Stein. Esso, per l'aspetto che qui ci interessa, concerne una differente idea della scienza giuridica — scienza giuridica che deve misurarsi con la storia, intesa, oltre il paradigma della « Rechtsgeschichte », come ciò che denuncia il limite di qualsiasi formalizzazione del diritto (« kein Bestehendes hat ein Recht, Recht zu bleiben; so ist Recht Recht, und doch zugleich ein beständig werdendes Unrecht », scrive Stein⁽⁶⁸⁾) — e la riassegnazione dei compiti di Polizia, in particolare per quanto riguarda la « innere Verwaltung », ad un'amministrazione sempre meno discrezionale, e sempre più integrata nel sistema dei poteri pubblici⁽⁶⁹⁾. Denaturalizzare l'ultimo residuo della fatticità — e cioè il « bisogno » — significa qui avvalorare il principio che assegna allo Stato una funzione storiogenetica: « Nur die Menschheit hat in ihrem Staate eine Geschichte », scrive Stein⁽⁷⁰⁾.

Ne deriva non soltanto il fatto che la legge che qualifica lo Stato e i suoi apparati come portatori dell'idea di libertà prescrive di aprire e di mantenere aperta nel singolo (e per tutti) la possibilità di autodeterminare il proprio destino, ma che l'intervento che in ciò si prefigura possa esercitarsi solo in maniera indiretta e sussidiaria rispetto a processi il cui fondamento sociale non può essere sradicato. Stein elabora questo punto riprendendo sin nella produzione matura quanto elaborato nella storia del movimento sociale francese. È il presupposto cooperativo in cui viene compensata l'indigenza, il

⁽⁶⁷⁾ GSBW, I, p. 81.

⁽⁶⁸⁾ GUZ, p. 89; e si veda ivi, p. 100: « das Recht an sich hat keine Geschichte ».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. P. SCHIERA, *Zwischen Polizeiwissenschaft und Rechtsstaatlichkeit. Lorenz von Stein und der deutsche Konservatismus*, in *Staat und Gesellschaft*, R. Schnur (Hrsg.), cit., pp. 207-221.

⁽⁷⁰⁾ HDB, p. 7.

« Mangel », dell'individuo isolato a indirizzarsi al compimento della propria « Bestimmung » ontologica ad essere recuperato per giustificare l'azione amministrativa dello Stato: sostenere il singolo nella sua « attività » è il modo attraverso il quale la comunità si prende cura di sé. « Nur die Gemeinschaft der Menschen ist fähig, die Mängel der individuellen Kraft zu ersetzen, indem in ihr und durch sie Alle für jeden Einzelnen thätig sind », scrive Stein; che prosegue: « Jeder Einzelne aber ist selbst wieder ein Theil dieser Gemeinschaft. Der Fortschritt des Einzelnen durch die Hülfe der Gemeinschaft erhebt und vermehrt daher die Kraft der letzteren, für jeden zu sorgen » (71).

Una politica sociale può essere progettata solo all'interno delle condizioni che segnano il rapporto tra Stato e società e che in quest'ultima in particolare determinano, oppure rendono di fatto impossibile, l'individuazione. Tanto più all'altezza di processi di industrializzazione che rifeudalizzano interi settori sociali in un'insormontabile situazione di dipendenza indefinitamente riprodotta dalla struttura del salario. La differenza tra scienze di Polizia e attività amministrativa — Stein avrà modo di polemizzare su questo con la sistematizzazione di Robert von Mohl (72) — è data dalla serie in cui viene operato il tentativo di modernizzare il rapporto tra costituzione, amministrazione interna e libertà assumendo come inderogabile, sul piano europeo, la transizione francese oltre la cetualità e la scissione che anche in Germania si determina con la separazione tra i compiti legislativi e quelli amministrativi dello Stato (73). Libertà significa per Stein la partecipazione del cittadino

(71) HDB, p. 43. Ma cfr. p. 44: « in der Thätigkeit für jeden Einzelnen sorgt daher die Gesamtheit für sich selber ».

(72) HDB, p. 96. Sulle differenze tra Stein e Mohl in tema di « Polizey », si vedano M. THOMANN, *La renaissance de la science politique en Allemagne. Lorenz von Stein et Robert von Mohl*, in « Politique », 6 (1963), pp. 285-300; U. SCHEUNER, *Zur Rolle der Verbände im Rahmen der sozialen Verwaltung nach der Lehre von Lorenz von Stein. Die Stellung Lorenz von Steins in der neueren Staats- und Gesellschaftslehre*, in *Staat und Gesellschaft*, R. Schnur (Hrsg.), cit., pp. 273-304; A. CARCAGNI, *I diritti della 'società'. Stato di diritto e associazione in R. von Mohl*, Napoli, Giannini, 1990, p. 181 e ss.

(73) HDB, p. 96: « der Charakter des öffentlichen Rechts im vorigen Jahrhundert ist nämlich die Verschmelzung von Gesetzgebung und Verwaltung, und damit Allgewalt des Staates. Mit unserem Jahrhundert scheiden sich beide. So tritt das große

alla formazione della volontà dello Stato, collaborare con l'amministrazione attraverso le strutture di autogoverno e le libere associazioni, ma soprattutto significa, perché a quest'altezza la libertà si fa « wirkliche Freiheit », il possesso delle condizioni che permettono l'autonomia individuale. Per questo l'amministrazione interna, identificata alla « Arbeit des Staates », assume un autentico ruolo costituzionale (74). Essa materializza quella semantica dei diritti che la moderna « Verfassung » enuncia come irrinunciabile, e che tuttavia resterebbe vuota se non realizzata sul piano della singolarità come autentica possibilità di « lavorare » alla propria emancipazione dalla natura e dal bisogno, mentre trattiene l'individuo, responsabilizzandolo e governandone la produzione, esattamente a questo compito.

Nell'azione dello Stato si aggregano i diversi strati sedimentati nella storia giuridica dell'amministrazione: solo sul punto di soglia descritto dall'incrocio tra questione proletaria e Rivoluzione francese — qui si installa, lo abbiamo visto, il « punto di vista » a partire dal quale Stein storicizza il presente e anticipa, perché possa essere governato, il futuro — si dota di uno specifico, e particolare, « punto di vista sociale » (*socialen Standpunkt der inneren Verwaltung*) (75). Questo significa che le funzioni di Polizia per quanto riguarda l'amministrazione interna, ed in particolare le funzioni di sicurezza e di protezione con le loro classiche proiezioni statistiche e demografiche, andranno integrate con strutture nelle quali verrà esercitandosi l'apprendistato alla libertà e la risocializzazione delle classi inferiori e, sul lato della soggettivazione di quest'ultime, con il compito assegnato a ciascun individuo, di governare sé stesso, una volta gli venga concessa, e cioè, « liberata », la possibilità di acquisire con il proprio lavoro una proprietà e un'istruzione. « Bildung und Besitz », la valorizzazione di sé attraverso beni fisici e spirituali, vengono ribadite come presupposto dell'autonomia e dell'autode-

Princip auf, daß es das Gesetz ist, welches aller Thätigkeiten der Staatsgewalt ordnen soll. Damit entsteht der selbständige Begriff der vollziehenden Gewalt, und ihre erste und verständlichste Form ist die der Regierung. Offenbar nun ist die Regierung selbst keine bloße Polizei, sondern die Polizei erscheint vielmehr als ein Theil, eine Funktion und ein Recht der Regierung ».

(74) HDB, p. 44.

(75) HDB, p. 51.

terminazione e, perciò, di qualsiasi progetto di soggettivazione, anche per le classi del lavoro, componibile con il tracciato della moderna civiltà borghese nella forma universale che si deposita nello Stato. Attivare alla liberazione di sé il proletario è compito dell'azione amministrativa, ma questa attivazione, che disciplina e responsabilizza il soggetto in quanto libero agente, riproducendo la formula che vuole la comunità tanto più forte e libera quanto più forti e liberi sono coloro che la compongono, passa ora, in conformità con il dettato della modernità, per la libertà di impresa cui il soggetto è consegnato.

Per questo l'ultima sistematizzazione della dottrina dell'amministrazione di Stein assegna al « Verein » e alla « Selbsthülfe » un'assoluta centralità. L'inclinazione sociale dell'amministrazione è un'*intenzione generale*, che risponde a diagnostica e prognostica di Stein, ma che non definisce un campo specifico, una specifica suddivisione, all'interno della stessa. « Es gibt daher kein specielles System der sozialen Verwaltung über die Selbsthülfe hinaus », scrive Stein, « sondern eine sozialen Geist der Verwaltung » (76). Questo « sociale Geist » risponde alla necessità di mantenere la separazione tra Stato e società e, in conformità con il piano sistematico guadagnato con l'analisi del movimento sociale francese, alla necessità di lasciare alle dinamiche sociali il compito, purché in esse venga riprodotta l'apertura « proprietaria », di liberare il soggetto abilitandolo alla personalità. Ciò che l'amministrazione deve garantire, traslando compiti di Polizia, e cioè di sorveglianza e di promozione, sui circuiti della valorizzazione, sono le infrastrutture che permettano l'impresa: credito, prima ancora che strade o ferrovie, e libertà di associazione.

Se, come Stein scrive già negli anni '50, l'ordinamento sociale, mondanizzando l'astrazione del concetto filosofico, domina e condiziona la libertà e tutti i movimenti di costituzionalizzazione sono a loro volta sospinti dalle trasformazioni che nel primo si determinano, allora il progresso, sul cui tracciato si allineano storia della società e storia dello Stato, in altro non può consistere che nella più ampia distribuzione dei beni sociali (*gesellschaftlichen Güter*) e nello

(76) HDB, p. 440. Sul tema: KAUFMANN, *Thinking about Social Policy*, cit., p. 34 e ss.; QUESEL, *Soziologie und soziale Frage*, cit., pp. 120-123.

« sviluppo » che tale distribuzione rende possibile, recuperandone l'esclusione, nelle classi inferiori (77). Liberalizzare il credito, significa per Stein fare sì che questa « Vertheilung » non venga realizzata come disintegrazione della trama proprietaria del sociale, ma come risocializzazione delle classi del lavoro su di essa. « Selbsthülfe », in questa prospettiva, prima ancora di una parola d'ordine teorica, è ciò che esprime un intero programma politico di riattivazione della società oltre il blocco definito dalla sclerotizzazione antagonista degli interessi di capitale e lavoro e implica, proprio per questo, la centralità del momento associativo. « Die Selbsthülfe, ihrem formalen Begriffe nach, bildet endlich die Gesammtheit von Erscheinungen, welche dem Gedanken angehören, daß die wahre aufsteigende Bewegung der nichtbesitzenden Klasse *nur von ihr selbst* ausgehen dürfe und solle », scrive Stein. « Ihre Form ist daher das selbständige Vereinswesen der Nichtbesitzenden » (78).

Il lavoro dello Stato consiste in una sorta di ortopedia in grado sì di sostenere le classi povere in stato di emergenza — l'amministrazione raccoglie qui il testimone della Polizia —, ma realizza la propria specificità nella ritrazione che opera in rapporto ai « Vereine » una volta che ne abbia sostenuto la costituzione. Solo in Germania, per Stein, viene realizzata questa condizione. Da un lato, « Vereine » politici, nei quali agire per quell'estensione del diritto di voto che permetta di integrare alla cittadinanza attiva le classi del lavoro; dall'altro « Vereine » economici — casse di risparmio, cooperative di produzione e di consumo, ma anche tutte le strutture in grado di finanziare circuiti di formazione, biblioteche operaie, scuole — che, attraverso una facilitazione del credito da parte dell'amministrazione, permettano la messa a valore della potenza di autodeterminazione del soggetto, messo perciò nelle condizioni di « collaborare » all'azione degli apparati dello Stato. Nella funzione sussidiaria che con questo assume, lo Stato diventa dunque qualcosa di realmente diverso rispetto alle continuità attraverso le quali si erano riprodotte le sue logiche tra assolutismo e rivoluzione (79).

(77) GSBW, I, p. 84.

(78) HBD, p. 453.

(79) LORENZ VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Erster Theil, Zweite Abtheilung, *Die vollziehende Gewalt*, Zweiter Theil, *Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem*,

L'idea di una « libera amministrazione », cifra della costituzionalizzazione dei poteri della « Verwaltung », implica il decentramento delle sue funzioni dalla secca verticalità che lega legge ed esecuzione ⁽⁸⁰⁾. Assegnare un senso sociale all'amministrazione significa diffondere molecolarmente l'effetto di attivazione che essa rende possibile e recuperare alla sua azione individui i cui interessi sono radicalmente divaricati dall'antagonismo di classe. Se il diritto fissa i limiti dell'autonomia personale nel rapporto con gli altri, l'amministrazione tesse invece il rapporto con gli altri, sostenendone lo sforzo associativo e la capacità cooperativa di realizzazione di scopo. Le caratteristiche specifiche del « Verein », ampiamente eccedenti il campo della pura amministrazione, definiscono lo spazio intermedio che esso ritaglia tra società e Stato, venendo ad occupare, non in quanto sviluppo naturale della socializzazione umana, ma in quanto prodotto del lavoro dello Stato, l'analogo del « Werden des Einzelnen » sul quale si misura la libertà. A differenza di altri legami societari riferiti a più antiche strutture, non ci sono limiti all'ingresso in un « Verein »: aderire ad esso, oppure costituirlo, significa esprimere la propria libera volontà. E però questa volontà, per mezzo della cui espressione il singolo riacquista il diritto alla propria « Selbstbestimmung » ⁽⁸¹⁾, non si esercita nel vuoto, ma nella mediazione concreta che permette la realizzazione degli scopi associativi. Proprio perché suppliscono in questo lo Stato — e i fini dei « Vereine » sono differenti da quelli esclusivamente privato-economici di consorzi e società — i « Vereine » rappresentano un momento organico della « Gesamtleben ». Essi sono un « mitwirkender Faktor » dello Stato, perché contribuiscono direttamente alla *divenire-persona* delle singolarità e degli interessi ⁽⁸²⁾.

Di qui il nesso inaggirabile che Stein costruisce tra « Verein » e costituzionalizzazione. Non soltanto i « Vereine » debbono esserne parte — e possono esserlo anche i « Vereine » operai che si mobilitano per il salario —, ma essi si situano esattamente nel punto in cui

Stuttgart, Cotta, 1869, p. V. Stein vi rivendica una nuova « epoca » della statualità: « der Staat ist ein anderer geworden ».

⁽⁸⁰⁾ Ivi, pp. 6-7.

⁽⁸¹⁾ VWL, p. 5.

⁽⁸²⁾ VWL, pp. 65-67.

lo Stato si « attiva » per mezzo della costituzione ⁽⁸³⁾. Ancor più radicalmente, essi possono entrare in scena solo là dove si sia ormai determinato il passaggio, almeno per quanto pertiene alla logica che sottende la modernizzazione dei poteri pubblici, oltre il ceto e la corporazione, marcando la « segnatura » (*Signatur*) della potenza di autodeterminazione della soggettività. I « Vereine » sono integrati allo Stato e possono operare realmente all'interno dei suoi quadri giuridici, solo dove l'individuo si sia conquistato ed abbia acquisito significato, mentre non hanno alcun ruolo in contesti di libertà puramente formale e l'amministrazione agisca lungo direttrici verticali e centralizzate ⁽⁸⁴⁾.

Se l'opera di Stein precorre lo « Sozialstaat » — un'anticipazione che si produce in realtà come esito della logica che connette il presente al suo passato, il darsi di un problema teorico e politico che muove dal modo nel quale l'individuo si è sganciato dalle solidarietà corporative e cetuali — questo si determina solo nei limiti che abbiamo cercato di mettere in evidenza. Lo storico, diceva Schlegel, « ist ein rückwärts gekehrter Prophet », non è che un profeta il cui sguardo è rivolto all'indietro ⁽⁸⁵⁾. Questo vale anche per lo Stein storico della società.

⁽⁸³⁾ VWL, p. 69. Per il passaggio storico qui implicato: H. MÜLLER, *Korporation und Assoziation. Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz*, Berlin, Dunker & Humblot, 1965; T. NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert. Eine Fallstudie zur Modernisierung*, I, in ID., *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, Göttingen, Vandenoek und Ruprecht, 1976, pp. 174-205.

⁽⁸⁴⁾ VWL, p. 108: « das Vereinswesen überhaupt im Staatsleben nur da aufreten und wirken kann, wo überhaupt die Individualität eine Bedeutung hat; während keinen Platz finden kann, wo es dort es sich um ein reine formale, sich stets gleichbleibende Thätigkeit des Staats handelt ».

⁽⁸⁵⁾ *Fragmente*, in F. SCHLEGEL, *Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe*, E. Behler (Hg.), Bd. II, München Paderborn Wien, Schöningh, 1967, p. 176, n. 80.

FEDERICO CAPORALE

DIVERGENZE E CONVERGENZE
NELL'ELABORAZIONE DELLA NOZIONE DI SERVIZIO
PUBBLICO IN FRANCIA E NEL REGNO UNITO

1. Premessa. — 2. La matrice socio-politica del *service public* in Francia. — 3. Il carattere empirico della nozione britannica di servizio pubblico. — 4. Divergenze e convergenze tra le due coste della Manica.

1. *Premessa.*

Secondo la lettura classica, Francia e Regno Unito hanno adottato concezioni tanto divergenti di servizio pubblico da essere tradizionalmente interpretate come antitetiche: in Francia, la nozione di *service public* è stata usata moltissimo, sino a diventare « *idée maîtresse* » e « *pierre angulaire* » del *droit administratif*; nel Regno Unito, la convinzione diceyana dell'inesistenza del diritto amministrativo ha indotto l'illusione che non esistesse neppure la distinzione pubblico/privato e, quindi, la categoria astratta di servizio pubblico.

Il contesto in cui si è formata questa convinzione è profondamente cambiato — sono venute meno le ipostatizzazioni e i miti di teoria generale del diritto ⁽¹⁾ e il diritto europeo ha avuto l'effetto di

⁽¹⁾ Per la Francia, cfr. J. RIVERO, *Existe-t-il un critère de droit administratif?*, in « *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », 69 (1953), p. 279 e ss.; per il Regno Unito, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 63 e ss.; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003², I, p. 1 e ss.; ID., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in « *Quaderni fiorentini* », 19 (1990), p. 5 e ss.

armonizzare i diritti amministrativi nazionali ⁽²⁾ — ed è lecito domandarsi se questa possa ancora essere considerata realistica e conservare una qualche capacità descrittiva.

Prima di approfondire l'elaborazione e le vicissitudini recenti della nozione di servizio pubblico in Francia e Regno Unito, per evidenziarne divergenze originarie e nuove convergenze, mette conto compiere alcune osservazioni preliminari.

In primo luogo, attività di servizio pubblico — nel senso di attività oggetto di una disciplina speciale perché percepite come più importanti delle altre per la soddisfazione di interessi e bisogni primari della cittadinanza — esistono in tutti gli ordinamenti giuridici e sono un tassello fondamentale dei sistemi di *welfare*. L'individuazione di quali siano le attività di servizio pubblico, delle modalità con cui esse vengono prestate, dei soggetti che le forniscono e di coloro che ne beneficiano si modifica sia diacronicamente (nello stesso ordinamento giuridico, in tempi diversi) che geograficamente (nello stesso tempo, ma in diversi Paesi) e contribuisce in maniera significativa a descrivere il rapporto tra Stato e società.

Per questo, non esiste una nozione universale di servizio pubblico, ma ne esistono tante, quanti sono gli ordinamenti giuridici ⁽³⁾. Queste sono embricate all'evoluzione degli Stati nazionali: sono emerse durante il passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse, quando le attività di prestazione assolate dalle pubbliche amministrazioni si sono « espans[e] », nel tentativo di costruire strumenti di legittimazione dei poteri pubblici che integrassero

⁽²⁾ Su cui, cfr. S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in « Rivista italiana di diritto pubblico comunitario », 14 (1993), p. 329 e ss.; circa la convergenza tra i modelli amministrativi e istituzionali dei diversi Paesi europei, anche in ragione dell'influenza europea, si rinvia, per tutti, a ID., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in « Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile », 46 (1992), p. 467 e ss. e ID., *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, I, p. 499 e ss.

⁽³⁾ Tra le fotografie più chiare di questa pluralità, cfr. « L'actualité juridique-droit administratif », 53 (1997), *numéro spécial*, *Le service public. Unité et diversité e L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, a cura di F. Moderne e G. Marcou, Paris, l'Harmattan, 2001.

quello elettorale, ancora imperniato su criteri censitari e, perciò, incapace di rappresentare la complessità della società dell'epoca (4).

Le « diverse tradizioni nazionali hanno cronologie, scansioni, contenuti, caratteristiche fortemente individualizzate » (5); la nozione di servizio pubblico assume tratti caratteristici in ciascuno Stato ed è essenzialmente politica, poiché « esprime una naturale e necessaria gerarchizzazione delle attività sociali »; le attività assorbite nella nozione di servizio pubblico, come detto prima, cambiano nel corso del tempo e da Paese a Paese (6).

Infine, lo studio comparato di questa nozione — che potrebbe essere molto utile per comprendere le diversità dei modelli di *welfare* — è ostacolato da una vera e propria « disputa terminologica » (7), determinata dalla forte varietà lessicale e aggravata dalla incertezza concettuale delle esperienze giuridiche nazionali: le scelte linguistiche sono profondamente diverse e, spesso, polisemiche, complicando l'attività dell'interprete (8).

2. *La matrice socio-politica del service public in Francia.*

In Francia, la nozione di *service public* è stata nevralgica nella costruzione del diritto amministrativo. Come ha scritto Guy Braibant, è stata « la notion la plus étudiée, la plus discutée, la plus embrouillée peut-être, et finalement la plus importante de tout le droit administratif » (9).

(4) Su cui cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 69 e ss. e Id., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993³, I, p. 48 e ss.

(5) B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e diritto continentale*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2002), p. 577 e ss., specie p. 582.

(6) Le citazioni sono di Y. GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000, p. 49 e ss., specie pp. 50-52.

(7) Ivi, pp. 49-50.

(8) SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza*, cit., pp. 577-583.

(9) Così, G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1992³, p. 129.

Essa venne introdotta dalla giurisprudenza, nel 1873 ⁽¹⁰⁾ e utilizzata per primo da Hauriou ⁽¹¹⁾; ma è stato Léon Duguit, nei primi anni del Novecento, ad elaborarla e a farne il fondamento del diritto amministrativo francese. Ai suoi allievi, fra tutti Gaston Jèze e Roger Bonnard ⁽¹²⁾, e agli altri studiosi contemporanei e successivi (in particolare Louis Rolland e lo stesso Maurice Hauriou) è toccato il compito di definirne il contenuto giuridico ⁽¹³⁾.

Essa ha avuto, nella tradizione socio-culturale e giuridica, almeno tre differenti caratteri.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Tribunal des Conflits, 8 février 1873, *Blanco*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2013¹⁹, p. 1 e ss.

⁽¹¹⁾ Si tratta di M. HAURIUO, *Droit Administratif*, in *Répertoire du droit administratif*, a cura di L. Bequet, Paris, Dupont, 1897, XIV, p. 1 e ss. Pur nelle divergenze, sia di carattere generale che, in maniera ancora più spiccata, nella collocazione del *service public* nella ricostruzione del diritto amministrativo, Hauriou e Duguit hanno diversi tratti comuni, tra cui il merito di aver messo il diritto sociale, « il diritto volto al soddisfacimento dei bisogni dei cittadini », al centro delle loro riflessioni, come ricorda A. SANDULLI, *Hauriou, Duguit e la funzione sociale del diritto pubblico*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 56 (2016), p. 1 e ss.

⁽¹²⁾ Il vocabolo allievi — come i successivi riferimenti alla *École de Bordeaux* o alla *École du service public* — è usato con la sola intenzione di descrivere il rapporto che Duguit ha svolto nella formazione di Jèze, Bonnard e altri studiosi della Francia del primo Novecento e non di indicarlo quale capostipite di una Scuola in senso forte, caratterizzata da premesse metodologiche e contenutistiche affini e da risultati scientifici comuni. Proprio per questa ragione, non menziono tra i suoi allievi Rolland, che svolse la propria tesi di dottorato sotto la supervisione di Henry Berthélémy. Sul problema della Scuola di Duguit e del rapporto scientifico con i suoi allievi, cfr. F. MELLEREY, *École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Proposition de distinction*, in « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 117 (2001), p. 1887 e ss. e, di segno radicalmente differente, D. PAIVA DE ALMEIDA, *L'École du service public. Contribution à l'étude de la pensée juridique en France*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2010.

⁽¹³⁾ Per brevi cenni biografici ai quattro, cfr. M. MILET, *Jèze Gaston*, in *Dictionnaire historique des juristes français. XIX^e-XX^e siècle*, a cura di P. Arabeyre, J.-L. Halpérin e J. Krynen, Paris, PUF, 2007, p. 425 e ss.; G. BIGOT, *Bonnard Roger*, ivi, p. 105 e ss.; J.-M. BLANQUER, *Hauriou Maurice*, ivi, p. 396 e ss. e J.-L. HALPÉRIN, *Rolland Louis*, ivi, p. 676. Sul contributo essenziale di Hauriou alla costruzione della nozione giuridica di *service public*, cfr. L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 134 e ss., p. 385 e ss. Su Louis Rolland, cfr. L. BEZIE, *Louis Rolland: théoricien oublié du service public*, in « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 122 (2006), p. 847 e ss.; su Jèze, cfr. J.-C. VENEZIA, *Gaston Jèze et le service public*, in « Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique », 12 (1991), p. 93 e ss.

Il primo, di matrice duguista, era eminentemente socio-politico: il *service public* è lo strumento di legittimazione dei poteri pubblici, i quali derivano le proprie prerogative dall'obbligo di soddisfare, mediante una attività di prestazione, bisogni fondamentali dei governati (ribaltando, così, il modello della *puissance publique* francese).

Il secondo, accennato da Duguit stesso, ma consolidato dalla sua scuola nella cultura giuridica collettiva francese del Novecento, traduce in termini di teoria generale del diritto le considerazioni precedenti: il *service public* è « idée maîtresse » e « pierre angulaire » del diritto amministrativo, il criterio di individuazione per l'applicazione del diritto speciale dell'amministrazione, esorbitante rispetto al diritto privato, e di competenza dell'attività amministrativa.

Il terzo, risultato di una specificazione successiva a Duguit dei contenuti giuridici della teoria del *service public*, si risolve nel campo del solo diritto amministrativo: la nozione individua uno statuto giuridico, un corpo di attività soggette a una disciplina particolare, distinto rispetto ad altre aree dell'azione delle amministrazioni pubbliche.

Mette conto soffermarsi soprattutto sul primo, perché il secondo e il terzo, pur centrali nella evoluzione del diritto amministrativo francese, hanno minore rilevanza per le presenti riflessioni.

Quanto al secondo aspetto, vi sono almeno due ordini di ragioni che suggeriscono di tralasciarlo: in primo luogo, poiché esso è una peculiarità della tradizione giuridica francese correlata all'esigenza — contingente — di delimitare i campi del diritto privato e del diritto amministrativo e i confini tra le giurisdizioni, e, quindi, sostanzialmente non comparabile con gli altri ordinamenti giuridici ⁽¹⁴⁾; in secondo luogo, poiché si è trattato non di una realtà, ma di una mistificazione, un mito, una ideologia ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ « [S]ingularité française largement idéalisée » per usare una bella espressione, molto nota, di J. CAILLOSSE, *Le service public à la française: déconstruction d'un mythe?*, in *La réforme de l'État*, Actes du colloque international de Toulon. 1 et 2 octobre 2004, a cura di J.-J. Pardini e C. Deves, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 177 e ss. (specie p. 181).

⁽¹⁵⁾ In proposito, cfr. RIVERO, *Existe-t-il un critère de droit administratif?*, cit., p. 279 e ss.; J. CHEVALLIER, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, a cura di J. Chevallier, Paris, PUF, 1979, II, p. 3 e ss.; P. JOURDAN, *La formation du concept de service public*, in « Revue de

Anche il terzo carattere — l'esistenza di un corpo di regole omogenee e autonome applicabili a tutte le attività di *service public* — è questione complessa e sfuggente, poco rilevante per le presenti argomentazioni.

Si tratta, anche in questo caso, di una elaborazione che ha i contorni del « mythe »⁽¹⁶⁾, nata dal tentativo di categorizzare realtà materiali e giuridiche sostanzialmente differenti — le diverse attività che, a vario titolo, rientrano nel complesso dei servizi pubblici — e che, dai primi del Novecento ad oggi, ha conosciuto alterne fortune, con ondate e risacche, e con inevitabili crisi, correlate al modificarsi dei poli della disciplina (dal lato soggettivo, l'evolvere delle strutture organizzative delle pubbliche amministrazioni e l'apertura a fornitori privati; dal lato oggettivo, la disomogeneità delle attività svolte dagli organismi pubblici, in alcuni casi sostanzialmente indistinguibili rispetto ad iniziative economiche private), e all'incombere del diritto comunitario.

A confermare le incertezze dell'approccio francese a questa « *réalité juridique fuyante* », « *à la fois mythique et controversée* »⁽¹⁷⁾ è anche l'utilizzo di uno strumentario lessicale inconsueto per la tradizione giuridica (dipeso proprio dalla matrice economico-politica della nozione francese⁽¹⁸⁾): è stata evocata, in maniera assidua e diffusa, l'immagine del « mythe »⁽¹⁹⁾, attorno al quale si è

droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 103 (1987), p. 89 e ss.; G. BIGOT, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, in « *Revue française de droit administratif* », 16 (2000), p. 527 e ss.; ID., *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, in « *Revue française de droit administratif* », 24 (2008), p. 1 e ss.

⁽¹⁶⁾ J. CHEVALLIER, *Le service public du mythe à la réalité*, in « *Projet* », 187 (1984), p. 879 e ss.

⁽¹⁷⁾ J.-F. AUBY, O. RAYMUNDIE, *Le service public. Droit national et droit communautaire. Régime juridique et catégories. Modes de gestion*, Paris, le Moniteur, 2003, pp. 17 e 22.

⁽¹⁸⁾ Su cui cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 30.

⁽¹⁹⁾ La figura del mito è certamente quella evocata con più frequenza. Tra i tanti che l'hanno utilizzata, cfr. BIGOT, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, cit., p. 527 e ss.; ID., *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, cit., p. 1 e ss.; CAILLOSSE, *Le service public à la française: déconstruction d'un mythe?*, cit., p. 177 e ss.; CHEVALLIER, *Le service public du mythe à la réalité*, cit., p. 879 e ss.; ID., *Le service public: regards sur une évolution*, in « *L'actualité juridique-droit administratif* »,

sviluppato un certo « fétichisme »⁽²⁰⁾; la nozione di *service public* è stata definita un « avatar »⁽²¹⁾, una « label »⁽²²⁾, un « illustre vieillard » e un « Lazare juridique »⁽²³⁾, insomma un « symbole » e — il vocabolo ritorna, ancora una volta — una « idéologie »⁽²⁴⁾.

Se, quindi, il *service public à la française* è, prima di tutto, una

53 (1997), *numéro spécial*, cit., p. 8 e ss.; E. COHEN, C. HENRY, *Service public secteur public. Rapport no. 3 du Conseil d'Analyse Économique*, Paris, La documentation française, 1997, p. 18; F. MODERNE, *Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public*, in *L'Idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, cit., p. 9 e ss. (specie, p. 18); ID., *Les missions d'intérêt général en droit comparé*, in *Service Public et lien social*, a cura di S. Decreton, Paris, l'Harmattan, 1999, p. 115 e ss. (specie, p. 119); L. NIZARD, *A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales*, in *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Paris, éditions Cujas, 1977, p. 91 e ss.; RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, cit., p. 362; C. WIENER, *Service public ou autogestion: d'un mythe à l'autre?*, in *Services publics et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 325 e ss.

(20) CHEVALLIER, *Le service public du mythe à la réalité*, cit., p. 892 e E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public: entre libéralisme et collectivisme*, in « *Esprit* », 1983, 12, p. 8 e ss. (specie, p. 10).

(21) A.-S. MESCHERIAKOFF, *L'égalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative: le cas français*, in « *Revue internationale des sciences administratives* », 56 (1990), p. 359 e ss.

(22) D. TRUCHET, *Label de service public et statut de service public. Nouvelles récentes d'un illustre vieillard*, in « *L'actualité juridique-droit administratif* », 38 (1982), p. 427 e ss.

(23) Rispettivamente, TRUCHET, *Label de service public et statut de service public*, cit., p. 427 e ss. e R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? convalescence? ou jouvence?*, in « *Études et Documents* », 14 (1960), p. 59 e ss.

(24) CHEVALLIER, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, cit., p. 12 e ss.; ID., *Le service public: regards sur une évolution*, cit., p. 8 e ss.; COHEN, HENRY, *Service public secteur public*, cit., p. 15; M. HASTINGS, *Les constellations imaginaires du service public*, in *Service Public et lien social*, cit., p. 33 e ss.; MODERNE, *Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public*, cit., p. 18; E. PISIER-KOUCHNER, *Service public et libertés publiques*, in « *Pouvoirs* », 36 (1986), p. 143 e ss.; con riferimento all'incertezza giuridica della nozione e al conseguente insinuarsi di una componente ideologica nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, cfr. RAINAUD, *La crise du service public français*, cit., p. 8. Di « ideologie », ma con riferimento al pensiero di Duguitt, parla D. SORACE, *I servizi « pubblici » economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, in « *Diritto amministrativo* », 18 (2010), p. 1 e ss.

« invention politique » e « stratégique » (25), mette conto ripercorrere diffusamente la matrice del primo carattere della nozione, quello socio-politico.

Del resto, di esso, di matrice eminentemente duguista (26), sono imbevute anche le argomentazioni giuridiche e alcuni tratti peculiari della disciplina d'Oltralpe (27).

Una ulteriore conferma della sostanziale inscindibilità e della grande influenza di questa componente nella analisi giuridica del *service public* e della originalità e rilevanza del pensiero di Duguit sono le critiche rivolte, nelle ricostruzioni moderne, ai Suoi allievi, e in particolare a Jèze, « l'enfant terrible de l'école » (28), per la minore attenzione rivolta agli aspetti sociologici e politici della nozione (29).

(25) RAINAUD, *La crise du service public français*, cit., p. 4.

(26) Infatti, secondo le ricostruzioni di Sfez e Rivero (RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, cit., p. 461 e ss. e SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou*, cit., p. 134 e ss.) sarebbe Hauriou ad avere costruito le fondamenta giuridiche del *service public* in Francia, mentre Duguit ne avrebbe edificato, successivamente, l'apparato teorico generale, ideologico e socio-politico. In proposito, cfr. anche la sintetica ma efficace analisi di RAINAUD, *La crise du service public français*, cit., p. 6 e ss.

(27) Cfr., ad esempio, le cinque peculiarità della tradizione giuridica francese del *service public* individuate da G. GUGLIELMI, *La conception du service public « à la française »*, relazione al convegno *Évolution des politiques publiques: avenir du service public en France*, svoltosi il 2 aprile 2009 a Parigi, fra cui almeno la prima e la seconda originano dal rapporto Stato-individuo tratteggiato nella ricostruzione duguista. Il testo dell'intervento è ora disponibile *on line* all'indirizzo www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Conference.ServicePublic.pdf.

(28) M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933¹², I, p. XI.

(29) Cfr. A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1997²: « Le système duguiste du service public est un; c'est ce qui fait sa force de conviction et explique son extraordinaire influence intellectuelle. Il ne peut être séparé d'une philosophie de l'histoire, se rattachant à l'historicisme du XIX^e siècle. Or la plupart de ses épigones, et notamment le plus célèbre d'entre eux, G. Jèze, prétendirent ne conserver de l'héritage que la partie de technique juridique, en abandonnant son soubassement philosophique. A partir de là, l'école du service public ou école de Bordeaux ne pouvait qu'être une série de malentendus, voire de contradictions ». Considerazioni più pacate, ma che sottolineano le differenze tra Jèze e Duguit, sono, ad esempio, in C. EISENMANN, *Le droit applicable à l'Administration, cours de 1952-53*, in ID., *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, I, 1982, p. 527 e ss. (specie, p. 578 e ss.); M. HALBECCQ, *L'État, son autorité, son pouvoir. 1880-1962*, Paris, LGDJ, 1964, p. 261; SFEZ, *Essai sur la contribu-*

Per Léon Duguit, il *service public* è lo strumento di legittimazione del potere pubblico ⁽³⁰⁾.

Non si tratta solo e soltanto di una mera attività di prestazione che si colloca accanto ai poteri autoritativi dello Stato, ma di un vero e proprio obbligo giuridico positivo a carico di esso, che consente all'ordinamento di rinnovarsi a seguito delle profonde trasformazioni sociali avvenute nel secondo Ottocento.

È il passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse a determinare la trasformazione del diritto pubblico (e del diritto privato) e a suggerire di collocare al centro del sistema il *service public*:

Enfin s'est produite dans la seconde moitié du XIX siècle une transformation économique formidable, avec laquelle ne peut plus s'harmoniser le système juridique rigide et métaphysique qu'avait construit la Révolution. Suivant la formule des économistes, dans tous les domaines de l'activité humaine, l'économie nationale se substitue à l'Économie domestique. Cela veut dire que le petite groupe familial ne peut plus assurer la satisfaction des besoins humains, que de vastes organismes, qui s'étendent sur tout le territoire national et qui demandent le concours d'un grand nombre d'individus, peuvent seuls donner satisfaction à la masse des besoins élémentaires. [...] C'est pourquoi aujourd'hui on ne demande plus seulement aux gouvernantes d'assurer les services de guerre, de police, de justice, mais encore d'organiser et de faire fonctionner toute une série de services industriels et d'empêcher qu'ils ne soient interrompus pendant un seul instant. Cette obligation générale, que la conscience moderne impose aux gouvernantes, est en contradiction flagrante avec la notion de souveraineté. Les services de

tion du doyen Hauriou, cit., p. 385 e ss.; J.-P. VALETTE, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses, 2000, p. 32 e ss.; P. GONOD, *L'actualité de la pensée de Léon Duguit en droit administratif?*, in *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^e de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 29-30 mai 2009*, a cura di F. Melleroy, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 333 e ss. (specie, pp. 345-346). Di due poli e due correnti diverse nella costruzione della nozione di servizio pubblico, uno attorno a Jèze e l'altro attorno a Duguit, con alcuni punti di contatto, parla CHEVALLIER, *Le service public: regards sur une évolution*, cit., p. 8 e ss.; di diversi orientamenti all'interno della medesima *École du service public*, invece, J.-L. DE CORAIL, *L'approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites*, in « L'actualité juridique-droit administratif », 53 (1997), *numéro spécial*, cit., p. 20 e ss. (specie, p. 20). Sui conflitti tra Duguit e Jèze, è imprescindibile la lettura di G. JÈZE, *L'influence de Duguit sur le droit administratif français*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 2 (1932), p. 135 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. L. DUGUIT, *Études de droit public. Tome I. L'État, le droit objectif et la loi positif*, Paris, A. Fontemoing, 1901, p. 255 e ss.

guerre, de police, de justice se conciliaient admirablement avec elle; ils semblaient même en être la manifestation directe. Il en est différemment des services industriels. Ce qui apparaît alors au premier plan, ce n'est plus le pouvoir de commander; c'est l'obligation d'agir pratiquement. Si l'on reconnaît un pouvoir aux gouvernants, ce n'est plus en vertu d'un droit primaire de puissance publique, mais à raison des devoirs qui leur incombent; par conséquent ce pouvoir n'existe que dans la mesure où ils remplissent ces devoirs. Ces activités dont l'accomplissement s'impose aux gouvernants constituent l'objet même des services publics. [...] Ainsi la notion de service public vient de remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. Les faits vont le démontrer ⁽³¹⁾

Utilizzando vocabolario e nozioni moderne, il *service public* è lo strumento giuridico attraverso cui il diritto pubblico muove dal principio di uguaglianza formale a quello sostanziale per adeguarsi al nuovo Stato pluriclasse. Queste ultime sono, ovviamente, considerazioni e suggestioni solo appena abbozzate e presagite da Duguit, ma non ancora colte e sviluppate con pienezza ⁽³²⁾: lo si vede, ad esempio, quando ricorda, con una espressione che somiglia molto all'art. 3, co. 2 della nostra Costituzione, che compito dello Stato è « assurer à chacun les moyens de vivre, de se développer intellectuellement et physiquement » ⁽³³⁾.

Affrontando solo i passaggi di maggiore interesse del pensiero di Duguit — per la cui ricostruzione generale si rinvia alla letteratura esistente ⁽³⁴⁾ — è possibile individuare luci ed ombre.

⁽³¹⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, p. X e ss.

⁽³²⁾ Si vedano, ad esempio, le considerazioni svolte in L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Conférences faites à l'École des Hautes Études Sociales*, Paris, Félix Alcan, 1908, in particolare pp. 48-49, 57, 63-64, e Id., *Études de droit public*, I, cit., p. 288, oltre che, ovviamente, al citato *Les transformation du droit public* (1913).

⁽³³⁾ DUGUIT, *Études de droit public*, I, cit., p. 275.

⁽³⁴⁾ In una letteratura sterminata, si rinvia in particolare a E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972; nonché ai numeri monografici delle riviste « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 2 (1932), e « Revue Juridique et économique du Sud-Ouest, Série Juridique », 11 (1959); agli atti di un recente convegno *Autour de Léon Duguit*, cit. e ad alcuni lavori più recenti (J.-M. BLANQUER, M. MILET, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, O. Jacob, 2015; D. ESPAGNO, *Léon*

Quanto alle prime, il riferimento è alla nuova posizione acquisita dai servizi pubblici: ormai, la ragion d'essere dei poteri pubblici non sono la *puissance publique* e il contratto sociale, ma è altrove, nella *solidarité sociale/interdépendance sociale*, alla cui realizzazione lo Stato deve — e si noti l'utilizzo del verbo servile dovere e non potere — addivenire ⁽³⁵⁾.

Proprio in nome di questa *solidarité*, i poteri pubblici hanno dei doveri: non solo i classici obblighi negativi, di astensione, di matrice liberale; ma di carattere positivo, di prestazione, per raggiungere i quali è lecito usare la forza, che, però, in questa maniera, si identifica con il servizio pubblico: questo implica, necessariamente, che lo Stato non sia creatore del diritto, ma che esista, piuttosto, un diritto « contre l'Etat » che si applica agli Stati come agli individui ⁽³⁶⁾. Si tratta di un vincolo giuridico costrittivo e di non un mero precetto morale, come Duguit sottolinea in occasione della prefazione alla traduzione francese di un volume di Woodrow Wilson ⁽³⁷⁾.

Così, lo Stato non diviene altro che un insieme di *services publics*, « une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants » ⁽³⁸⁾, e il diritto pubblico « le droit objectif des services publics » ⁽³⁹⁾.

Questa nuova concezione ha un primo precipitato giuridico immediato: il *service public* non può essere sospeso perché è funzio-

Duguit: de la sociologie & du droit, Le Mans, l'Épilogue-Lextenso, 2014; nonché lo studio di F. MELLERÉY, *Léon Duguit. L'État détrôné*, in *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, a cura di N. Hakim e F. Melleréy, Paris, Dalloz, 2009, p. 215 e ss.).

⁽³⁵⁾ Sulla *solidarité* nel pensiero giuridico di Duguit, cfr. L. LE FUR, *Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 2 (1932), p. 175 e ss.

⁽³⁶⁾ DUGUIT, *Études de droit public*, I, cit., p. 258 e ss. (specie, p. 265); ID., *Les transformations du droit public*, cit., p. 46; ID., *Traité de droit constitutionnel, Tome II. La Théorie général de l'État. Première partie. Éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing, 1928³, p. 59 e ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. L. DUGUIT, *Préface*, in W. WILSON, *L'État. Éléments d'histoire & de pratique politique*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1902, I, p. VII e ss. (specie, p. XIX), poi anche in ID., *Traité de droit constitutionnel, II*, cit., pp. 153-154.

⁽³⁸⁾ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome II*, cit., p. 59.

⁽³⁹⁾ DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 52.

nale alla soddisfazione di un bisogno sociale determinato ed è indispensabile all'*interdépendance sociale* (e per questo necessita dell'intervento della « force gouvernante ») (40).

Così, la *puissance publique* (che si esplica nella regolamentazione, nell'organizzazione e nel controllo delle attività di servizio pubblico e nella sanzione degli atti ad esso contrari) viene subordinata al *service public*, diventando funzionale alla tutela del principio di continuità nella prestazione del servizio (41), e ottenendo il risultato, desiderato, di « dépouiller le système juridique traditionnel de toute idée de 'commandement' » (42).

Queste luci, tuttavia, sprovviste di una adeguata cornice giuridica, possono trasformarsi nelle ombre di un regime liberticida.

In primo luogo, Duguit non giunge mai ad attribuire al cittadino una posizione giuridica soggettiva attiva nei confronti dello Stato: al contrario, esclude che esista un diritto soggettivo all'istituzione e all'organizzazione del servizio tutelabile in sede giurisdizionale; ammette, piuttosto, che questi sia in una condizione di soggezione, al pari di tutte le altre norme dell'ordinamento (43).

In seconda battuta, il rischio è che una nozione così dilatata di *service public* finisca per annientare le libertà individuali e offrire uno strumento di legittimazione per l'ipertrofia dello Stato e per eventuali svolte autoritarie (44).

Questa argomentazione scaturisce dalla prima definizione del principio di mutabilità, che Duguit deriva dal proprio metodo,

(40) DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, cit., pp. 134-135; ID., *Les transformations du droit public*, cit., p. 51.

(41) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, cit., pp. 61 e 153-154.

(42) Così, PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie*, cit., p. 261.

(43) Ammette, invece, che sia tutelabile in giudizio la posizione giuridica soggettiva relativa al funzionamento del servizio, inteso come corrispondenza del servizio effettivamente reso alle norme che lo regolano. Cfr. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, cit., p. 71; ID., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », 14 (1907), p. 411 e ss. e ID., *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 251 e ss.

(44) P. DELVOLVÉ, *Service public et libertés publiques*, in « *Revue française de droit administratif* », 1 (1985), p. 1 e ss.; *contra* PISIER-KOUCHNER, *Service public et libertés publiques*, cit., p. 143 e ss.

attento all'osservazione della realtà materiale, dei fatti sociali ⁽⁴⁵⁾, e dalle proprie considerazioni circa il ruolo giuridico della *solidarité sociale*.

Se il *service public* è « une certaine activité, l'accomplissement d'une certaine besogne qui à un moment donné est considérée comme étant d'une importance telle pour le groupement social » ⁽⁴⁶⁾ (il corsivo è aggiunto) è chiaro che le attività di servizio pubblico non sono un numero chiuso, ma sono destinate a ridursi o a incrementare in ragione dell'evoluzione delle condizioni sociali e culturali ⁽⁴⁷⁾.

E siccome la ricognizione delle attività funzionali a realizzare la *solidarité sociale* spetta solo e soltanto allo Stato ⁽⁴⁸⁾, con una deferenza pressoché totale del corpo giurisdizionale, il *service public* diviene un cavallo di Troia che consente, ai poteri pubblici, di autolegittimare l'esercizio del potere autoritativo e di espandere — senza limiti — il proprio ambito di intervento: « si la notion de service public n'est plus seulement le produit d'une évolution sociale qui dissout l'État, si elle incarne la mission générale de l'État, elle tend par là même à justifier l'exercice du pouvoir » ⁽⁴⁹⁾.

Certo, Duguit può esser parzialmente assolto: non si tratta di un obiettivo consapevolmente perseguito, ma di un — seppure non banale — imprevisto ⁽⁵⁰⁾, cui, peraltro, aveva tentato probabilmente di porre rimedio, come potrebbero dimostrare il riferimento alla necessità di de-politicizzare i *services publics*, sottraendoli alle « influences délétères des homme politiques », e di favorirne la decen-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. L. DUGUIT, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, estratto da « Revue internat. de l'enseignement », 15 novembre 1889, p. 24.

⁽⁴⁶⁾ DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, cit., p. 134.

⁽⁴⁷⁾ DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 47.

⁽⁴⁸⁾ Ricognizione e non scelta, perché nel primo caso si conferma che esiste un corpo di regole giuridiche oltre lo Stato che quest'ultimo deve meramente riconoscere, mentre nel secondo si riaffermerebbe un potere autoritativo dello Stato. In proposito, cfr. MELLERÉY, *Léon Duguit*, cit., pp. 244-245.

⁽⁴⁹⁾ Così PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie*, cit., p. 157.

⁽⁵⁰⁾ G. VINCENT, *L'idée du service public: origines et enjeux*, in *Services publics, solidarité, citoyenneté*, a cura di G. Vincent, Paris, l'Harmattan, 1998, p. 23 e ss. (specie p. 34) e DELVOLVÉ, *Service public et libertés publiques*, cit., p. 1 e ss.

tralizzazione (in un senso solo parzialmente diverso dal nostro) e l'affidamento a gruppi di cittadini ⁽⁵¹⁾.

Rimane la certezza che Duguit sia stato, probabilmente, « philosophe et sociologue plus peut-être que juriste » ⁽⁵²⁾ — benché questo rilievo critico non debba offenderlo granché visto che, per lui, il diritto è un sottoinsieme della sociologia ⁽⁵³⁾ — e che la sua nozione di *service public* sia stata « un principe de philosophie et de politique juridique » più che tecnico-giuridica ⁽⁵⁴⁾.

A parziale compimento di questo breve cammino, mette conto tentare di tracciare le peculiarità della tradizione culturale francese, che dai percorsi argomentativi di Duguit si sono trasferite nelle regole giuridiche.

L'idea del servizio pubblico impone, in Francia, quella della coesione sociale e di una concezione positiva di libertà, in cui i poteri pubblici agiscono per realizzare le condizioni di uguaglianza ⁽⁵⁵⁾: « [l]a notion de service public revêt un caractère social, et non plus politique. L'idée de service public est alors exploitée sous la forme d'une intervention dans le domaine des relations privées, pour protéger les faibles contre les forts », ma a questo scopo necessita di essere messa « au service d'un ordre juridique et non plus d'un programme politique ou social » ⁽⁵⁶⁾.

Da qui, si è costruito un solido corpo di principi speciali per le attività di servizio pubblico, che derogano al diritto comune: quelli di uguaglianza, di continuità, di adattabilità (o mutabilità) e, di

⁽⁵¹⁾ Cfr. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, cit., p. 139 e ss.; ID., *Les transformations du droit public*, cit., p. 57; ID., *Traité de droit constitutionnel*, II, cit., pp. 63, 153-154.

⁽⁵²⁾ J.-M. AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, in « Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux », 2 (1951), p. 7.

⁽⁵³⁾ DUGUIT, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, cit., p. 20.

⁽⁵⁴⁾ Così, PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie*, cit., pp. 261-262.

⁽⁵⁵⁾ Su cui, cfr. J.-M. BLANQUER, *Léon Duguit et le lien social*, in *Service public et lien social*, cit., p. 77 e ss. e VINCENT, *L'idée du service public*, cit., p. 34.

⁽⁵⁶⁾ P. DE LA PRADELLE, *La notion de service public*, in « Revue critique de législation et de jurisprudence », 54 (1934), p. 516 e ss.

recente, quelli di trasparenza, di responsabilità, di qualità del servizio ⁽⁵⁷⁾.

Fino agli anni Ottanta del Novecento, specialmente nei *services publics industriels et commerciaux*, la prestazione diretta dello Stato, in qualità di fornitore diretto dei servizi o di ente affidante, aveva garantito la dimensione sociale e collettiva del servizio pubblico.

Con la progressiva estensione dell'applicazione delle regole di mercato, dovuta sia all'evoluzione tecnologica che al diritto europeo ⁽⁵⁸⁾, si è registrata anche in Francia l'affermazione del principio di concorrenza ⁽⁵⁹⁾, che ha ricalibrato gli strumenti attraverso cui soddisfare l'essenza del *service public*. Persa la prestazione diretta come garanzia del perseguimento della dimensione sociale del servizio pubblico, il cuore della nozione di *service public* è diventato la regolazione, intesa come « le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions, afin d'en obtenir un fonctionnement correct » ⁽⁶⁰⁾.

La matrice sociale del servizio pubblico doveva essere raggiunta attraverso la predisposizione di un contesto regolatorio efficace, in grado di valorizzare gli obiettivi sociali e solidaristici. Da

⁽⁵⁷⁾ Su cui, cfr. B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 102 e ss.; S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2007², p. 299 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Si tratta di due delle crisi della nozione. Sulla prima, avvertita sin dai primi decenni del Novecento ed esplosa nel secondo dopo Guerra, cfr. J.-L. DE CORAIL, *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, Paris, Pichon et Durand, 1954; LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique*, cit., p. 59 e ss.; AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, cit., p. 3 e ss.; M. WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de Service Public*, in « Revue Administrative », 5 (1948), p. 23 e ss. Quanto all'impatto del diritto europeo sul *service public à la française*, si rinvia a CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1994: Service public, services publics: déclin ou renouveau*, in « Études et Documents », 46 (1995), p. 13 e ss.; C. STOFFAËS, *L'Europe de l'utilité publique. Des industries de services publics renouvelées dans l'Europe libérale. Rapport au ministre de l'économie*, Paris, ASPE Europe, 1995; R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public. Rapport au Premier ministre*, Paris, La documentation française, 1996; e, in termini generali, ai fascicoli 2 e 3 della « Revue française de droit administratif », 11 (1995), *Le service public et la construction communautaire*.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, cit., p. 142 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Così, M. LONG, *L'évolution du service public*, in « Flux », 31/32 (1998), p. 7 e ss.

qui, il dibattito sulla nozione e sulla disciplina del *service public* si è orientato verso nuovi argomenti: la qualità del servizio reso; la trasparenza, la partecipazione e il controllo dei procedimenti di regolazione ⁽⁶¹⁾.

Insomma, si è passati da un approccio soggettivo/istituzionale (concentrato su soggetti che prestano il servizio) ad uno oggettivo/funzionale (sugli obiettivi da garantire); dal servizio pubblico, inteso come attività di prestazione assolta da soggetti pubblici, a un *service du public*, inteso come prestazione di una certa qualità, cui il cittadino ha diritto per la soddisfazione di un proprio interesse primario ⁽⁶²⁾.

In questa ottica funzionale, in cui contano i risultati dell'amministrazione piuttosto che i regimi giuridici, gli istituti di diritto privato hanno parzialmente rimpiazzato quelli di diritto amministrativo e la posizione della cittadinanza rispetto al fornitore del servizio ha iniziato ad avvicinarsi a quella del consumatore di servizi ordinari ⁽⁶³⁾.

Di fatto, la tradizione culturale francese, la complessa costruzione teorica del *service public* e la solida esperienza dei principi di servizio pubblico hanno fatto assumere alla regolazione, in Francia,

⁽⁶¹⁾ Cfr. H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, *Quels modèles de régulation pour les services publics*, in *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, a cura di J.-M. Chevallier, I. Ekeland e M.-A. Frison Roche, Paris, PUF, 1999, p. 69 e ss.; S. BRACONNIER, *La régulation des services publics*, in « *Revue française de droit administratif* », 17 (2001), p. 43 e ss.; G. MARCOU, *Régulation, services publics et intégration en France*, in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, a cura di G. Marcou e F. Moderne, Paris, l'Harmattan, II, 2005, p. 29 e ss.

⁽⁶²⁾ M.-C. MEININGER, *Service public, service du public*, in *A propos de l'administration française*, a cura di F. Gallouédec-Genuys, Paris, La documentation française, 1998, p. 95 e ss.; M. LOMBARD, *L'avenir du service public au service du public*, in *L'idée de service public est-elle soutenable?*, cit., p. 247 e ss.; M. VOISSET, *La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics*, in « *Revue française de droit administratif* », 15 (1999), p. 743 e ss.; M. LONG, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, in « *Revue française de droit administratif* », 18 (2002), p. 1161 e ss.; O. DEBOUZY, *Service public = service du public*, in « *La Semaine Juridique — Administrations et collectivités territoriales* », 1 (2002), p. 1253.

⁽⁶³⁾ Cfr. S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, l'Harmattan, 2001; J. AMAR, *De l'usager au consommateur de service public*, Aix-en-Provence/Marseille, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2001.

aspetti nuovi rispetto al modello anglosassone: questa è stata caratterizzata da una maggiore attenzione agli aspetti sociali, alla coesione territoriale, agli obiettivi solidaristici (64). Insomma, se non esiste più un *service public à la française*, esiste, oggi, una *régulation économique à la française*.

3. *Il carattere empirico della nozione britannica di servizio pubblico.*

Al di là della Manica, la ricostruzione è altrettanto complessa, ma per ragioni diametralmente opposte.

Infatti, dall'ipertrofia dell'esperienza francese si approda ad un ordinamento che ha a lungo tralasciato di teorizzare l'esistenza di un regime giuridico particolare dei servizi pubblici.

La differenza culturale è notevole ed emerge con chiarezza sin dai volumi fondamentali dello studio universitario: in Francia, esiste una risalente tradizione di corsi e trattazioni monografiche destinate agli studenti delle facoltà giuridiche (65); nel Regno Unito, non solo non esistono manuali specifici, ma è difficile incappare nella nozione del servizio pubblico persino scorrendo i principali manuali di *administrative law* e di *public law* (66).

(64) DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, cit., p. 518 e ss. e BRACONNIER, *Droit des services publics*, cit., p. 567 e ss.

(65) Cfr., ad esempio, A. DE LABAUDÈRE, *Cours des grands services publics et entreprises nationales*, Paris, Les cours de droit, 1959; A. MATHIOT, *Les grands services publics et les entreprises nationales*, Paris, Les cours de droit, 1960; J. DE SOTO, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, Les cours de droit, 1969; D. LINOTTE, A. MESTRE, *Services publics et droit public économique*, Paris, Librairies techniques, 1982. Oggi i manuali sul *service public* sono innumerevoli. Tra i tanti, cfr. A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1997²; S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2007²; G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Paris, LGDJ, 2016⁴; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2012; J.-P. VALETTE, *Droit des services publics*, Paris, Ellipses, 2013².

(66) Quanto ai manuali di *constitutional law*, in E.C.S. WADE, A.W. BRADLEY, *Constitutional and Administrative law*, London/New York, Longman, 1993¹¹ una ventina di pagine sono dedicate a *public corporations, non-governmental agencies and advisory bodies* (p. 306 e ss.), che, significativamente, sono collocate all'interno della parte del volume dedicata alle istituzioni di governo (*The institutions of government*) e

Il disinteresse teorico anglosassone per la categoria dei servizi pubblici si manifesta con evidenza in una circostanza semplice, ma significativa: non esiste una locuzione specifica per il concetto di servizio pubblico.

Nella letteratura giuridica ed economica, sono state utilizzate alternativamente le espressioni *public utilities* e *public services*, che, però, per il lettore continentale non sono pienamente soddisfacenti.

La prima descrive le attività economiche caratterizzate da una situazione di monopolio naturale, come la distribuzione del gas, dell'energia e dell'acqua, i servizi postali, telefonici e telegrafici e il settore dei trasporti e, quindi, ha una estensione troppo limitata. Peraltro, in questa prevalgono le sensibilità economiche su quelle giuridiche: infatti, essa è ricavata dalla presenza di caratteristiche organizzative e produttive affini (la fornitura di servizi e non di beni; gli alti costi fissi; la non trasferibilità del servizio dal punto di vista dell'utenza; la sussistenza, insomma, di condizioni di monopolio

non nella parte dedicata specificamente all'*administrative law*. Nell'indice degli argomenti compare l'espressione *public corporations*, ma non quelle *public services* o *public utilities*. In C. TURPIN, A. TOMKINS, *British Government and the Constitution*, Cambridge, CUP, 2007⁶, il tema è accennato in un breve paragrafo (*voluntary agreement and self-regulation*, p. 484 e ss.) e, nell'indice dei nomi, compaiono i vocaboli *private partnership*, *public services*, *contracting out*. Quanto ai manuali di *administrative law*, in H.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988⁶, c'è un capitolo (p. 153 e ss.) dedicato alle *public corporations*, con i primi riferimenti al programma di privatizzazioni allora in corso, e uno dedicato alle funzioni di governo (*some government functions*) all'interno del quale, accanto al *compulsory purchase of land*, alla pianificazione urbana ed all'immigrazione, si approfondiscono il regime di amministrazione delle prigioni, il servizio sanitario e il sistema di *welfare*. Nell'indice degli argomenti compare l'espressione *public corporations*, ma non quelle *public services* o *public utilities*. In C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, CUP, 2009³, la disciplina delle *public utilities* è trattata all'interno di una pluralità di capitoli (*Regulation and governance*, p. 233 e ss.; *Regulatory design and accountability*, p. 282 e ss.; *Contractual revolution*, p. 338 e ss.; *Contract, contract, contract*, p. 393 e ss.), nell'indice dei nomi compaiono le espressioni *public services* e *public service code*. In P. CRAIG, *Administrative Law*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2008⁶, si trovano alcuni riferimenti nel paragrafo *Contract, service provision and governance* (p. 125 e ss.) e un'ampia trattazione che affronta il tema dal punto di vista della regolazione (*A case study: competition and regulation*, p. 329 e ss.). Nell'indice dei nomi compare l'espressione *public services agreements*.

naturale che impediscono il libero esplicitarsi della concorrenza) più che dall'individuazione di un sistema normativo omogeneo (67).

Perciò, sul piano metodologico, lo studio è stato empirico e disomogeneo e ha finito per privilegiare l'analisi delle soluzioni adottate in ogni settore per correggere i fallimenti del mercato, alle ricostruzioni di ampio respiro, rimaste appena accennate. Sul piano contenutistico, gli aspetti sociali hanno ricevuto a lungo una collocazione secondaria e liminare e sono stati descritti come mere esigenze strutturali del mercato o come eccezioni settoriali e puntuali (68). Così, quello che nella tradizione continentale sarebbe il principio di continuità del servizio, viene trattato come esigenza di assicurare il servizio con « regularity and reliability » e viene tradotto negli alti investimenti infrastrutturali necessari per la produzione e distribuzione del servizio (69).

Anche il secondo termine, *public services*, è insoddisfacente: esso è stato utilizzato per individuare tutte le attività funzionali all'interesse generale (e non solo le attività di prestazione — economiche e non economiche — dello Stato), finendo per identificarsi con lo statuto giuridico del dipendente pubblico, il *civil service* (70). Il *public service*, insomma, ha assunto il significato generale di « concept of working for the good of the community », piuttosto che indicare uno dei sottoinsiemi di questo, le attività di servizio pubblico (71).

(67) Cfr. J.F. SLEEMAN, *British Public Utilities*, London, Pitman, 1953, p. 3 e ss.

(68) Ivi, p. 17 e ss.

(69) Ivi, pp. 3-4, 8 e ss.

(70) Cfr. C. HARLOW, *Public Service, Market Ideology, and Citizenship*, in *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, a cura di M. Freedland e S. Sciarra, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 49 e ss., specie pp. 49-50: « The term 'public service' possesses two distinct meanings. The first is institutional, focusing on the personnel who operate state-running services. [...] The second, functional, meaning treats 'public service' as an activity ». Nota I. HARDEN, *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992, p. X: « There is no easy answer to the question of what exactly a 'public service' is. In a preliminary way, two categories can be identified: services performed directly for citizens (like refuse collection); or indirectly, to support government operations (such as maintenance of the vehicles in which the refuse is collected) ».

(71) L'espressione citata è di D. CAMERON, *Public Service Ethos — Learning from the Frontline*, intervento al summit del *National Consumer Council* del 6 giugno 2006, all'indirizzo www.theguardian.com/politics/2006/jun/06/publicservices.conservatives.

Con questa ampia accezione, non c'è da stupirsi che, nonostante il pragmatismo culturale britannico, questa espressione sia stata accompagnata — come in Francia — da un lessico piuttosto insolito: si sono richiamati gli oneri morali connessi all'adempimento della funzione pubblica, sollecitando l'«ethos» e l'«ethics» del *public service* ⁽⁷²⁾.

E anche nelle rare (e molto risalenti) occasioni in cui l'espressione *public service* ha individuato le attività di prestazione rese ai privati — penso, ad esempio, ad una monografia del 1925 di Keen — si è mantenuto un approccio frammentario e pragmatico, dovuto alla difficoltà di dare consistenza ad una nozione astratta. Le parole di Keen possono essere particolarmente rivelatrici:

I am afraid the expression 'public service' is not one capable of very precise definition, nor can the boundary line be very clearly laid down between the undertakings or businesses which should, and those which should not, be classed as public service undertakings ⁽⁷³⁾.

Pertanto, la ricerca della nozione di servizio pubblico nel Regno Unito non può seguire gli stessi parametri dell'esperienza francese: anziché analizzare una costruzione teorica, un'idea, un concetto e le loro implicazioni giuridiche, mette conto adottare un approccio funzionale, che deve riannodare le vicissitudini storiche anglosassoni e

(72) Cfr., in particolare, PUBLIC ADMINISTRATION SELECT COMMITTEE, *The Public Service Ethos. Seventh Report of Session 2001-02*, London, House of Commons, 2002, 2 voll. All'interno di una sconfinata letteratura, cfr. M. BRERETON, M. TEMPLE, *The new Public Service Ethos: an Ethical Environment for Governance*, in «Public Administration», 77 (1999), p. 455 e ss.; S. HORTON, *The Public Service Ethos in the British Civil Service: an Historical Institution Analysis*, in «Public Policy and Administration», 21 (2006), p. 32 e ss.; B.J. O'TOOLE, *The ideal of Public Service. Reflections on the Higher Civil Service in Britain*, London, Routledge, 2006, p. 1 e ss.; P. JOHN, M. JOHNSON, *Is there still a public service ethos?*, in *British Social Attitudes. The 24th Report*, a cura di A. Park, J. Curtice, M. Phillips, M. Johnson e E. Cleary, London, SAGE, 2008, p. 105 e ss.; P.M. HEYWOOD, *Integrity Management and the Public Service Ethos in the UK: Patchwork Quilt or Threadbare Blanket?*, in «International Review of Administrative Science», 78 (2012), p. 474 e ss.

(73) Cfr. F.N. KEEN, *The Law relating to Public Service Undertaking. Comprising a Survey of the Legal Position of Such Undertakings Generally, and a More Detailed Consideration of Particular Classes of Undertakings*, London, King & Son, 1925, p. 1.

cercare una coerenza nella frammentazione delle discipline di un certo tipo di servizi pubblici, i servizi a rete (*public utilities*) (74).

Riadattando un concetto riferito all'intero diritto amministrativo inglese, si può concludere che il regime giuridico dei servizi pubblici nel Regno Unito « form[i] normazione in autonoma, priva di principi propri, ma con dei problemi propri » (75).

Del resto, nel Regno Unito non è esistita una figura comparabile a quella di Léon Duguit, in grado di tradurre in un orizzonte teorico solido il substrato culturale diffuso nel tessuto sociale e di condizionare il pensiero giuridico a lui successivo (76).

Le riflessioni di Duguit stesso erano sbarcate oltre Manica (e oltre Oceano, negli Stati Uniti, probabilmente con un maggior seguito (77)) attraverso due lunghi saggi e due autorevoli traduzioni (*Les transformations du droit public* per opera di Frida e Harold Laski e *L'État, le droit objectif et la loi positive* per opera di Franklin Scott e Joseph Perkins Chamberlain) (78), ma non vi avevano trovato grande

(74) Sul metodo funzionale per lo studio della nozione di servizio pubblico nel Regno Unito, cfr. J. BELL, *Le service public: l'expérience britannique*, in « L'actualité juridique-droit administratif », 53 (1997), *numéro spécial*, cit., p. 130 e ss. Un approccio differente, dovuto al diverso spirito che ne anima la ricerca, più complessa ed ampia, è utilizzato da A.-E. VILLAIN-COURIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1 e ss. (specie, pp. 19-20). Ma dalle considerazioni della stessa autrice si ricavano le premesse per giustificare il metodo qui adottato: « [m]ême si le droit anglais ne connaît pas la notion de public service que de manière latente, il la met en pratique » (p. 143).

(75) La citazione è di M.S. GIANNINI, *Presentazione* a H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, p. V e ss. (specie p. IX).

(76) Quest'ultima è, peraltro, una caratteristica propria del diritto amministrativo inglese, in cui, come ha scritto Giannini, « nessun geniale giurista inventò il diritto amministrativo ». Ivi, p. XIX.

(77) Così, almeno, secondo la lettura di H. LASKI, *A note on M. Duguit*, in « Harvard Law Review », 31 (1917-1918), p. 186 e ss. Duguit fu, peraltro, *conférencier* alla Columbia Law School durante l'anno accademico 1920-21 e le lezioni lì svolte sono raccolte in L. DUGUIT, *Souveraineté et Liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New-York). 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922.

(78) I due saggi sono L. DUGUIT, *The Law and the State*, in « Harvard Law Review », 31 (1917-1918), p. 1 e ss., e il secondo, in quattro parti, ID., *Objective Law*, in « Columbia Law Review », 20 (1920), p. 817 e ss.; ID., *Objective Law II*, in « Columbia Law Review », 21 (1921), p. 17 e ss.; ID., *Objective Law III*, in « Columbia Law Review », 21 (1921), p. 126 e ss.; ID., *Objective Law IV*, in « Columbia Law Review », 21 (1921),

fortuna: i testi dovettero destare una certa curiosità e sollevare qualche attenzione, ma la loro recezione fu scarsa e sostanzialmente irrilevante, probabilmente a causa della loro forte antitesi con il pensiero del giurista inglese allora più rilevante, Albert Venn Dicey ⁽⁷⁹⁾.

Non a caso, anche il suo traduttore, Harold Laski, che dedicò agli scritti di Duguit una grande attenzione, dimostrò qualche diffidenza: pur rimanendone certamente affascinato e subendone una certa influenza ⁽⁸⁰⁾, il suo giudizio subì forti oscillazioni nel corso del tempo e accompagnò gli elogi a critiche severe e affilate.

In un primo tempo, prevalse una sincera passione: così, in un bello scambio epistolare tra Laski e Holmes, alla fascinazione entusiastica del primo

I have just finished Duguit's *Transformation du droit public* with immense pleasure. He has some good remarks on this point. Pound *dissentiente*, I'd give ten Germans of almost any eminence for a single first-class Frenchman ⁽⁸¹⁾

fanno da eco gli elogi temperati del secondo:

[a]s to Duguit, I read one book of his, I think the *Transformations du droit public* and found him suggestive but as I thought showing the usual continental or at least French feebleness in discussing fundamentals. My recollection is that by taking some intermediate provision that is only a wheel

p. 242 e ss. In traduzione sono stati pubblicati *Les transformations du droit public* (1913), da Frida e Harold Laski, con il titolo *Law in the Modern State*, New York, B.W. Huebsch, 1919 e, in edizione britannica, London, Allen & Unwin, 1921 e *L'État, le droit objectif et la loi positive*, da F.W. Scott e J.P. Chamberlain, con il titolo *Theory of objective law anterior to the State*, in A. FOULLÉE, J. CHARMONT, L. DUGUIT, R. DEMOGUE, *Modern Legal Philosophy Series. Vol. VII. Modern French Legal Philosophy*, Boston, Boston Book, 1916, p. 237 e ss.

⁽⁷⁹⁾ C. HARLOW, *The influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought*, in *Autour de Léon Duguit*, cit., p. 227 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Non è un caso, infatti, che proprio l'appassionato — per quanto critico — lettore di Duguit, Harold Laski, sia stato uno dei primi giuristi inglesi a contraddire apertamente le teorie di Dicey sull'*administrative law*. Su questa polemica, cfr. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, cit., p. 62 e ss. Sulla recezione del pensiero di Duguit in Laski, cfr. C. PALAZZOLO, *La libertà alla prova. Stato e società in Laski*, Pisa, ETS, 1979, p. 64 e ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *Holmes-Laski Letters. The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski. 1916-1935*, a cura di M. DeWolfe Howe, Cambridge, Harvard University Press, 1953, I, p. 15.

in a system he sought to invalidate what I think as true today as ever: that all law means I will kill you if necessary to make you conform to my requirements. I agree that the first class French books in French legal history and the Roman law are better than any similar German books I know ⁽⁸²⁾.

Così, da questo primo Laski, gli scritti di Duguit sono considerati una « prophetic analysis of the tendencies whose effects we have been witnessing », che li rendono i contributi più stimolanti della produzione contemporanea (« [i]t is no way an exaggeration of its significance to suggest that no work in the public law of our time has excited so eager a comment ») ⁽⁸³⁾. Testi che non sono culturalmente confinati nella realtà francese, ma che, con i dovuti adattamenti, possono essere utili anche nel mondo anglosassone ed educare e ispirare i lettori più giovani:

[t]he kind of background for public law that M. Duguit has drawn serves with accuracy to describe the content of the changes we have been witnessing. Based, of course, on French experience, it needs adaptation to fit English or American affairs; yet, in its broad perspective, it is not inconsistent with the facts at issue. Certainly no student who patiently examined this effort could fail to draw from it at once enlightenment and inspiration ⁽⁸⁴⁾.

Di segno diverso, invece, due scritti maturi, successivi alla scomparsa di Duguit ⁽⁸⁵⁾, in cui Laski ammette di essersi trovato in difficoltà nell'elogiare il lavoro di Duguit, perché era convinto che questo non avesse per nulla contribuito all'evoluzione scientifica. Così, aveva intervallato gli elogi a critiche sferzanti: « I didn't find it easy to make it plain that I thought he had done a useful critical job without contributing anything of positive kind to the evolution of doctrine » e « [to write out a paper *in piam memoriam* Duguit for a French law journal] was funny for as it got itself written it turned out

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 16.

⁽⁸³⁾ Entrambe le considerazioni sono in LASKI, *A note on M. Duguit*, cit., p. 188.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. H. LASKI, *Introduction*, in DUGUIT, *Law in the Modern State*, cit., p. IX e ss. (specie, p. XXXIV).

⁽⁸⁵⁾ H. LASKI, *La conception de l'État de L. Duguit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 2 (1932), p. 121 e ss.; ID., *M. Duguit's conception of the State*, in *Modern Theories of Law*, London, OUP, 1933, p. 52 e ss.

a somewhat devastating criticism of his postulates within the appropriate eulogies » (86).

Verosimilmente, il cambiamento di opinione di Laski per Duguit deve essere stato conseguenza di una certa delusione provata durante il loro incontro e ben descritta in un brano di una lettera inviata a Holmes:

I saw Duguit — a rough diamond, some good ideas, but (*entre nous*) a good deal of what Felix [Frankfurter] would call a faker. He quotes German in his book, but I found that he cannot read it, and he has that shrill patriotism which makes rhetoric a substitute for argument (87).

Insomma, anche uno dei pochi attenti lettori di Duguit manifestava qualche sofferenza per l'astrattezza delle idee del francese, che avevano poca presa sul pragmatismo britannico.

Quest'ultimo ha sicuramente costituito un freno culturale innato alla elaborazione di una teoria astratta del servizio pubblico nel Regno Unito (88), ma va coniugato con altre, concomitanti, ragioni: la pressoché totale assenza del « *concept of the State* », inteso come sistematizzazione dei rapporti tra un'istituzione giuridica formale e i suoi cittadini (89); lo sviluppo asimmetrico e settoriale dei moduli amministrativi, prima locali e poi a livello centrale (90); la prevalenza della lezione di Dicey circa l'inesistenza del diritto amministrativo nell'isola che ha imposto anche la convinzione — più ideologica che reale (91) — dell'applicabilità del diritto comune tanto alle attività economiche ordinarie svolte dai privati

(86) Cfr. *Holmes-Laski Letters*, cit., II, pp. 1366, 1368.

(87) Cfr. *Holmes-Laski Letters*, cit., I, p. 424.

(88) T. PROSSER, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford, OUP, 2005, p. 96.

(89) Cfr. C. GRAHAM, T. PROSSER, *Privatizing Public Enterprises. Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 35-36.

(90) Su cui, cfr. H.W. ARTHURS, "Without the Law". *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

(91) Si rinvia, ancora, alle considerazioni di D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 63 e ss.; CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 36 e ss. e ID., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, cit., p. 80.

che alle attività di servizio pubblico e ha generato la « rimozione dottrinale » del *welfare State* vittoriano ⁽⁹²⁾.

Già nel tardo Ottocento, infatti, esistevano un regime giuridico speciale (seppur frammentato e disomogeneo) per le attività economiche di pubblico interesse e una ricostruzione generale tesa a legittimare l'intervento dei pubblici poteri per ragioni sociali.

Al di là degli attesi riscontri empirici (penso all'ampia disciplina speciale in materia di distribuzione dell'acqua, del gas e dell'illuminazione elettrica ⁽⁹³⁾), colpisce che la letteratura giuridica sia già perfettamente consapevole della specialità di questa disciplina rispetto al diritto comune ⁽⁹⁴⁾. Ad esempio, Keen, nell'individuare le due caratteristiche fondamentali della nozione di *public service*, oltre alla soddisfazione di un interesse collettivo ⁽⁹⁵⁾, segnalerà la specialità dei poteri conferiti alle imprese che gestiscono servizi pubblici:

[the expression 'public service'] involves also this further characteristic: that the undertaking has such a degree of importance or involves such difficulties in execution as to justify the placing of those who undertaking it in a position of *special* privilege within the community or the conferring of *special* powers upon them [il corsivo è aggiunto] ⁽⁹⁶⁾.

L'origine di questi poteri speciali era in un gruppo cospicuo di rilevanti decisioni delle Corti britanniche, la più nota delle quali è

⁽⁹²⁾ Di « rimozione dottrinale » del *welfare State* vittoriano parlano L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 434 e ss.

⁽⁹³⁾ L'elenco di questi provvedimenti sarebbe molto lungo e, quindi, mi limito a rinviare alle raccolte di J.S. WILL, *Michael & Will on the Law relating to Gas and Water*, London, Butterworth & Co., 1901²; J. REESON, *The Acts relating to the Supply of Gas & Water by Companies and Local Authorities with Reference Notes and Full Index*, London, Butterworth & Co., 1902; L. DUCKWORTH, *The Consumers Handbook of the Law relating to Gas, and Water, and Electric Lighting*, London, Effingham Wilson, 1905; J. ABADY, *Clauses and Precedents in Electricity, Gas, and Water Legislation. Being a Comparison of the Provisions contained in the Model Bills, in Special and Municipal Acts, and in Provisional Orders, 1910 to 1914, relating to these Public Services*, London, Walter King, 1915.

⁽⁹⁴⁾ La notano in molti, sebbene giustificando questa specialità con le motivazioni più varie. Cfr., ad esempio, H.R. MEYER, *Municipal Ownership in Great Britain*, London, Macmillan Company, 1906, p. 1, che la fa risalire all'utilizzo delle strade pubbliche.

⁽⁹⁵⁾ KEEN, *The Law relating to Public Service Undertaking*, cit., p. 1.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

Allnut v. Inglis, del 1810 ⁽⁹⁷⁾, che si costruivano attorno alle riflessioni di carattere sistematico di un anziano Chief Justice del King's Bench, Matthew Hale, attorno ai limiti applicabili alla proprietà privata in ragione di interessi generali.

Esse, nonostante l'utilizzo in sede giurisdizionale e la stima e l'affetto che hanno circondato la figura di Hale presso le generazioni successive ⁽⁹⁸⁾, non hanno avuto granché fortuna nella letteratura giuridica patria e hanno conosciuto una vita travagliata: esposte in uno scritto minore e senile della ampia e ben studiata produzione di questo autore, a lungo dimenticato, poiché rimasto inedito per più di cento anni e riscoperto da Francis Hargrave ⁽⁹⁹⁾, fecero capolino tra le argomentazioni delle corti britanniche ed ebbero parecchia diffusione negli Stati Uniti, ma non fecero mai breccia nella letteratura giuridica inglese ⁽¹⁰⁰⁾. Come ha osservato Taggart, l'oblio di cui è stato oggetto Hale ha determinato la frammentazione e la margi-

⁽⁹⁷⁾ *Allnut and Another against Inglis, Tressner of the London Dock Company* (1810), in « English Reports », 104 (1810), p. 206. Una disamina di questa sentenza con ampi riferimenti, in nota, sulle altre decisioni che adottarono lo stesso profilo argomentativo è in P. CRAIG, *Constitutions, Property and Regulation*, in « Public Law », 36 (1991), p. 538 e ss. Per una sintetica ma efficace descrizione del regime speciale dei contratti relativi alla fornitura dei servizi e del rapporto tra utenza e impresa, con riferimenti ad una giurisprudenza tardo Settecentesca e di primo Ottocento, cfr. HARDEN, *The Contracting State*, cit., p. 37 e ss. Per una ricostruzione del regime derogatorio al diritto comune nel Regno Unito, cfr. VILLAIN-COURIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique*, cit., p. 136 e ss., 300 e ss.

⁽⁹⁸⁾ Ci sono pervenute descrizioni di un uomo caratterizzato da una « rare combination of good qualities, and a steady perseverance in good conduct, which raised an individual to be an object of admiration and love to all his contemporaries, and made him be regarded by succeeding generation as a model of public and private virtues », J.L. CAMPBELL, *The Lives of the Chief Justice of England. From the Norman Conquest to the Death of Lord Tenterden*, London, J. Murray, 1874³, II, p. 156 e ss. (specie, p. 156).

⁽⁹⁹⁾ M. HALE, *A treatise, in three parts. Pars prima. De Jure Maris et Brachiorum eiusdem. Pars secunda. De Portibus maris. Pars tertia. Concerning the Customs of Goods Imported and Exported*, in *A Collection of Tracts Relative to the Law of England*, a cura di F. Hargrave, London, T. Wright, 1787, p. 1 e ss., specie p. 46 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sulla recezione americana di Hale, cfr. H.E. WILLIS, *When is a Business Affected with a Public Interest?*, in « Indiana Law Journal », 3 (1928), p. 384 e ss.; B.P. McALLISTER, *Lord Hale and Business Affected with Public Interest*, in « Harvard Law Review », 43 (1929-1930), p. 759 e ss.; W.H. HAMILTON, *Affectation with Public Interest*, in « Yale Law Journal », 39 (1930), p. 1089 e ss.; CRAIG, *Constitutions, Property and Regulation*, cit., p. 543 e ss.

nalizzazione (« fragmentation and marginalisation ») della disciplina della *public utilities* nel Regno Unito ⁽¹⁰¹⁾.

Dopo i riferimenti nelle decisioni di cui si è detto, il pensiero di Hale è progressivamente scomparso dalla coscienza collettiva britannica, sino ad una recente resurrezione, a seguito delle privatizzazioni degli anni Ottanta, quando è stato posto a principio di un regime speciale della regolazione delle attività di interesse economico e considerato un antecedente della moderna teoria delle *essential facilities* ⁽¹⁰²⁾.

Dimostrata l'assenza di una coscienza culturale britannica del servizio pubblico, mette conto riprendere le premesse iniziali (lo studio funzionale della disciplina dei servizi pubblici) e analizzare lo sviluppo storico della *regulation* delle *public utilities*.

Esso può essere scomposto in tre fasi.

Nella prima, tra l'Ottocento e i primi tre decenni del Novecento, si è registrata la crescita dei servizi pubblici e un impegno nuovo dell'amministrazione centrale inglese nelle attività economiche ⁽¹⁰³⁾. Tuttavia, questa non è stata accompagnata dal tentativo di sistematizzare la nozione di servizio pubblico: i contributi scientifici sono pochi e provengono principalmente da studiosi di estrazione economica o politologica, la maggior parte dei quali si avvicinavano all'argomento dalla prospettiva del *municipal trading* e del *municipal socialism* ⁽¹⁰⁴⁾. Se quest'ultima locuzione esprime una evidente connotazione politica nel trattare un tema che, almeno nella sua

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. M. TAGGART, *The Province of Administrative Law Determined?*, in *The Province of Administrative Law*, a cura di M. Taggart, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 1 e ss., specie p. 7.

⁽¹⁰²⁾ In questo ultimo senso e anche circa le ragioni per cui il pensiero di Hale è stato dimenticato in Gran Bretagna dopo le sue prime affermazioni giurisprudenziali, cfr. PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit., p. 39 e ss. Sulla dottrina di Hale e sulla regolazione moderna delle *public utilities*, cfr. CRAIG, *Constitutions, Property and Regulation*, cit., p. 551 e ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 34 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., ad esempio, MEYER, *Municipal Ownership in Great Britain*, cit., *passim*; B. SHAW, *The Commonsense of Municipal Trading*, London, A.C. Fifield, 1912²; D. KNOOP, *Principles and Methods of Municipal Trading*, London, Macmillan & Co., 1912.

origine, fu tutt'altro che tale ⁽¹⁰⁵⁾; il primo conferma il carattere eminentemente industriale ed economico dell'approccio britannico alla questione.

In generale, prevalgono i lavori monografici strutturati attorno ad una analisi settoriale, combinata con il tentativo, quando possibile, di individuare delle linee comuni. Ci sono, quindi, delle descrizioni generali dei modelli societari, dei poteri di espropriazione, dei regimi tariffari: insomma, domina un metodo deduttivo, in cui dalle disposizioni relative alle singole attività economiche (ad esempio la distribuzione dell'acqua, del gas e dell'illuminazione elettrica) si ricavano tratti comuni, sempre di carattere empirico, senza tentare una ricostruzione generale ed astratta ⁽¹⁰⁶⁾.

Ad esempio, nel 1933, un autore sottolineerà ancora come il settore dei servizi pubblici sia stato caratterizzato da « opportunism », « experimentation » e « empiricism » e, di conseguenza, si sia costruito attorno a modelli regolatori differenti, dai quali è difficile trarre una impostazione unitaria ⁽¹⁰⁷⁾. Frammentazione, questa, che è riverberata, poi, nelle strutture amministrative deputate all'organizzazione dei servizi pubblici e nel loro studio ⁽¹⁰⁸⁾.

Del resto, le generalizzazioni erano rese ancora più complesse dal particolare sistema con cui si conferivano poteri speciali alle imprese incaricate di attività di servizio pubblico: degli *Special Acts*, specifici per ciascuna città e per ogni impresa e che, quindi, tendevano a presentare differenze, anche significative, nonostante fosse invalsa la pratica di approvare dei *General Clauses Acts*, dei modelli

⁽¹⁰⁵⁾ Sulla autonomia della municipalizzazione, almeno ai suoi albori, dalle dottrine collettiviste, cfr. E. BOUVIER, *L'exploitation collective des services publics. I. Les régies municipales*, Paris, O. Doin, 1910, p. 67 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., ad esempio, J.B. STREET, *The Law relating to Public Statutory Undertakings. Comprising Railway Companies, Water, Gas and Canal Companies, Harbours, Docks, and Piers with Special Reference to Modern Decisions*, London, Stevens and Sons, 1890; MEYER, *Municipal Ownership in Great Britain*, cit., *passim*.

⁽¹⁰⁷⁾ M. DIMOCK, *British Public Utilities and National Development*, London, Allen & Unwin, 1933, p. 11 e ss., 19 e ss., 301 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda, ad esempio, W.A. ROBSON, *Public Enterprise. Developments in Social Ownership and Control in Great Britain*, London, Allen & Unwin, 1937.

legislativi che dovevano armonizzare i contenuti dei provvedimenti speciali ⁽¹⁰⁹⁾.

Anche nei rari tentativi di adottare un approccio generale, di ritessitura di una disciplina comune ⁽¹¹⁰⁾, si sottolinea come questo non debba indurre a ritenere esistente un corpo di principi generali valido per tutte le attività di servizio pubblico:

the inquiry into general legal principles cannot be an easy or simple matter when it is remembered how much the principles to be applied in any given case are liable to be affected by the special legislation governing the particular undertaking concerned. [...] Experience of this kind makes one inclined in reply to the question, 'what are the general legal principles governing public service undertakings?' to say 'there are no such principles; everything depends on the legislation governing the individual case and any generalization is rash'. I think however this would be going too far. Something in the way of generalization can be attempted and is worth while, although the possibility of a plentiful crop of exceptions must always be admitted ⁽¹¹¹⁾.

La seconda fase, dagli anni Quaranta agli Ottanta, con qualche presagio già a partire dagli anni Venti, è segnata dall'avvento delle grandi nazionalizzazioni e dal definitivo inaridirsi delle prospettive di ricostruzione generale della disciplina dei servizi pubblici ⁽¹¹²⁾.

L'esito è, agli occhi di un giurista continentale, paradossale: infatti, l'esigenza di una riflessione sulla disciplina del servizio pubblico è stata avvertita proprio quando lo Stato ha agito in maniera più pervasiva nelle attività economiche al fine di poter plasmare — e giustificare concettualmente — i rapporti tra questo e i consociati.

Nel Regno Unito, così non è stato. In ossequio alla *legislative sovereignty of Parliament* di matrice diceyana ⁽¹¹³⁾, il canale di legittimazione politico ha finito per assorbire la disciplina giuridica

⁽¹⁰⁹⁾ Su questa tecnica di produzione legislativa, cfr. F. CLIFFORD, *A History of Private Bill Legislation*, London, Butterworth, 1885, 2 voll., e J. PREST, *Liberty and Locality. Parliament, Permissive Legislation, and Ratepayers' Democracies in the Nineteenth Century*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

⁽¹¹⁰⁾ Penso in particolare a KNOOP, *Principles and Methods of Municipal Trading*, cit., *passim* e KEEN, *The Law relating to Public Service Undertaking*, cit., *passim*.

⁽¹¹¹⁾ KEEN, *The Law relating to Public Service Undertaking*, cit., p. 10.

⁽¹¹²⁾ Cfr. PROSSER, *Law and the Regulators*, cit., p. 40 e ss.

⁽¹¹³⁾ Su cui può leggersi CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 30 e ss.; ID., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, cit., p. 17 e ss. In termini

del servizio pubblico: gli obiettivi dati alle imprese sono stati vaghi e generici; gli strumenti di partecipazione e trasparenza assenti o sostanzialmente inefficaci; il confine tra responsabilità politica e amministrativa spesso confuso ⁽¹¹⁴⁾.

Ovviamente, non si intende negare che una *regulation* delle *public utilities* di proprietà dello Stato sia esistita, ma precisare che è stata la politica, attraverso la legittimazione elettorale e l'armatura concettuale della supremazia parlamentare, ad assolvere la funzione di garantire che le imprese pubbliche perseguissero obiettivi di interesse generale ⁽¹¹⁵⁾. Non a caso, si è scritto che le *public corporations* sono state adoperate come uno strumento surrettizio per sottrarre all'ambito dell'*administrative law* una porzione cospicua di attività tipicamente amministrativa ⁽¹¹⁶⁾.

La scarsa messa a fuoco della disciplina giuridica delle *public utilities* è, del resto, coerente con la cultura britannica della regola-

generali, cfr. WADE, BRADLEY, *Constitutional and administrative law*, cit., p. 68 e ss. e TURPIN, TOMKINS, *British Government and the Constitution*, cit., p. 40 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Questi e altri rilievi sono nel volume di T. PROSSER, *Nationalised Industries and Public Control. Legal, Constitutional and Political Issues*, Oxford, Blackwell, 1986. Già DIMOCK, *British Public Utilities and National Development*, cit., pp. 24-25 aveva notato, negli anni Trenta, che « [t]he courts cannot, and do not, seek to set limits to what Parliament may do. Hence the term 'public utility' is a concept of Parliamentary and common usage, and not a legal rule ».

⁽¹¹⁵⁾ Del resto, come osserva WADE, *Administrative Law*, cit., p. 155 « [j]udged by the small number of cases which come before the Courts, public corporations as such generate little friction in administrative law ». Cfr. anche PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit., pp. 42-43, secondo cui, inoltre, la scarsa disciplina giuridica esistente era ambigua ed incoerente. Lo spiega anche, in termini generali, e con la chiarezza che ne contraddistingue le riflessioni, GIANNINI, *Presentazione*, cit., p. XVI: « [a] mio parere questo dato scolpisce, forse più di ogni discorso, una delle differenze più importanti tra i due sistemi. Nel sistema continentale si cercano tutte le strade possibili per limitare la discrezionalità amministrativa, perché si ha sempre il sospetto che la discrezionalità tenda a trasformarsi in arbitrio. Nel sistema inglese si parte dalla concezione opposta: se la discrezionalità c'è non può esser limitata, perché se la si limita si viola l'ordinamento. L'atto dell'autorità che ha ceduto il potere discrezionale o ne ha rinunciato ad una parte è un atto, si rileva, viziato da violazione di legge, neanche, cioè, da un eccesso di potere ».

⁽¹¹⁶⁾ « It could indeed be said that the public corporation is sometimes used as a device for taking some administrative activity outside the range of administrative law », ha osservato WADE, *Administrative Law*, cit., p. 155.

zione dell'epoca, caratterizzata da informalità, flessibilità e opacità, dall'attribuzione di una rilevante discrezionalità in capo ai poteri pubblici e da un approccio casistico ed empirico, piuttosto che fondato sull'applicazione di principi e regole generali ⁽¹¹⁷⁾.

La terza fase, che prende avvio dalla metà degli anni Ottanta, è quella della privatizzazioni. Anche in questo caso, le conseguenze sono sorprendenti: quello che sembra uno svuotamento dello Stato (« hollowing out of the State ») rivela un frutto inatteso, lo sviluppo di un *Public Service Law* ⁽¹¹⁸⁾.

Infatti, nel momento in cui si è recisa la continuità tra responsabilità politica e imprese fornitrici dei servizi di pubblica utilità è stato necessario individuare altrove — nella regolazione indipendente — lo strumento di legittimazione della loro azione e di garanzia degli interessi generali.

Itinerario, questo, che non è stato né immediato né definito, ma, all'opposto, una acquisizione lenta e graduale, sia sul piano procedurale che su quello sostanziale. Il punto di svolta è giunto alla

⁽¹¹⁷⁾ Per una disamina più approfondita del *British style of regulation*, si rinvia a D. VOGEL, *National Styles of Regulation. Environmental Policy in Great Britain and the United States*, Ithaca, Cornell University Press, 1986.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., per i due poli della riflessione, R. RHODES, *The Hollowing Out of the State: the Changing Nature of the Public Service in Britain*, in « The Political Quarterly », 65 (1994), p. 138 e ss. e T. PROSSER, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, in « Law and Contemporary Problems », 63 (2000), p. 63 e ss. Quest'ultima osservazione può conciliarsi con quella di CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 87, secondo cui « il *New public management*, l'*Agentification*, il *Contracting-out*, le privatizzazioni hanno avuto le maggiori realizzazioni proprio nel Regno Unito, dove la distinzione diritto pubblico-diritto privato non era accettata, ma con il risultato paradossale di farla venire in primo piano: queste trasformazioni, infatti, non sono servite solo a passare uffici, imprese, funzioni, personale, beni, ecc. dalla mano pubblica a quella privata, ma anche per applicare ad essi un diverso regime, più privatistico, così sottolineandosi la natura differenziata di quello originario. Dunque, *New public management*, *Agentification*, *Contracting-out*, privatizzazione presuppongono la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato anche dove non se ne riconosceva l'esistenza ». Anzi, mi pare che queste ultime siano considerazioni necessarie e propedeutiche alle riflessioni di Prosser, giacché — con riferimento alle *public utilities* — la trasformazione istituzionale e il conseguente scivolamento dal controllo governativo (e dal relativo diritto applicabile) al regime privatistico ha stimolato una intensificazione dell'intervento (funzionale e non più strumentale) dei poteri pubblici sulle attività delle imprese. L'opinione di Prosser è anticipata da TAGGART, *The Province of Administrative Law Determined?*, cit., p. 7.

fine del primo decennio di esperienza, a cavallo del cambiamento di secolo, con l'elezione del governo laburista e quando la valutazione di quanto occorso nei singoli settori ha suggerito significative modifiche, contestualmente alla ridefinizione dei rapporti tra regolazione e concorrenza ⁽¹¹⁹⁾.

Quanto all'aspetto procedurale, la fase iniziale è stata caratterizzata da una forte personalizzazione della regolazione, affidata a singoli *Directors General*; dalla quasi totale assenza di garanzie di partecipazione e trasparenza; dalla mancanza di principi comuni: ne è derivato un approccio disomogeneo, incoerente ed opaco, che ha alimentato forti critiche in termini di legittimazione ⁽¹²⁰⁾.

Dal lato sostanziale, nella regolazione hanno prevalso gli aspetti economici: *à la Littlechild*, essa « is a means of holding the forth until competition arrives », debole surrogato della concorrenza, destinata ad esser esperienza transitoria ed a lasciare il campo, una volta consolidato il mercato ⁽¹²¹⁾.

Certo, si tratta di una rappresentazione che tradisce, in parte, la realtà — dacché sin dal momento della loro istituzione, i regolatori britannici hanno svolto anche missioni sociali, adattando principi economici alla tutela di valori sociali o sviluppando, spesso in maniera empirica e disomogenea, esperienze di tutela del-

⁽¹¹⁹⁾ L'importanza del cambiamento di governo nel ciclo di riforme strutturali dei regolatori inglesi è sottolineato in PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit., p. 45 e 70 e ss. In particolare, si fa riferimento allo *Utilities Act* (2000), al *Postal Services Act* (2000), al *Transport Act* (2000), al *Railways and Transport Safety Act* (2002), al *Water Act* (2003), al *Communications Act* (2003). Sull'ultimo aspetto — la ridefinizione dei rapporti tra regolazione e concorrenza — si fa riferimento al *Competition Act* (1998), su cui cfr. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 11 e ss. (specie p. 21 e ss.).

⁽¹²⁰⁾ Sugli aspetti procedurali della regolazione nel Regno Unito dopo la privatizzazione, cfr. GRAHAM, PROSSER, *Privatizing Public Enterprises*, cit., p. 175 e ss., 210 e ss. Sulla legittimazione dei regolatori, all'interno di una letteratura amplissima, D. HELM, *British Utility Regulation: Theory, Practice and Reform*, in « Oxford Review of economic policy », 10 (1994), p. 17 e ss.; C. GRAHAM, *Is There a Crisis in Regulatory Accountability*, in *A Reader on Regulation*, a cura di R. Baldwin, C. Scott e C. Hood, Oxford, OUP, 1998, p. 482 e ss. e C. GRAHAM, *Regulating Public Utilities. A Constitutional Approach*, Oxford, Hart, 2000, p. 1 e ss, 65 e ss.

⁽¹²¹⁾ S. LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunications Profitability. Report to the Secretary of the State*, London, Department of Industry, 1983.

l'utenza ⁽¹²²⁾ — ma che riflette in maniera puntuale il clima culturale inglese di fine anni Ottanta e dei primi Novanta, sostanzialmente allineato all'impostazione di Littlechild ⁽¹²³⁾.

Stimolato dalle criticità procedurali del decennio precedente e dalla consapevolezza dell'elevata discrezionalità e dell'intrinseca ricaduta sociale di alcune decisioni (si pensi all'atto fondamentale, la determinazione della tariffa) che avevano trasformato i regolatori in « governments in miniature » ⁽¹²⁴⁾, a fine anni Novanta si apre un ciclo di riforme radicale, che incrementa le garanzie procedurali e rafforza i caratteri sociali della regolazione.

Il cambiamento non è stato limitato solo all'introduzione di garanzie sostanziali (obblighi di servizio universale; divieto di disconnessioni; particolari tutele per le categorie di utenza più fragili) e procedurali (soprattutto con riguardo agli strumenti di partecipazione e trasparenza) ⁽¹²⁵⁾, ma è andato più in profondità, al ruolo dei poteri pubblici nella fornitura dei servizi di utilità pubblica.

⁽¹²²⁾ Quanto al primo, penso ai poteri di controllo sulla struttura delle imprese fornitrici. Nel caso dei servizi idrici, ad esempio, l'Ofwat ha sempre verificato, nell'esercizio dei propri poteri autorizzatori in materia di fusioni o cessioni, che la nuova impresa desse idonee garanzie — economiche e tecniche — circa la continuità del servizio. Quanto al secondo, invece, cfr. PROSSER, *Law and the Regulators*, cit., p. 17 e ss., il quale, poi, nel corso del volume, sviluppa il regime regolatorio di ciascun settore, con la cautela, però, che si tratta di interessi secondari rispetto a quello primario della costruzione del mercato concorrenziale.

⁽¹²³⁾ Per una impostazione regolatoria tutta imperniata sui valori economici, cfr. *Regulators and the Market: An Assessment of the Growth of Regulation in the UK*, a cura di C. Veljanovski, London, Institute of Economic Affairs, 1991; C. FOSTER, *Privatization, Public Ownership, and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992; C. VELJANOVSKI, *The Future of Industry Regulation in the UK*, London, European Policy Forum, 1993.

⁽¹²⁴⁾ La bella espressione, utilizzata inizialmente da ARTHURS, "Without the Law", cit., p. 117 e ss., è, applicata ai regolatori indipendenti da PROSSER, *Law and the Regulators*, cit., p. 305 (e, sulla regolazione tariffaria, p. 299 e ss.).

⁽¹²⁵⁾ Una ampia esposizione delle modifiche introdotte, con una accurata, sebbene sintetica, analisi settore per settore è in PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit., p. 70 e ss. Per alcune impressioni di ordine generale cfr. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A Fair Deal for Consumer. Modernising the Framework for Utility Regulation*, London, Department of Trade and Industry, 1998 (d'ora in avanti, *green paper*); ID., *A Fair Deal for Consumer. Modernising the Framework for Utility Regulation. The Response to Consultation*, London, Department of Trade and Industry, 1998; ID., *A Fair Deal for Consumer. Modernising the Framework for Utility Regulation. The Future for Gas and*

Al Governo spetta un compito di carattere generale, creare una società più equa (« creating a fairer society »): ciò è possibile solo assicurando che i servizi di pubblica utilità siano « available to all members of society, including the most vulnerable, on fair terms »⁽¹²⁶⁾ e introducendo « [a] new primary duty on the regulators to protect the interests of consumers », primi fra tutti la « continuity and availability of supply »⁽¹²⁷⁾.

In questa ottica, il Governo ha una funzione di indirizzo forte (« Ministers should, after full consultation, including with Parliament, issue statutory guidance to regulators on the Government's social and environmental objectives »), cui i regolatori, dotati di una altrettanto solida indipendenza, devono adeguarsi⁽¹²⁸⁾.

La rivoluzione è radicale: il Governo ha superato l'approccio di Littlechild: la regolazione non è solo una fase transitoria, preliminare alla concorrenza, ma una certezza giuridica, dal futuro indefinito, con funzioni e caratteri propri⁽¹²⁹⁾.

4. *Divergenze e convergenze tra le due coste della Manica.*

L'analisi svolta consente di segnalare divergenze e convergenze.

In primo luogo, la nozione di servizio pubblico ha avuto origini e assolto funzioni assai differenti.

La principale divergenza sta nella costruzione di una teoria

Electricity Regulation. The Government's Proposals for Legislation, London, Department of Trade and Industry, 1999, consultabili *on line* nel sito dei *National Archives* (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>).

⁽¹²⁶⁾ Così, DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A Fair Deal for Consumer (The Response to Consultation)*, cit., par. 10.

⁽¹²⁷⁾ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A Fair Deal for Consumer (green paper)*, cit., par. 1.2; 3.7; 3.8; 3.45; 3.46; 3.52; *proposal* 3.1.

⁽¹²⁸⁾ « [R]egulators will be under a new duty to have regard to that [statutory] guidance ». Su questi aspetti, cfr. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A Fair Deal for Consumer (The Response to Consultation)*, cit., par. 12. Altrettanto chiaramente già ID., *A Fair Deal for Consumer (green paper)*, cit., par. 5.4: « the Government, not regulators, should determine the social objectives of regulation. The Government will therefore provide statutory guidance to regulators on social issues for each sector ».

⁽¹²⁹⁾ Così, T. PROSSER, *Theorising Utility Regulation*, in « *The Modern Law Review* », 62 (1999), p. 196 e ss.

generale del servizio pubblico e in un corpo generale di principi applicabili a queste attività, per ragioni di coesione sociale, in Francia, e nella loro assenza nel Regno Unito. Ovviamente, questo non ha impedito che anche nel Regno Unito fossero introdotte delle regole eccezionali al diritto comune, per definire (e limitare) i poteri dei soggetti incaricati della prestazione di questi servizi e per la tutela degli utenti.

Però, questa differenza è riverberata nei contenuti della disciplina speciale: in Francia, essa è stata intrisa di significati morali e collettivi, che hanno caratterizzato il ruolo dell'amministrazione nell'assicurare il libero sviluppo della personalità e della dignità umana; nel Regno Unito, l'approccio è stato individualistico e ha colorato i principi di una matrice essenzialmente egoistica (*natural justice* e *fairness*), opportunamente derogati, quando necessario, dalla disciplina pubblica ⁽¹³⁰⁾. Come ha scritto Douglas Knoop, nel 1912, la prestazione di molti dei servizi pubblici era svolta « primarily for the benefit of *individual members* of the community and not for the benefit of the *community as a whole*, as for example, the provision of water, gas, swimming baths and cemeteries » (il corsivo è aggiunto) ⁽¹³¹⁾.

Nella tradizione continentale, quindi, il servizio pubblico è stato la testa d'ariete e lo strumento di giustificazione dell'intervento dello Stato nelle attività economiche; mentre sull'isola questa necessità non si è avvertita.

Questa tendenza è spiegabile solo parzialmente con l'argomento della maggiore pervasività dei poteri pubblici francesi nel contesto economico ⁽¹³²⁾, poiché anche nel Regno Unito le *public utilities* sono state considerate un volano dello sviluppo economico

⁽¹³⁰⁾ Così, E. MALARET GARCIA, *Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context*, in *Public Services and Citizenship in European Law*, cit., p. 57 e ss. (specie p. 80) e HARLOW, *Public Service, Market Ideology, and Citizenship*, cit., p. 51. Con accuratezza lo descrive anche VILLAIN-COURIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique*, cit., p. 189 e ss., nel soffermarsi sulla nozione di interesse generale in Francia (funzionale alla coesione sociale) e in Inghilterra (come sommatoria degli interessi individuali).

⁽¹³¹⁾ KNOOP, *Principles and Methods of Municipal Trading*, cit., p. 1.

⁽¹³²⁾ Su cui, cfr. P. HALL, *Governing the Economy. The Politics of State Intervention in Britain and France*, Oxford, OUP, 1986.

e neppure all'apice dell'intervento diretto dello Stato, l'epoca delle grandi *public corporations*, è maturata una riflessione teorico-generale sui contenuti giuridici del servizio pubblico (133).

D'altro canto, sarebbe un errore ipostatizzare gli approcci delle due sponde della Manica: la rimozione del servizio pubblico come nozione generale e astratta non ha determinato, nel Regno Unito, l'assenza di una normazione puntuale relativa alle *public utilities* (nell'ottica del perseguimento di missioni di interesse generale); né, in Francia, ha prodotto la statizzazione delle imprese incaricate della fornitura dei servizi pubblici di rilevanza economica.

L'esempio dei servizi idrici è ideale: nella seconda metà del Novecento, nel Regno Unito, la gestione del servizio mediante imprese private è stata pressoché inesistente, per scomparire totalmente nel 1973 (e ritornare, come modello esclusivo, nel 1989) (134); mentre in Francia la *gestion déléguée* è stata abbastanza diffusa, seppure sempre minoritaria rispetto a quella pubblica (135). Cosicché, in maniera apparentemente paradossale, si è potuto concludere che « the UK frames private sector provision of water services as an activity which requires the *constraint* of water service provider economic activity by an independent regulatory agency », mentre « the French frame private sector provision of this public service as an activity *facilitated* by state and political involvement » (136).

Le convergenze sono altrettanto significative. La « dismissione

(133) Quanto al primo aspetto, cfr. DIMOCK, *British Public Utilities and National Development*, cit., pp. 11-12, che si sofferma con intensità sul legame tra *public utilities* e sviluppo economico nazionale.

(134) Tra gli anni Quaranta e i Settanta sono esistite, infatti, più di 1500 imprese fornitrici, solo trentatré delle quali private e, peraltro, di antica origine (i riferimenti statistici sono in M. ROUSE, *Institutional Governance and Regulation of Water Services. The Essential Elements*, London, IWA Publishing, 2007, pp. 134, 170). Il numero totale era andato progressivamente riducendosi, sino a diventare, all'inizio degli anni Settanta, di un paio di centinaia. Con il *Water Act 1973* esse vennero accorpate in 10 *Regional Water Authorities*, che organizzavano il servizio in aree territoriali di dimensioni regionali, ma erano sottoposte al controllo del governo centrale. Queste imprese sono, poi, state integralmente privatizzate con il *Water Act 1989*.

(135) S. DUROY, *La distribution de l'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, Paris, LGDJ, 1996.

(136) Cfr. B. MORGAN, *Water on Tap. Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services*, Cambridge, CUP, 2011, p. 55.

di funzioni pubbliche e di imprese » ha determinato l'emergere di un « diritto misto »⁽¹³⁷⁾, che ha riguardato anche — e soprattutto — i servizi pubblici⁽¹³⁸⁾: l'irrealizzabile chimera della soppressione del diritto amministrativo, in Francia, ha camminato in parallelo al dibattito anglofono (e non solo) sul confine tra diritto privato e diritto pubblico⁽¹³⁹⁾.

La risposta è stata analoga: il modello di regolazione per contratto (prima) e per autorità indipendenti (poi), su cui entrambi gli ordinamenti hanno converso⁽¹⁴⁰⁾, non ha esautorato completamente il ruolo delle rappresentanze politiche, pur trasferendo un rilevante margine di discrezionalità al regolatore nella ponderazione tra interessi privati confliggenti.

Anche grazie alla circolazione, sia verticale che orizzontale, di istituti giuridici determinata dal diritto europeo⁽¹⁴¹⁾, la Francia ha adottato strumenti di matrice britannica — ad esempio, le carte dei servizi — e il Regno Unito ha ampliato la propria prospettiva

⁽¹³⁷⁾ Così, CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., pp. 86-87.

⁽¹³⁸⁾ Si pensi al progressivo modificarsi della situazione giuridica dell'utenza e all'insinuarsi del diritto del consumo (su cui cfr. NİCİNSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, cit., *passim*; AMAR, *De l'usager au consommateur de service public*, cit., *passim*) o alle carte dei servizi e agli *indicators* (su cui, cfr. HARDEN, *The Contracting State*, cit., p. 58 e ss.).

⁽¹³⁹⁾ I riferimenti principali sono J. BOULOUIS, *Supprimer le droit administratif?*, in « Pouvoirs », 46 (1988), p. 5 e ss. e *The Province of Administrative Law*, cit., *passim*. Cfr. anche il numero monografico degli « Archives de philosophie du droit », 41 (1997), *Le privé et le public*, il saggio di D. TRUCHET, *Avons nous encore besoin du droit administratif?*, in *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039 e ss.; HARDEN, *The Contracting State*, cit., *passim* e *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, a cura di J.-B. Auby e M. Freedland, Paris, Panthéon Assas, 2004. Per l'Italia, per uno sguardo d'insieme, cfr. M. D'ALBERTI, *La partizione pubblico privato: esiste ancora?*, in *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, a cura di F. Spantigati, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 25 e ss. e Id., *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 5 (2000), 1, p. 65 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Lo nota CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 88.

⁽¹⁴¹⁾ Sugli effetti del diritto europeo sul *service public* si è detto; per gli effetti sul regime giuridico dei servizi pubblici nel Regno Unito, cfr. PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit., p. 121 e ss. e GRAHAM, *Regulating Public Utilities*, cit., p. 129 e ss.

(almeno dal punto di vista culturale, se non anche sul piano del diritto positivo), includendo, a giustificazione della regolazione, non solo i fallimenti del mercato, ma i diritti individuali e la coesione sociale ⁽¹⁴²⁾.

Insomma, le mitologie — il *service public à la française*; l'inesistenza di un diritto speciale dei servizi pubblici, conseguenza della supposta inesistenza del diritto amministrativo nel Regno Unito — si sono appassite per opera dell'evoluzione tecnologica, dell'apertura dei mercati e, da ultimo, per la maggiore pervasività degli ordinamenti sovranazionali.

D'altro canto, Stato e servizio pubblico rimangono indissociabili e consustanziali: questo è accaduto in Francia grazie a Duguit ⁽¹⁴³⁾, ma anche nel Regno Unito, in cui le *public utilities* hanno conosciuto, da lungo tempo, un regime giuridico parzialmente derogatorio rispetto alle attività economiche ordinarie.

In altri termini, la componente sociale dei servizi pubblici ha dato luogo ad una ricostruzione teorica ampia e complessa (in Francia) ovvero ad un corpo di deroghe funzionali che, da una origine puntuale, hanno assunto, nel corso tempo, una dimensione sistematica, caratterizzando — sia dal punto di vista procedurale che sostanziale — un prototipo di *Public service law* (o, forse più correttamente, un *British national style of regulation*) ⁽¹⁴⁴⁾.

Ovviamente, rimangono divergenze sensibili nello stile di regolazione (anche queste progressivamente ridotte dai *network* di

⁽¹⁴²⁾ Cfr., ad esempio, T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in « Journal of Law and Society », 33 (2006), p. 364 e ss. L'impressione della solidità delle argomentazioni di Prosser si acquisisce anche per differenza, rileggendo lo studio, di un ventennio precedente, di HARDEN, *The Contracting State*, cit., in particolare 50-51, in cui l'autore lamenta l'inesistenza di un regime giuridico complesso, completo, coordinato e omogeneo del servizio pubblico (tanto imperniato su regole di diritto privato che di diritto pubblico). Quel regime, invece, esiste — ed è stato individuato in una serie di interventi normativi successivi al libro di Harden — secondo l'analisi di Prosser. Un'ampia disamina del regime giuridico dei servizi pubblici nei due ordinamenti è in VILLAIN-COURIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique*, cit., p. 359 e ss., 435 e ss.

⁽¹⁴³⁾ Così, S. REGOURD, *Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours*, in « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 103 (1987), p. 5 e ss., specie p. 25.

⁽¹⁴⁴⁾ Per un quadro compiuto dell'esperienza britannica, cfr. GRAHAM, *Regulating Public Utilities*, cit., specie p. 191 e ss.

regolatori europei e globali), nel contenuto degli strumenti regolatori (penso, ad esempio, alle carte dei servizi ⁽¹⁴⁵⁾), negli interessi apprezzati e negli obiettivi perseguiti nella regolazione, che sono il risultato delle tradizioni giuridiche differenti dei due ordinamenti.

⁽¹⁴⁵⁾ Sulle differenze delle carte dei servizi nel Regno Unito e in Francia, cfr. G. VESPERINI, S. BATTINI, *Le carte dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, Maggioli, 1997.

RICCARDO CAVALLO

L'AUSEINANDERSETZUNG TRA HANS KELSEN
E MAX ADLER SULLO STATO SOCIALE

1. *Austria felix*. — 2. La critica di Kelsen. — 2.1. I prodromi dello Stato sociale novecentesco: la *Vienna Rossa*. — 3. L'anti-critica di Adler. — 3.1. Uno Stato sociale minimo? — 4. Luci ed ombre dello Stato sociale.

1. *Austria felix*.

Per iscritto si chiamava Monarchia Austro-Ungarica, ma a voce si chiamava Austria, termine a cui il paese aveva abdicato con solenne giuramento statale ma che conservava in tutte le questioni sentimentali, a prova che i sentimenti sono importanti quanto il diritto costituzionale e che i decreti non sono la cosa più seria del mondo. Secondo la costituzione era uno stato liberale, ma aveva un governo clericale. Il governo era clericale, ma lo spirito liberale regnava nel paese. Davanti alla legge tutti i cittadini erano uguali, non tutti però erano cittadini. C'era un parlamento, il quale faceva un uso così eccessivo della propria libertà che lo si teneva quasi sempre chiuso; ma c'era anche un paragrafo per gli stati di emergenza che serviva a far senza del Parlamento, e ogni volta che tutti si rallegravano per il ritorno dell'assolutismo la corona ordinava che si ricominciasse a governare democraticamente. Di tali vicende ne capitavano molte in Cacanìa, e fra le altre vi furono anche quei conflitti nazionali che attirarono giustamente la curiosità dell'Europa e oggi son presentati in modo del tutto falso. Furono così violenti che per cagion loro la macchina dello stato s'incepava e s'arrestava parecchie volte all'anno, ma nei periodi intermedi e nelle pause di governo l'armonia era mirabile e tutti facevan vista di nulla ⁽¹⁾.

Questo celebre affresco musiliano descrive come non mai le stridenti contraddizioni che attraversavano l'Impero Asburgico, dalle cui ceneri nacquero la Repubblica Austriaca e quello straordi-

⁽¹⁾ R. MUSIL, *Der Mann ohne Eigenschaften*, Berlin-Hamburg, Rowohlt, 1930-1933; trad. it., *L'uomo senza qualità*, Torino, Einaudi, 2014 [edizione Frisé del 1978], vol. I, p. 33.

nario laboratorio viennese attorno a cui si erano già raccolte nella Grande Vienna ⁽²⁾ dei primi del Novecento le menti più geniali della giovane *intelligenziazia* marxista ⁽³⁾ (basti pensare alle riflessioni in ambito *economico* di Rudolf Hilferding, in ambito *politico* di Otto Bauer, in ambito *giuridico* di Karl Renner e soprattutto in ambito *filosofico* di Max Adler) che nel traumatico passaggio di fine secolo si erano aspramente confrontate, tra l'altro, sul mutato ruolo e la diversa funzione dello Stato ⁽⁴⁾.

Uno *stato liberale dal governo clericale*, per ritornare alla felice espressione di Musil, è come una macchina dalla foggia moderna e dalla carrozzeria scintillante che al proprio interno anziché nascondere un motore rombante custodisce un cuore arcaico, fatto di rotelle di legno che mettendo in moto il tutto, avanza lentamente e cigolando. Uno Stato con tali fattezze non può non *incepparsi* e *arrestarsi* di continuo. I tempi erano ormai maturi per una riflessione sulle funzioni dello Stato e su come esso potesse trasformarsi da *gelido mostro* a Stato sociale. Sembrano esserne ben consci due

⁽²⁾ Cfr. *L'Austria nell'Europa degli anni Trenta. Filosofia, politica, economia e società tra le due guerre mondiali*, a cura di F.S. Festa, E. Fröschl, T. La Rocca, L. Parente, A.M. Vitale, Roma, Castelvecchi, 2016 che, a detta dei curatori, non è la mera edizione italiana dell'omonimo volume pubblicato in lingua tedesca *Das Österreich der dreißiger Jahre und seine Stellung in Europa*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012 ma ne costituisce una versione del tutto ripensata ed arricchita che, oltre ad interrogarsi sul tema dell'identità in una prospettiva europea, tende ad esaminare da vari punti di vista il confronto/confitto di quegli anni tra austro-liberismo e austro-socialismo su temi decisivi di politica economica.

⁽³⁾ Cfr. G. MARRAMAIO, *Austroromaxismo e socialismo di sinistra tra le due guerre*, Milano, La Pietra, 1977; ID., « *Tecnica sociale* », *Stato e transizione tra socialdemocrazia weimariana e austroromaxismo*, in *Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni Venti*, a cura di L. Villari, Bologna, il Mulino, 1978, pp. 93-135.

⁽⁴⁾ Tale problematica è stata affrontata ciclicamente in maniera più o meno pervasiva: dopo l'epoca 'aurea' degli anni Sessanta e Settanta del Novecento e un lungo periodo di silenzio di recente gli studiosi sono tornati ad interrogarsi anche sull'esistenza o meno di una teoria marxista del diritto e dello Stato, come testimonia il recente lavoro L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, Giappichelli, 2015, a cui si rinvia per la bibliografia di riferimento. Si segnalano altresì le lunghe introduzioni M. PROSPERO, *Logica e Stato in Marx*, in K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, Roma, Editori Riuniti, 2016, pp. 7-178 e ID., *La scienza politica di Marx*, in K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma, Editori Riuniti, 2015, pp. 7-125.

intellettuale formatasi nell'officina neokantiana ⁽⁵⁾ e nella *temperie* novecentesca che, pur partendo entrambi dalla rilettura del pensiero di Kant, cercano di dare risposte diverse a tale questione: si tratta del *filosofo* Max Adler ⁽⁶⁾ e del *giurista* Hans Kelsen ⁽⁷⁾, protagonisti di un dialogo a distanza ⁽⁸⁾ che va ben oltre le mere disquisizioni accademiche e che raggiungerà picchi non poco polemici.

La formazione di Adler avviene sì nel *milieu* formalista e neokantiano ma il suo discorso acquista una sua autonomia di fondo presentandosi alquanto anomalo rispetto all'ambiente socialista ⁽⁹⁾, sia per la sua capacità di far interagire criticamente e non senza polemiche (in contrapposizione ad altri socialisti neokantiani) ⁽¹⁰⁾ il

⁽⁵⁾ Cfr. G. RIDOLFI, *Austromarxismo e teoria pura del diritto. La difficile eredità kantiana in Max Adler e Hans Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1 (2013), pp. 87-112.

⁽⁶⁾ Un punto di riferimento imprescindibile per comprendere la biografia politico-intellettuale di Adler sono i lavori di A. PFABIGAN, *Max Adler. Eine politische Biographie*, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 1982 e C. MÖCKEL, *Sozial-Apriori: der Schlüssel zum Rätsel der Gesellschaft. Leben, Werk und Wirkung Max Adlers*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1993. Sulla ricezione dell'opera adleriana in Italia e sui principali nodi problematici che costellano la sua riflessione si rinvia al volume di G. MACCARONI, *Sociologia, Stato e democrazia solidale in Max Adler*, Milano-Udine, Mimesis, 2013 che ricalca sostanzialmente ID., *Il pensiero politico di Max Adler*, Gaeta, Bibliotheca, 1993.

⁽⁷⁾ Essendo la bibliografia kelseniana pressoché sterminata ci limitiamo a segnalare il recente contributo di L. BAZZICALUPO, *Logica e realtà: Kelsen nella Vienna dell'inizio del secolo*, in *L'Austria nell'Europa degli anni Trenta*, cit., pp. 213-235 che si concentra proprio sulla fase viennese della sua riflessione.

⁽⁸⁾ Cfr. H. KELSEN, *Sozialismus und Staat*, Leipzig, Hirschfeld, 1923²; trad. it., *Socialismo e Stato*, a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978 e M. ADLER, *Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode*, in *Marx-Studien*, vol. IV/2, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1922; trad. it., *La concezione dello Stato nel marxismo*, a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1979.

⁽⁹⁾ Il *marxismo trascendentale* di Max Adler è stato sottoposto ad una serie di critiche ed obiezioni provenienti soprattutto dallo stesso fronte marxista. Tra queste, non possiamo non ricordare, quelle avanzate dal giovane Herbert Marcuse che ritiene addirittura l'approccio di Adler «più trascendentale della filosofia trascendentale» (H. MARCUSE, *Transzendentaler Marxismus*, in «Die Gesellschaft», VII (1930), 2, pp. 304-326; trad. it., *Marxismo trascendentale*, in ID., *Marxismo e rivoluzione. Studi (1929-1932)*, a cura di G.E. Rusconi, Torino, Einaudi, 1975, pp. 33-60.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G. RIDOLFI, *Figure del socialismo neokantiano. Tra rigore morale, ragione giuridica e realtà politica*, Torino, Giappichelli, 2015.

metodo kantiano con quello marxiano, sia dall'utilizzo di concetti e categorie antiformaliste, mutate a volte dal lessico di Carl Schmitt, il nemico *par excellence* di Kelsen. Senza anticipare analiticamente le osservazioni critiche di Adler alla ricostruzione operata da Kelsen, non possiamo comunque esimerci dal rilevare che per il marxismo (o meglio, la *sua* interpretazione del marxismo) l'abolizione dello Stato *tout court* vuol dire l'estinzione di quello Stato che acquisisce una dimensione sovrastrutturale schiacciando e distanziando l'individuo sociale e la società e che la tendenza all'eliminazione dello sfruttamento non sia, in realtà, insita nello Stato ma le venga invece *impressa* dai lavoratori.

Al contrario, l'approccio di Kelsen (qui ci riferiamo al *primo* Kelsen, quello del periodo viennese) alla teoria del diritto e dello Stato di Marx — che si sviluppa in maniera articolata e puntuale soprattutto sulla base delle acquisizioni kantiane — evidenzia le inevitabili contraddizioni in cui incorre la dottrina politico-giuridica del marxismo, come quando sottolinea che la teoria dell'estinzione dello Stato (vero e proprio *leitmotiv* della concezione politica elaborata da Marx) se portata alle estreme conseguenze presenta molte affinità con l'anarchismo, anzi finisce per confondersi con esso. Il concetto kelseniano di Stato diverge però da quello marxiano, essendo lo Stato (ma nel suo lessico esso coincide con l'ordinamento giuridico), contrariamente a quanto pensa il *filosofo* di Treviri, non uno strumento di dominio, bensì un mezzo di tecnica sociale.

Tale polemica, cui fa da sfondo l'esperienza austromarxista ⁽¹¹⁾

(11) « Con l'appellativo di 'austromarxisti' si designava [prima della guerra] un gruppo di giovani compagni austriaci impegnati nell'attività scientifica: Max Adler, Karl Renner, Rudolf Hilferding, Gustav Eckstein, Otto Bauer, Friedrich Adler erano fra essi i più noti. Ciò che li univa non era un particolare indirizzo politico, ma la peculiare natura del loro lavoro scientifico. Erano tutti cresciuti in un'epoca in cui uomini come Stammler, Windelband, Rickert, combattevano il marxismo con argomenti filosofici; così questi compagni sentirono il bisogno di confrontarsi con le moderne correnti filosofiche. Se Marx e Engels erano partiti da Hegel, e i marxisti successivi dal materialismo, i più giovani 'austromarxisti' presero le mosse in parte da Kant, in parte da Mach. D'altra parte, negli ambienti universitari austriaci essi dovevano confrontarsi con la cosiddetta scuola austriaca dell'economia politica; e anche questo confronto influenzò il metodo e la struttura del loro pensiero. Infine, nella vecchia Austria scossa dai conflitti di nazionalità, avevano tutti dovuto imparare ad applicare la concezione marxista della

o, com'è stata definita, « uno dei capitoli più tristi della storia spirituale e politica dell'Austria del dopoguerra », merita di essere narrata poiché nasconde nelle sue pieghe innumerevoli tesori che, anziché « venir riportati alla luce, sono stati lasciati a marcire nelle cantine e occultati all'iniziativa di coloro che avrebbero potuto riscoprirli e riconoscerne i rapporti col presente » (12).

2. *La critica di Kelsen.*

Se nessuno mette in dubbio il fondamentale ruolo ricoperto da Kelsen con la sua ben nota *reine Rechtslehre* all'interno della filosofia giuridica novecentesca, spesso il successo di tale opera ha messo in ombra il suo contributo, parimenti rilevante, al dibattito giuridico-politico sviluppatosi negli anni Venti del Novecento (13) grazie a quanto teorizzato nel suo *Sozialismus und Staat*. Con tale volume Kelsen instaura non solo un *corpo a corpo* problematico con la teoria del diritto e dello Stato marx-engelsiana, ma anche e soprattutto un dialogo critico con i principali esponenti della giovane scuola marxista. Le riflessioni kelseniane vanno ben al di là di tali aspetti, evidenziando il ruolo e la funzione dello Stato alla luce dei mutamenti avvenuti e soprattutto della situazione di crisi in cui versava la concezione liberale di Stato specie a fronte dei primi germogli della teorizzazione dello Stato sociale.

L'interrogativo fondamentale dal quale muove la riflessione kelseniana può essere riassunto nei termini seguenti: esiste una teoria

storia a fenomeni complessi che non tolleravano un uso superficiale e schematico del metodo di Marx. Si formò così nell'ambito della scuola marxiana una comunità spirituale (*Geistesgemeinschaft*) alla quale, per distinguerla da un lato dalla precedente generazione marxista — rappresentata soprattutto da Kautsky, Mehring e Cunow —, dall'altro dalle coeve scuole marxiste degli altri paesi, e in specie da quella russa e da quella olandese, entrambe sviluppatesi sotto influssi culturali sostanzialmente diversi, è stato dato il nome di austromarxismo » (O. BAUER, *Austromarxismus*, in « Arbeiter-Zeitung », 3 (1967), p. 1; ora anche in *Austromarxismus*, hrsg. von H.-J. Sandkühler, Frankfurt am Main-Wien, Rafael de la Vega, 1970, pp. 49-50).

(12) N. LESER, *Zwischen Reformismus und Bolschewismus. Der Austromarxismus als Theorie und Praxis*, Wien-Frankfurt-Zürich, Europa Verlag, 1968; trad. it. parziale, *Teoria e prassi dell'austromarxismo*, Roma, Mondoperaio, 1979, p. 205.

(13) Cfr. G. MARRAMAO, *Il politico e le trasformazioni. Critica del capitalismo e ideologie della crisi tra anni Venti e anni Trenta*, Bari, De Donato, 1979, pp. 153-189.

marxista dello Stato? E di conseguenza, in caso di risposta affermativa, può tale teoria costituire la base per l'edificazione di uno Stato *sociale* alternativo al modello di Stato liberale dominante? E tali pressanti interrogativi, come sottolinea il giurista praghese nell'introduzione alla seconda edizione di *Sozialismus und Staat*, pubblicata nel 1923 ⁽¹⁴⁾, appaiono tanto più pregnanti nel momento in cui:

in seguito al crollo militare in Russia, in Germania e in Austria, il potere politico cadde in grembo al socialismo, dal profondo di questo sistema politico [...] si levò un problema enorme, che richiede in maniera sempre più pressante una soluzione chiara e non ambigua. Non si tratta di una questione teorica del momento e di carattere polemico [...] ma si tratta di una questione fondamentale, la cui importanza pratica non può affatto essere sopravvalutata, poiché ha fatalmente diviso il partito socialista già dopo il suo primo passo verso il potere. Si tratta del problema circa il rapporto del socialismo con lo Stato. Non soltanto è in dubbio la negazione o l'affermazione di principio dello Stato, ma anche se lo Stato sia una forma di organizzazione definitiva o un semplice fenomeno di transizione e, innanzitutto, quale sia la forma statale e di governo adeguata all'ordinamento socialista della società ⁽¹⁵⁾.

Un momento sicuramente importante questo della riflessione preliminare di Kelsen, in quanto la delicatezza storico-politica del momento sembra offrirgli l'occasione per un approccio forse apparentemente distaccato e, al tempo stesso, piuttosto analitico. Quanto chiaro era apparso l'*iter* politico che il movimento socialista avrebbe dovuto percorrere per giungere sino alla conquista del potere politico, tanto oscuro ed ambiguo sembrava l'orientamento riguardante lo 'Stato del futuro', cioè concernente i movimenti successivi la conquista del potere politico da parte del proletariato. A ciò dobbiamo aggiungere, come rilevato da Kelsen, l'utilizzo oltremodo oscillante del termine Stato non solo da parte di Marx ma anche della successiva letteratura socialista.

Ma prima di procedere alla disamina critica del problematico rapporto tra Stato e socialismo, così come condotto da Kelsen, risultano essenziali alcune brevi considerazioni di carattere prope-

⁽¹⁴⁾ Questa edizione, oltre a contenere un nuovo capitolo e un'appendice con la traduzione italiana del saggio *Marx oder Lassalle*, si caratterizza per il fatto di essere corredata da lunghe e articolate note critiche a piè di pagina in risposta alle obiezioni avanzate da Max Adler alla prima edizione.

⁽¹⁵⁾ KELSEN, *Socialismo e Stato*, cit., p. 9.

deutico sul concetto di Stato nella riflessione del giurista praghese. Com'è noto, Kelsen, considera lo Stato alla stregua di un'associazione di dominio [*Herrschaftsverband*]; ciò significa che l'associazione o l'ordinamento della convivenza umana che si è soliti denominare Stato, costituisca un ordinamento costrittivo coincidente con l'ordinamento giuridico. Ne consegue che la cogenza di tale ordinamento si esprimerà in una duplice direzione: in una prima direzione nel senso che la validità di tale ordinamento o l'appartenenza alla stesso è indipendente dalla volontà di coloro che vi partecipano; in secondo luogo il dominio dello Stato viene esercitato per mezzo di atti costrittivi specifici, cioè un sistema di norme che ordinano la costrizione medesima ⁽¹⁶⁾.

Tale dominio viene però espletato non come finalità in sé, ma in virtù di uno scopo estraneo, sicché dominio e costrizione divengono meri mezzi. Tale dominio denominato Stato, o anche ordinamento giuridico non è caratterizzato dal suo scopo sociale o, detto altrimenti, dal suo contenuto:

il potere denominato 'stato' o ordinamento giuridico — scrive Kelsen — questo cosiddetto apparato coercitivo, è caratterizzato non dal suo scopo sociale o — ciò che è lo stesso — dal suo contenuto. Si tratta di una specifica *forma* della vita sociale, che può accogliere contenuti molto diversi, di un mezzo di tecnica sociale, con cui si possono perseguire diversi fini ⁽¹⁷⁾.

Lo Stato moderno può così certamente essere inteso come mezzo per la realizzazione dello sfruttamento economico capitalistico, cioè di una classe sull'altra, ma tale sfruttamento non ne costituisce l'essenza prima ed unica. Ciò che Kelsen intende quindi segnalare è la possibile realizzazione di un'organizzazione statale che non solo non persegua lo sfruttamento economico di classe, ma che per contro abbia come scopo quello di impedire tale sfruttamento ⁽¹⁸⁾.

Secondo tale approccio appare determinante il ruolo svolto dallo Stato che, da un lato, dovrebbe essere il mezzo attraverso il quale attuare il superamento del contrasto tra capitale e lavoro e,

⁽¹⁶⁾ Ivi, pp. 17-18.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 25.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

dall'altro, garantire la soluzione della questione sociale. Malgrado tali idee, precisa Kelsen, possano sembrare, per molti versi, anacronistiche esse non sono altro che antesignane della moderna socializzazione e della trasformazione dello Stato da borghese a proletario. Kelsen intravede altresì forti analogie tra la dichiarata ostilità del liberalismo nei confronti dello Stato a vantaggio della libera concorrenza che si concretizza, come egli nota causticamente in « un catalogo dei diritti dell'uomo, di diritti fondamentali e diritti di libertà, che devono spettare all'individuo *contro* lo Stato e che devono garantirgli una sfera *libera* dallo Stato » (19) e l'odio altrettanto palese della teoria politica marxista verso lo Stato che la società dovrebbe eliminare allo stesso modo in cui si asporta « un'ulcera parassitaria » (20). Questa viscerale critica dello Stato sfruttatore ridotto alla stregua di una *civitas diaboli* doveva comportare il suo superamento e la sua sostituzione con una società senza classi e senza Stato, una sorta di *civitas dei* con la differenza che per Marx, contrariamente ad Agostino, la sua realizzazione doveva avvenire non nel regno dei cieli ma sulla terra (21).

Kelsen intende così dimostrare come la sua prospettiva diverga da quella di Marx, per la quale, com'è noto, lo Stato moderno persegue la preservazione degli antagonisti di classe e, ancor prima, la prevaricazione delle classi borghesi su quelle misere del proletariato costrette all'autoalienazione lavorativo-contrattuale per garantirsi una condizione di minima sussistenza, o come scrive lo stesso Marx, una condizione di primitiva e animalesca esistenza. Nella prospettiva kelseniana, invece, proprio lo Stato può agire nella direzione del superamento degli antagonismi, grazie alla sua essenziale prerogativa *costrittiva*. Ciò che però sembrerebbe corroborare l'ipotesi kelseniana sull'imparzialità finalistica dello Stato è recuperato dalla considerazione che lo Stato come ordinamento costrittivo superiore sia differenziato e contrapposto a quegli ordinamenti la cui validità è condizionata proprio dalla volontà di coloro che vi sono sottomessi. È perciò intollerabile per Kelsen che il concetto di Stato possa identificarsi da parte marxista con quello di dominio di

(19) Ivi, p. 192.

(20) Ivi, p. 193.

(21) Ivi, pp. 34 e 194.

una classe fondato sullo sfruttamento. Tuttavia, Kelsen sembra essere d'accordo con il pensiero critico marxista, allorquando qualifica ogni determinazione concettuale che presenta lo Stato come organizzazione di un interesse complessivo o di una volontà generale o, più specificamente, come espressione di una solidarietà fra gli uomini, come una finzione. L'unità dello Stato è l'unità di un ordinamento costrittivo giuridico e non di interessi di fatto di coloro che rimangono sottomessi all'ordinamento. Ma la dissoluzione di questa finzione, che perseguirebbe quale scopo l'obbedienza di coloro contro i cui interessi l'ordinamento statale costrittivo viene di volta in volta costituito, non è soluzione sperimentata dai soli teorici socialisti, ma da quegli stessi teorici borghesi invisibili allo stesso Marx. In altri termini, Kelsen ritiene che la critica marxista all'ordinamento economico capitalistico nasca infatti sulla scia di una tendenza ostile allo Stato che confina con l'anarchismo (22).

2.1. *I prodromi dello Stato sociale novecentesco: la Vienna Rossa.*

Kelsen sottolinea più volte che il suo obiettivo polemico non è il socialismo *tout court* bensì il marxismo come teoria politica che non può essere ridotto, come sembra far Adler, ad un metodo di ricerca avalutativo fondato sulla scienza causale. Non si può pensare, insiste Kelsen, alle ricerche di Marx ed Engels come se questi ultimi avessero condotto i propri studi come *freddi scienziati* che chiusi in aseptici e silenziosi laboratori indagavano astrattamente i mali della società, lontano dal rumore della vita di tutti i giorni e del tutto ignari di quanto stessero facendo i protagonisti di primo piano della lotta politica.

Quest'idea che lo Stato non sia solo ed esclusivamente un mezzo di oppressione ma che possa essere anche *piegato* alle esigenze del proletariato incomincia a far progressivamente breccia tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento anche nel granitico « mondo sentimentale e rappresentativo del lavoratore tedesco » grazie all'incessante lavoro teorico di alcuni esponenti di primo piano della cultura marxista che — dopo l'avvento al potere dei

(22) Ivi, pp. 80 e 193.

bolscevichi dapprima in Russia e poi dei socialdemocratici in Germania ed Austria — ritengono sia giunto il tempo di misurarsi con la *vexata quaestio* dello Stato trasformandolo da mero strumento al servizio del capitalismo a strumento per la realizzazione del socialismo abbandonando così, una volta per tutte, le tendenze anarchiche sottese alla riflessione marx-engelsiana:

in quanto teoria di un partito rivolto contro il concreto ordinamento statale, i cui membri sono esclusi dal governo, il marxismo può ignorare che anche lo Stato storico non è mai servito esclusivamente allo sfruttamento di una classe da parte di un'altra, che esso ha funzionato in tutti i tempi anche nell'interesse degli 'oppressi'. Certo, la distribuzione dei beni garantita dall'ordinamento costrittivo dello Stato era effettivamente disuguale e ingiusta. Ma tuttavia non si è mai verificato, o quanto meno per lo più non si è verificato che gli uni, del tutto privi di diritti, stessero di fronte agli altri, che unicamente godevano dei diritti (23).

Ma la cosa che emerge soprattutto dalle pieghe del testo di Kelsen è che tale *querelle* assume una rilevanza senza precedenti per gli intellettuali afferenti all'austromarxismo tra cui spicca il giurista Karl Renner ascritto da Kelsen nel novero degli scrittori socialisti che avevano già da tempo riconosciuto lo Stato come leva del socialismo. Non a caso, il futuro Presidente della Repubblica austriaca, aveva polemizzato aspramente con Adler ed altri austromarxisti come Otto Bauer proprio sul ruolo dello Stato (24) tanto da meritarsi l'appellativo di *mistico dello Stato*. Anche se lo stesso Renner quando parla di teoria socialista dello Stato — alla pari degli altri interlocutori critici — sente l'esigenza di richiamarsi all'autorità di Marx ed Engels per giustificare il proprio approccio *statalista* eterodosso e dunque in contraddizione con le idee di Marx ed Engels. A smentire tali costrutti ideologici sovviene, secondo Kelsen, il paradigmatico esempio della *rote Wien*, unica città d'Europa ad

(23) Ivi, p. 195.

(24) Gli esponenti più rappresentativi di tale corrente di pensiero come Bauer e lo stesso Adler, da un lato, e Renner o Hilferding, dall'altro, pur ritenendo entrambi — sulla scorta di altri studiosi *marxisti* come Bebel, Plechanov, Bernstein, Pannekoek e Kautsky — che i tempi fossero maturi per operare un rinnovamento delle categorie fondamentali del marxismo, giungono a conclusioni del tutto opposte, in quanto da una parte si sostiene la necessità dell'*estinzione* dello Stato e, dall'altra, la sua *rivisitazione* in chiave socialista (ivi, pp. 109-115).

essere amministrata per quindici anni dai socialdemocratici. Al di là degli aspetti mitici, qui era stata sperimentata una forma inedita di socialismo che, pur con tutti i *distinguo*, può essere definita antesignana dello Stato sociale: «Vienna, con il suo parlamento, la cui maggioranza dei due terzi, socialdemocratica sta sotto un governo puramente ‘proletario’, porta avanti con consapevolezza e con successo una politica finanziaria e di previdenza sociale socialista» (25). Tuttavia l'elemento caratterizzante di questa forma di sperimentazione era stata la politica edilizia che, seppur concertata insieme ai privati, aveva dato alla città da tempo bisognosa — in seguito all'aumento crescente della popolazione di nuove abitazioni un volto nuovo ed inedito — come si evince dal fatto che la maggior parte delle costruzioni alludono con i loro nomi alla storia del movimento operaio e socialista in alternativa ad altre costruzioni che recavano l'impronta architettonica del liberalismo austriaco funzionale alla costruzione dell'uomo nuovo:

le case comunali non servivano solo a soddisfare a basso prezzo il bisogno abitativo ma facevano in modo che anche il concetto dell'uomo nuovo fosse esperibile nell'ambito, essenziale per l'esistenza, dell'abitare privato. Soprattutto, esse creavano, attraverso una molteplicità di strutture comunitarie, lo spazio per una cultura organizzativa proletaria che abbracciava tutti i bisogni, dalla raccolta di francobolli, al passeggiare o al far musica, fino all'ascolto della radio, e si estendeva, alla lettera, dalla *culla alla bara* (26).

Questa singolare e tragica esperienza (27) che va ben al di là dei soli aspetti politico-amministrativi investendo anche quelli sociali e culturali rimane, ancora oggi, pur con tutti i limiti, unica nel suo genere ed è stata resa possibile forse grazie all'intervento dello Stato a dimostrazione di come quest'ultimo potesse funzionare in maniera del tutto confacente agli interessi della classe operaia. Nonostante le riforme fossero sempre state accompagnate da aspre polemiche sia all'interno del governo nazionale di coalizione, sia al di fuori dello

(25) Ivi, p. 198.

(26) A. PFABIGAN, *La Vienna Rossa e l'austromarxismo*, in *L'Austria nell'Europa degli anni Trenta*, cit., p. 353.

(27) Cfr. E. COLLOTTI, *Socialdemocrazia e amministrazione municipale. Il caso della "Vienna rossa"*, in *L'Internazionale operaia e socialista tra le due guerre*, a cura di Id., Milano, Feltrinelli, 1985, p. 438.

stesso grazie alla strenua opposizione, tra il 1918 e il 1920, si è assistito al varo di provvedimenti di legislazione sociale senza precedenti. Una girandola variegata di leggi che disciplinavano i temi sociali più scottanti tra cui il sussidio di disoccupazione, il lavoro minorile, le ferie retribuite, l'assicurazione per le malattie e gli infortuni sul lavoro, la creazione delle camere di lavoro e la giornata lavorativa di otto ore. Se tale *esperimento* che toccava picchi di tutela giuridica del lavoratore e dei soggetti più deboli, avanzatissimi per l'epoca, al contempo si collocava in un contesto troppo pieno di contraddizioni e forse non del tutto maturo per accogliere tali riforme. L'Austria in quel periodo « pativa il contrasto insanabile fra la popolazione della capitale, con una classe operaia consapevole, una borghesia moderna e culturalmente avanzata, e il mondo delle campagne chiuso e arretrato » (28). Proprio il duplice volto di tale nazione aveva generato a livello politico la contrapposizione tra social-democratici e cristiano-sociali che rese l'esperienza della *Vienna rossa* il banco di prova per un modello di Stato sociale del tutto inedito. Questo il composito scenario che si trovava davanti Kelsen proprio mentre pubblicava *Sozialismus und Staat* e che non poteva non influenzare le sue conclusioni sulla funzione dello Stato, essendosi lo stesso impegnato in prima persona a favore del nuovo assetto politico austriaco che, dopo il crollo della monarchia, era infine culminato nella ratifica il 1° ottobre 1920, da parte dell'assemblea nazionale costituente della costituzione federale. Impegno politico e riflessione teorica si intrecciano inevitabilmente come ammette lo stesso Kelsen il quale dichiara in maniera esplicita la propria *intentio*: « approfondire filosoficamente i problemi della dottrina del diritto e dello Stato [...] legarli con gli analoghi problemi di altre scienze [...] liberare così la nostra scienza dal suo insano isolamento e [...] inserirla quale membro a pieno titolo nel sistema della scienza » (29). In altri termini, tra la formalizzazione del

(28) M. PLATANIA, *Dalla Comune di Parigi alla Comune di Vienna*, in *L'Austria nell'Europa degli anni Trenta*, cit., p. 572.

(29) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr, 1923²; trad. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico: esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1991, p. 29.

concetto di Stato e quella dei concetti della scienza moderna vi è uno stretto rapporto e la teorizzazione kelseniana di una *reine Rechtslehre* è lo sforzo concreto di enucleare una teoria dello Stato in grado di fronteggiare i mutamenti intervenuti negli altri campi del sapere ⁽³⁰⁾.

3. *L'anti-critica di Adler.*

La ricostruzione kelseniana, pur essendo alquanto rigorosa e puntuale, è sottoposta ad una critica altrettanto affilata e penetrante da parte di Adler, il quale nell'opera *Die Staatsauffassung des Marxismus* non priva di spessore filosofico ed intellettuale, confuta passo per passo la trama discorsiva delle argomentazioni kelseniane, soprattutto nei passaggi più significativi, laddove alla pedissequa esegesi logica dei frammenti marxiani (la sua critica prende di mira solo singoli aspetti o passaggi formali delle opere di Marx e di Engels, tralasciando volutamente la sostanza di tale teoria politica) subentra la sua straordinaria conoscenza dell'*opus* marxiano e la sua rielaborazione critica. Il limite di fondo dell'approccio di Kelsen sta, a detta di Adler, nel suo essere forse un po' troppo kelseniano, poiché la sua critica immanente avviene attraverso le lenti *ideologiche* (formali) della dottrina pura del diritto. Ciò non fa altro che confermare come Kelsen sia un « critico impietoso ma non un interprete molto penetrante dei testi marxisti » ⁽³¹⁾, vuoi perché egli predilige sempre l'interpretazione letterale, vuoi perché attribuisce alle parole significati che prescindono dal contesto assumendo un connotato linguistico aprioristicamente definito (il linguaggio della dottrina pura del diritto), vuoi da ultimo, perché trascura le oscillazioni lessicali e le indeterminatezza semantiche ⁽³²⁾.

Nello specifico Adler sviluppa la sua anti-critica partendo da una premessa indispensabile che egli stesso definisce di natura sociologica: l'inevitabile necessità di un'unità sociologica tra i con-

⁽³⁰⁾ Cfr. R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, in KELSEN, *Socialismo e Stato*, cit., p. XXXVII.

⁽³¹⁾ R. GUASTINI, *L'ambigua utopia. Marx criticato da Kelsen*, in « Sociologia del diritto », 2 (1982), p. 7.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

cetti di Stato e società nella costruzione teorica marxiana. Del resto, lo stesso impianto marx-engelsiano si fonda essenzialmente su di un piano sociologico; Marx ed Engels, infatti, erano assorbiti dallo studio dei problemi relativi all'essenza e alla legalità della vita sociale, motivati anche e soprattutto dal pratico interesse di trasformare la società esistente, cosicché la loro teoria economica non poteva, per esempio, che profilarsi come un'applicazione pratica della loro elaborazione sociologica. Corollario logico di tale affermazione, secondo Adler, era l'inesistenza di una teoria politica del marxismo slegata da una correlativa teoria sociologica, e quindi, diventava impossibile una loro separazione nella costruzione di una teoria politica marxista dalla relativa teoria sulla vita sociale. Come evidenzia infatti Adler: « la politica — cioè la posizione di fini statali propri e la lotta contro fini statali avversi — per il marxismo è *soltanto un pezzo del processo sociale causale*. E il problema della teoria sociologica del marxismo è appunto quello d'illuminare il suo corso *anche secondo tendenze che si estendono nel futuro* seguendone i fattori causali » (33). La concezione materialistica della storia pertanto non può non inserirsi in questo ampio contesto concettuale, nel quale il materialismo marx-engelsiano appare connotato in modo differente dal naturalismo moderno, cioè il naturalismo delle scienze naturali. Da ciò, consegue ancora, per Adler, l'unità di teoria e prassi, di scienza e politica, in quanto, la politica costituisce un momento del complesso processo sociale e, in ultima istanza, consegue l'unità inevitabile di Stato e società. Anzi, a giudizio di Adler, « lo Stato è soltanto una forma storica di manifestazione della vita sociale in generale » (34).

Scorrendo rapidamente il testo adleriano non possiamo non notare altresì come ogni socializzazione ad un certo punto del suo sviluppo storico costruisce una determinata organizzazione con il compito di preservare la forma di vita associata stessa; tale organizzazione ne costituisce il governo, e, quindi, lo stato. Fin quando all'interno di ciascuna socializzazione non rilevano forme o condizioni di opposizione economica, la forma cosciente di questa vita associata coincide con il suo contenuto; in altri termini, Stato e

(33) ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo*, cit., p. 14.

(34) Ivi, p. 40.

società coincidono, sono cioè la stessa cosa. Ma, poiché all'interno di questa socialità vengono concessi più ampi poteri a coloro i quali conducono tale organizzazione-Stato, necessariamente vengono immessi dei germi destinati a distruggere tale identità, o meglio tale coincidenza. Tali soggetti, infatti, utilizzeranno tali poteri per la realizzazione di interessi individuali, e, la forma sociale si rivolgerà contro la sua sostanza, spezzando l'identità di Stato, società e diritto. Il diritto e lo Stato si allontaneranno, così, progressivamente dalla società, dismettendo, infine, il ruolo di forma rappresentativa cosciente di tale società, e aprendo la via alla determinazione del dominio e della lotta di classe. Scrive a tal proposito Adler:

l'elemento proprio della forma statale e dunque questo, il fatto che essa pensa sempre la socializzazione sotto il concetto dell'interesse generale, mentre, in realtà, sono sempre gl'interessi particolari delle forze dominanti all'interno della socializzazione quelle che costituiscono lo Stato e esprimono la sua essenza. Il che significa che non vi è un qualcosa, sussistente per sé, lo Stato, che si contrapponga a un altro istituto elementare, alla società; ma la forma statale è l'ideologia contraddittoria, in cui la realtà sociale viene vissuta e formata ⁽³⁵⁾.

Argomentando in questo modo, Adler può avvalorare la sua tesi circa l'unità sociologica dei concetti di società e Stato, al tempo stesso, evidenziare tutta la contraddittorietà insanabile della forma statale, nella quale le classi dominanti dettano una volontà in nome di tutti, cioè dell'universale, mentre, in realtà, tale volontà privilegia gli interessi e gli egoismi dei singoli membri delle classi dominanti. Ciò ben presto evidenziò tutti i limiti di quella che Karl Marx avrebbe più tardi definito come *emancipazione politica*, quell'emancipazione, cioè, incompleta ed imperfetta, che, ancor più, rendeva diseguale e diverso ciascun individuo dagli altri. Ma, com'è noto, anche allora il motore della coscienza sociale non tardò ad accendersi, evidenziando palesemente come a fronte di una condizione di diseguaglianza e di diversità già soppressa, cioè il ceto, venne a sostituirsi una nuova condizione di illibertà e di diseguaglianza: le classi sociali. E, Max Adler osserva come già molto tempo prima di Marx, pensatori come Thomas More (e Thomas Münzer), che Adler considera uno degli antesignani del socialismo moderno, avesse, in

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 43.

quel suo meraviglioso libro *Utopia*, anticipato in maniera geniale molti tratti della successiva critica al sistema capitalismo, soprattutto laddove scrive:

esaminando adunque e considerando meco questi Stati che oggi in qualche luogo si trovano, non mi si presenta altro, così Dio mi aiuti! che una congiura di ricchi, i quali, *sotto nome e pretesto dello Stato*, non si occupano che dei propri interessi. E immaginano e inventano ogni maniera, ogni arte con cui conservare anzitutto, senza paura di perderlo, ciò che hanno disonestamente ammuccchiato essi, e in secondo luogo come serbar per sé, al prezzo più basso possibile, ciò che a fatica producono tutti i poveri, volgendolo a proprio utile. Queste subdole disposizioni i ricchi stabiliscono che vengano osservate *in nome dello Stato, cioè anche in nome dei poveri, e così diventano legge!* ⁽³⁶⁾.

Per Adler, quindi, all'interno del marxismo non v'è traccia di una contrapposizione Stato-società civile, nella forma di un'opposizione tra due distinte ed essenziali dimensioni, ma vi scorge la rivelazione di un'opposizione tutta interna ai reali rapporti sociali di vita. E, concorre certamente a determinare questa opposizione, il distacco progressivo della forma ideologica dello Stato dalla società civile, nonostante lo Stato faccia necessariamente parte della espressione della coscienza sociale in generale. Ed è proprio questo distacco a creare l'apparenza ingannevole di una contraddizione originaria tra Stato e società civile.

In questo contesto, quindi, è possibile sviluppare una pratica con la quale il soddisfacimento dell'interesse egoistico venga spacciato per interesse universale, ciò, attraverso lo strumento che Marx considera il mezzo principale del dominio delle classi dominanti su quelle dominate, cioè il diritto. Da ciò, Marx, trasse l'idea fondamentale per la quale lo Stato è una conseguenza ideologica della mistificazione borghese, con la quale la classe dei dominatori borghesi identifica la realizzazione dell'interesse di classe con l'interesse generale, e quindi con l'interesse dello Stato medesimo. Inoltre, l'analisi di questa mistificazione-contraddizione ideologico-borghese viene utilizzata da Marx per fondare l'opposizione fondamentale espressa ne *La questione ebraica*, tra l'emancipazione umana e l'emancipazione politica. È, infatti, nota la critica marxiana avverso i « diritti dell'uomo » emersi dal rivolgimento politico della rivolu-

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 43-44.

zione francese, che in verità, secondo Marx, non oltrepassano il confine individualistico dell'uomo egoista, cioè l'individuo ripiegato su sé stesso e isolato dalla comunità. Sicché, conclude Adler, per Marx, la nuova concezione politica della società, quella nella quale gli interessi generali della vita sociale rinvergono la loro eccelsa realizzazione nella forma statale, costituisce una emancipazione solo parziale e, quindi, in ultima istanza una rivoluzione altrettanto parziale ⁽³⁷⁾.

3.1. *Uno Stato sociale minimo?*

Ma le pagine più significative ai fini dello sviluppo del nostro discorso sono rinvenibili nel capitolo sesto che, seppur intitolato *L'elemento essenziale nel concetto marxista di Stato* ⁽³⁸⁾, consentono ad Adler non solo di confutare il formalismo kelseniano che opera una *reductio* del concetto di Stato al solo aspetto giuridico-formale ma di avventurarsi in una serie di considerazioni pregnanti tese ad evidenziare sia i limiti, sia le potenzialità dello Stato sociale ancora *in fieri* ⁽³⁹⁾.

L'elemento determinante nel definire l'essenza dello Stato non sta, come pensa Kelsen interpretando *erroneamente* gli scritti di Marx ed Engels, nel suo essere un'organizzazione di dominio [*Herrschaftsverband*] ma come cerca di precisare Adler appellandosi all'autorità di Engels, nel suo essere la forma politico-giuridica dello sfruttamento: « lo Stato moderno non è altro che l'organizzazione che la società borghese si dà per mantenere le condizioni esterne generali del modo di produzione capitalistico di fronte agli attacchi sia degli operai che dei singoli capitalisti » ⁽⁴⁰⁾. Adler, pur concordando in linea di principio con Kelsen sul fatto che gli Stati possano perseguire degli scopi diversi dallo sfruttamento come si deduce dall'esistenza di politiche sociali (amministrazione della giustizia, educazione scolastica, etc.), precisa che quest'ultime non possano ritenersi, soprattutto da un punto di vista sociologico, le peculiarità

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 46-47.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 60-71.

⁽³⁹⁾ C. DE BONI, *Lo Stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento*, Firenze, Firenze University Press, 2009, pp. 42-57.

⁽⁴⁰⁾ ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo*, cit., pp. 61-62.

dello Stato moderno che rimane, pur sempre, la forma giuridica dello sfruttamento.

L'approccio formalistico di Kelsen, tradisce le aspettative sulla ricostruzione della natura sociale dello Stato incorrendo in una sorta di fraintendimento del discorso marx-engelsiano riguardante i rapporti del pensiero socialista con lo Stato moderno e la conseguente inevitabile prefigurazione della soluzione marxiana al problema medesimo. Com'è noto, infatti, Marx affronta il complesso problema della *validità* dello Stato moderno, utilizzando un concetto di Stato non formale ma materiale; egli muove cioè da un'analisi di tipo sociologico per scoprire i limiti propri insiti in questa nuova macchina politico-istituzionale; tale per cui, la critica di Kelsen fondata sulla irrilevanza teleologica della istituzione-Stato — irrilevanza per la quale non può rappresentarsi come scopo dello Stato lo sfruttamento di una classe da parte di un'altra, poiché vi sono degli Stati in cui tale sfruttamento è assente, ed anzi il carattere costrittivo tipico dello Stato potrebbe funzionare al fine di impedire quello sfruttamento — non può impiegarsi per condurre una critica immanente dell'impalcatura teorica marxiana. Nel senso del marxismo — sostiene Adler — è essenziale che lo Stato *esprima* il potere organizzato di una classe per dominarne un'altra; il suo scopo immediato non consiste nello sfruttamento di una qualche classe sociale, per cui

non è dunque lo Stato a sfruttare la classe sottomessa, né, rispettivamente, sottomette una classe allo scopo dello sfruttamento, ma la classe sfruttata nel processo di produzione diviene sottomessa anche politicamente. Lo Stato non ha come scopo lo sfruttamento, non è un mezzo per lo sfruttamento, bensì è la sua forma pubblico-giuridica ⁽⁴¹⁾.

È lo stesso concetto che, tempo prima, anche Engels utilizza nella sua *Evoluzione del socialismo*, ove come sottolinea Adler, scrive: « lo Stato moderno non è altro che l'organizzazione che la società borghese si dà *per mantenere le condizioni esterne generali del modo di produzione capitalistico* di fronte agli attacchi sia degli operai che dei singoli capitalisti » ⁽⁴²⁾.

Adler, in realtà, non disconosce che le funzioni dello Stato

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 61.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 110.

vadano anche ben oltre questo censurabile aspetto, essendo molto ampie e diversificate ma esso ne costituisce, pur tuttavia, il tratto caratterizzante. Basta scorrere le diverse voci che costellano il bilancio statale per rendersi conto che, al di là degli altisonanti proclami, le spese militari (per es. quelle relative all'esercito e alla marina) che rispecchiano gli interessi delle classi dominanti sono di gran lunga maggiori di quelle destinate alle attività sociali e culturali funzionali ai bisogni delle classi popolari:

Perché la scuola del popolo non può essere portata a quel livello, cui la pedagogia già da lungo tempo vorrebbe fosse posta? Perché non possono essere istituiti ospedali e case di salute popolari nella quantità e con le dotazioni necessarie? Perché istituti scientifici devono accontentarsi del minimo indispensabile, a meno che, per caso, qualche volta non venga in aiuto l'umore di un miliardario? Perché i mezzi di comunicazione non possono essere costruiti in modo tale da offrire a ogni uomo del popolo quella comodità, che solo il ricco ha nel treno di lusso? Perché per questo, e molte altre cose, lo Stato non ha alcun mezzo, e non vuole neanche averlo. Poiché questi mezzi esso dovrebbe prenderli dai proprietari, cioè dovrebbe tagliare le entrate che derivano loro dallo sfruttamento, e a questo punto cessa ogni perseguimento di scopi, per quanto esso possa presentarsi in maniera ideale e rivolto al bene del popolo, a meno che esso non sia [...] in qualche modo imposto ⁽⁴³⁾.

In altre parole, si tratta, polemizza Adler di una sorta di « Stato sociale minimo » in grado di garantire un livello basilare di amministrazione della giustizia, di educazione scolastica, di tutela dell'arte e dei beni spirituali, di assistenza per il popolo, specie dal punto di vista igienico-sanitario ma con il reale scopo di mantenere paradossalmente in vita il sistema capitalistico. Come lo schiavo che viene alimentato quel tanto che gli basta per servire il padrone allo stesso modo le classi lavoratrici vengono mantenute in ottima salute non solo per evitare il contagio (che vista la convivenza includerebbe anche le classi abbienti) ma soprattutto per diventare utili allo stesso Stato che può agevolmente trasformarli in « soldati per l'esercito e forza-lavoro per la macchina » ⁽⁴⁴⁾. Tutto ciò che supera questo livello minimo di sopravvivenza è nella logica capitalistica un *lusso* che evidentemente un siffatto modello di Stato *non può permettersi*. La riflessione adleriana diventa sempre più aspra e venata da un

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 63.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

pessimismo man mano più evidente proprio quando fa riferimento alla c.d. politica sociale. In una concezione formale e astorica (*rectius* kelseniana) vi è la pia illusione che possa esistere una forma di politica sociale che si ponga al di sopra delle classi alla stregua di un potere autonomo. Adler non esita a definirla una vera e propria « divinità »⁽⁴⁵⁾, un mito a cui hanno creduto degli *ideologi ottimisti* che pensavano che la politica sociale potesse salvare lo Stato dal suo grande male, ovvero la lotta di classe, senza capire che invece la legislazione di politica sociale così intesa è stata come una pietra che doveva incagliare il sistema, finendo al contrario per rimanervi schiacciata ed annientata. Basta guardare al reale scopo delle politiche sociali: la necessità per la classe dominante di non esasperare il proletariato tale da renderlo inabile al processo di produzione e al militarismo.

Vi è tuttavia un'altra *radice* delle politiche sociali, ben più nobile agli occhi di Adler, rintracciabile nella *pressione* posta in essere dal proletariato organizzato. Le modifiche legislative tese, ad esempio, ad una limitazione del lavoro femminile e minorile, all'introduzione delle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e sulle malattie, etc. prima quasi *imposte* dalla classe dominante per il già esposto scopo autoconservativo, vengono poi arricchite e migliorate, grazie alla lotta di classe: la forza del potere sindacale e operaio riesce pian piano a *strappare con minacce* un risultato più confacente ai loro reali bisogni. È come se, le politiche sociali, in tale visione abbiano una matrice *cattiva* e una *buona*, come una pianta selvatica che, da velenosa se saputa cogliere e utilizzare può trasformarsi in benefico medicamento.

Tali considerazioni permettono non solo di revocare in dubbio, ancora una volta, l'idea kelseniana di Stato come mera organizzazione costrittiva giuridico-formale⁽⁴⁶⁾ in grado di dispiegare forze necessarie per il perseguimento dei più disparati fini sociali, primo fra tutti, la limitazione dello sfruttamento di classe attraverso l'edificazione di una legislazione economica di tipo sociale. Un tale risultato sarebbe, invece, solo la conseguenza di un rivolgimento

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 67.

⁽⁴⁶⁾ Max Adler non esita a definire « disastrosi » gli effetti del formalismo kelseniano (ivi, p. 69).

sociale delle classi dominate avverso il medesimo Stato di classe, mero formalizzatore dello sfruttamento capitalistico-borghese e non già insito nell'essenza primaria del medesimo Stato moderno di diritto. Questa tendenza, perciò, verrebbe impressa dalla forza delle classi sociali subalterne in lotta contro lo sfruttamento giuridicizzato dallo Stato, che si può cogliere solo se si comprende il significato storico del concetto marxista di Stato, il suo carattere *dinamico* ⁽⁴⁷⁾.

Ciò vuol dire che solo un approccio di tipo sociologico è in grado di spiegare correttamente l'essenza, le funzioni, l'evoluzione di un sistema ordinamentale come lo Stato. Il punto di vista sociologico non può prescindere, infatti, nelle sue analisi, dalle dimensioni storiche e materiali, in quanto osserva necessariamente i flussi dinamici della socializzazione umana, cioè i flussi sociali nel loro movimento storico; laddove, invece, l'approccio esclusivamente formale valuta l'oggetto nella sua statica fisionomia ed è perciò atemporale, risultandogli per tal motivo impossibile uno studio soddisfacente di un fenomeno storico-filosofico come il concetto marxista dello Stato ⁽⁴⁸⁾.

4. *Luci ed ombre dello Stato sociale.*

Come si può intuire da queste considerazioni la *querelle* appena tratteggiata tra Adler e Kelsen è nata, come abbiamo visto, all'interno della breve ma intensa parabola dell'austromarxismo (e del socialismo austriaco) che, a partire dalle sue origini rintracciabili nel momento in cui si spengono gli ultimi bagliori dell'*Austria felix*, si sviluppa progressivamente fino a raggiungere il suo apogeo nella Vienna Rossa e che si conclude con la sua tragica fine avvenuta nel 1934 con la violenta repressione degli operai che si barricano nel quartiere residenziale viennese, simbolo per antonomasia della politica edilizia socialista, il Karl Marx-Hof ⁽⁴⁹⁾. Ben si comprende

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 70.

⁽⁴⁹⁾ Uno storico dell'architettura come M. TAFURI, *Vienna rossa. La politica residenziale nella Vienna socialista (1919-1933)*, Milano, Electa, 1980, pur apprezzandone le qualità formali, ritenne tale quartiere un'utopia regressiva tale da ridurre in espressionismo i contrasti sociali.

allora perché la *Geistesgemeinschaft* austromarxista aveva infuso nuova linfa politico-intellettuale non solo in seno al partito socialista austriaco che, negli anni del primo dopoguerra, grazie allo strenuo ed estenuante lavoro di mediazione compiuto da Viktor Adler, era riuscito (un'eccezione all'interno dei partiti della seconda internazionale, caratterizzati quasi dovunque dalla separazione tra comunisti e socialisti) a ritrovare l'unità programmatica e di intenti, ma ha avuto un impatto dirompente anche sulla dinamica e tormentata società austriaca del tempo e sui fondamenti politico-giuridici della stessa ⁽⁵⁰⁾.

Tale confronto meritava di essere riletto, ancora una volta, poiché, al di là delle diversità di vedute, ai due illustri interlocutori va riconosciuto il pregio di aver aperto una discussione di ampio respiro teoretico e giuridico-politico, la quale assume un rilievo senza precedenti in quanto, per molti versi, anticipa alcuni nodi problematici, all'epoca ancora *in fieri* ⁽⁵¹⁾ e che forse potrebbero acquistare proprio nella società globale una loro inedita attualità. Il suo lascito politico più evidente sta nella presa d'atto di un'insanabile contraddizione: nell'epoca della diffusione della politica in cui lo Stato diviene, in senso forte, Stato-sapere, Stato-competenze si assiste alla dissoluzione dello Stato politico in una molteplicità di « Stati ideali » ⁽⁵²⁾. Ma se questo è forse l'aspetto più palese di quanto possa essere stato seminale la controversia Adler-Kelsen, andando a scavare più a fondo non si può notare come la sua eco va ben oltre il momento cruciale della storia novecentesca, ma anzi essa risulta particolarmente feconda offrendo un punto di vista privilegiato per comprendere come la scienza giuridico-filoso-

⁽⁵⁰⁾ Per un'accurata ricostruzione del contesto storico-politico nonché filosofico-epistemologico in cui si è sviluppata la diatriba tra Kelsen ed Adler cfr. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, cit., pp. IX-CLV; ID., *Marxismo, Stato e cultura moderna in Max Adler*, in ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo*, cit., pp. IX-LXVIII.

⁽⁵¹⁾ *Contra*, D. ZOLO, *Recensione a H. Kelsen, Socialismo e Stato*, in « Quaderni fiorentini », 8 (1979), pp. 382-388.

⁽⁵²⁾ Cfr. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, cit., pp. CLIV-CLV.

fica ⁽⁵³⁾ sia stata in grado di cogliere *luci* e *ombre* di un concetto controverso come quello dello Stato sociale ⁽⁵⁴⁾. Riuscendo ad andare al di là della polarità tra il paradigma liberale ‘minimalista’ e il paradigma socialdemocratico-welfarista ⁽⁵⁵⁾, si sono appunto contrapposte due visioni *così lontane, così vicine* dello Stato ⁽⁵⁶⁾: la prima, ovvero quella kelseniana, che valorizza il ruolo dello stesso, mettendo in evidenza le possibili virtù *sociali* di un elemento che sembrava dover essere necessariamente oppressivo; la seconda, quella appunto adleriana, pur sottolineando limiti e potenzialità dello Stato, ritiene di doverne fare a meno in un’ipotetica nuova società basata sui dettami socialisti. Non si tratta, come potrebbe sembrare ad uno sguardo superficiale, solamente di una diatriba filologica sulla corretta interpretazione della teoria marxista dello Stato o, tantomeno, di una logomachia condotta da due dotti professori a colpi di citazioni e aforismi ad effetto. Ma dietro la polemica tra Adler e Kelsen riemergono due figure che, come spettri riappaiono inaspettatamente: Marx e Lassalle. Nella loro particolarissima *tenzone*, Adler e Kelsen non si trovano privi delle adeguate armi teoriche ma, ciascuno indossa, come chi cerca di rifarsi alle gesta di un vecchio e valoroso condottiero, rispettivamente l’armatura che ha conservato gelosamente per anni. Pertanto, mentre Adler, cerca di rileggere Marx per ribadire come sia impossibile immaginare uno Stato che non sia dispotico e sfruttatore, Kelsen, dall’altro lato, intende tornare proprio a quel Lassalle con cui aveva polemizzato lo stesso Marx, riproponendo una possibile visione dello Stato concepito come « strumento di evolu-

⁽⁵³⁾ Cfr. A. CARRINO, *Marxism in the Philosophy of Law*, in *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil Law World*, E. Pattaro, C. Roversi (eds.), Netherlands, Springer, 2016, vol. XXII, t. I, pp. 223-231.

⁽⁵⁴⁾ Si veda per tutti, la ricostruzione di G.A. RITTER, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, München, Oldenbourg, 1989; trad. it., *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

⁽⁵⁵⁾ Su questa polarità e, in particolare, sulla compatibilità tra stato sociale e stato di diritto cfr. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.

⁽⁵⁶⁾ A riprova dell’importanza dello Stato in questo frangente storico cfr. altresì H. KELSEN, A. HOLD-FERNECK, *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna*, a cura di A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2002.

zione sociale » (57). Ovviamente un dibattito così complesso non poteva esaurirsi con tale polemica ma gli sforzi teorici del *giurista* e del *filosofo*, unito all'impegno politico sotteso agli stessi, sono quantomeno stati un piccolo tassello di quel variegato mosaico della storia filosofico-giuridica del *Welfare State*, o meglio una breve tappa di quel percorso tortuoso che, per parafrasare le parole di Jens Alber, avrebbe condotto l'uomo novecentesco a passare *dalla carità allo Stato sociale* (58).

(57) Cfr. F. RUSSO, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo*, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1976, p. 150.

(58) J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, Frankfurt/New York, Campus, 1982; trad. it., *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna, il Mulino, 1987.

RAFFAELE VOLANTE

FLEMMING V. NESTOR AND BEYOND.
LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA
DEGLI STATI UNITI E IL DIRITTO ALLA PENSIONE COME
PROPRIETÀ DEL LAVORATORE

1. Introduzione. — 2. Reddito sostitutivo e contribuzione. La questione proprietaria. 3. Il *Social Security Act* alla Corte Suprema. *Helvering v. Davis* 1937. — 4. La giurisprudenza delle corti di merito. La pensione come diritto acquisito di proprietà del lavoratore. — 5. *Flemming v. Nestor*. La pensione come diritto gratuito e condizionato. — 6. La Corte Suprema contro i suoi precedenti. *Lynch v. United States* 1933. — 7. *Flemming v. Nestor* nella giurisprudenza successiva. Un'applicazione non uniforme del principio della *gratuity*. — 8. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

« *It is true that the welfare-statists are not socialists, that they never advocated or intended the socialization of private property, that they want to 'preserve' private property — with government control of its use and disposal. But that is the fundamental characteristic of fascism* » ⁽¹⁾. L'epitaffio che Ayn Rand riservò nel 1965 allo Stato sociale come costruzione politica, aveva già trovato conferma cinque anni prima in una famosa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Flemming v. Nestor* ⁽²⁾, in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della revoca della pensione di vecchiaia a chi fosse stato deportato come sospetto o colpevole di attività antiamericane.

Il problema di fondo era questo: se la pensione fosse da considerare una proprietà del lavoratore a fronte del regolare paga-

⁽¹⁾ A. RAND, *The New Fascism: Rule by Consensus* in ID., *Capitalism: The Unknown Ideal*, New York, New American Library, 1967, p. 211.

⁽²⁾ *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (20 giugno 1960).

mento dei contributi, essa avrebbe potuto essere revocata solo a seguito di un procedimento contenzioso che garantisse il diritto di difesa dell'interessato, non con un mero atto dell'amministrazione. La Corte decise di strettissima maggioranza e con due opinioni dissenzienti per la costituzionalità della norma, con una sentenza che sarebbe poi stata al centro di un più vasto dibattito, non solo sui limiti dell'azione di governo verso i diritti quesiti del singolo, ma sulla struttura stessa del diritto di proprietà nella gestione statale dell'economia ⁽³⁾.

In questo senso, *Flemming v. Nestor* mostra, insieme all'analisi dei suoi precedenti e di alcune sentenze successive, l'aporia fondamentale dello Stato sociale: affermare sul piano politico una proprietà dell'individuo alla protezione sociale per cui ha contribuito con parte dei suoi redditi, nel mentre deve negarla sul piano delle tutele giuridiche, al fine di garantire la funzionalità del sistema complessivo ⁽⁴⁾.

2. *Reddito sostitutivo e contribuzione. La questione proprietaria.*

Ephram Nestor emigrò negli Stati Uniti nel 1913, e dal 1936 al 1955 ebbe un impiego coperto dal *Social Security Act* del 1935, con una regolare posizione contributiva. Chiese il pagamento della pensione di vecchiaia alla fine del 1955, e ricevette la pensione per alcuni mesi. Questa gli venne revocata nel settembre 1956 perché nel luglio di quello stesso anno fu deportato verso la nativa Bulgaria in

⁽³⁾ *Flemming v. Nestor* fu uno dei pilastri del fortunato saggio di Charles Reich sulla *new property*, la ricostruzione complessiva della categoria giuridica della proprietà in un ordinamento centrato sul ruolo dello Stato come produttore di nuove forme di ricchezza, tutte potenzialmente lasciate al suo arbitrio. C. REICH, *The New Property*, in « *Yale Law Journal* », 73 (1964), 5, p. 768.

⁽⁴⁾ L'affermazione di un diritto « legale, morale e politico » alla pensione (in contrasto con l'idea di un'elargizione graziosa e discrezionale del beneficio) fu uno dei cavalli di battaglia di F.D. Roosevelt durante la lunga battaglia politica per la costruzione del *welfare state*. Cfr. W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York, Harper & Row, 1963, p. 133. Gli atti del Congresso mostrano l'intenzione dei legislatori di conferire, con la pensione di vecchiaia, « something very closely akin to a property right » secondo S. KIPPERMAN, *Modern Social Legislation: Nature, Alteration and Termination of Benefits*, in « *Law Transition Quarterly* », 74 (1966), 3, p. 77.

applicazione della sec. 241 dell'*Immigration and Nationality Act*. Nestor era stato difatti iscritto al Partito Comunista dal 1933 al 1936 ⁽⁵⁾.

La vicenda non è importante solo perché testimonia del clima della « caccia alle streghe » ⁽⁶⁾. La pensione di vecchiaia è soprattutto il terreno privilegiato per evidenziare talune contraddizioni intrinseche dello stato sociale, non solo nella sua variante statunitense. La pensione di vecchiaia è un trattamento pagato dal beneficiario, il che determina l'idea di un diritto quesito al suo patrimonio, che trova titolo nel prelievo di ricchezza che ha subito durante la sua vita lavorativa ⁽⁷⁾. D'altra parte, l'essere la pensione di vecchiaia un'assicurazione obbligatoria contro un evento futuro ma non incerto mette il soggetto in una posizione di relativa autonomia rispetto al beneficio, potendo egli scegliere quando avvalersene, nei limiti temporali che il legislatore può estendere o comprimere seguendo la contingenza del momento ⁽⁸⁾.

La pensione di vecchiaia fu intesa però dal *Social Security Act*

⁽⁵⁾ In questi termini la vicenda venne riassunta nella sentenza della Corte Suprema. Maggiori particolari in K.M. TANI, *Flemming v. Nestor: Anticommunism, the Welfare State, and the Making of a "New Property"*, in « Law and History Review », 26 (2008), 26, p. 379-380.

⁽⁶⁾ Un profilo storico dettagliato delle misure anticomuniste, che mostra l'atteggiamento delle Corti di merito e della Corte Suprema è in W.M. WIECEK, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism: the Background of Dennis v. United States*, in « Supreme Court Review », 2001, pp. 375-434.

⁽⁷⁾ L'effettività del sistema non si è mai basata, tuttavia, sul principio di congruenza tra il monte dei contributi versati e l'importo del beneficio. Già nel 1939 il *Social Security Act* fu emendato per dare un maggior reddito sostitutivo ai primi lavoratori che avrebbero percepito la pensione di vecchiaia. Il sistema non venne mai corretto in senso contributivo ed è quindi, ad oggi, largamente finanziato dalla fiscalità, divenendo « primarily a system for the transfer of income from one generation to the previous one: each generation pays taxes during its working years to support the current generation of retirees ». *Economic Report of the President 2002*, p. 65.

⁽⁸⁾ Da qui la sua natura di *property*, secondo Reich: « The implications of *Flemming v. Nestor* are profound. No form of government largess is more personal or individual than an old age pension. No form is more clearly earned by the recipient, who, together with his employer, contributes to the Social Security fund during the years of his employment. No form is more obviously a compulsory substitute for private property; the tax on wage earner and employer might readily have gone to higher pay and higher private savings instead. No form is more relied on, and more often thought

più come uno strumento di governo del mercato del lavoro, che come uno strumento di cittadinanza. La garanzia per il lavoratore di un reddito sostitutivo che egli stesso aveva l'idea di aver creato tramite un risparmio forzoso era il miglior modo per indurlo a uscire volontariamente dal mercato del lavoro, lasciando il posto a lavoratori più giovani ⁽⁹⁾. La modifica delle condizioni per la concessione del beneficio sarebbe stata così una delle più potenti leve in mano alla regolazione statale dell'economia.

Queste caratteristiche dell'istituto erano evidenti sia nella sua disciplina nel *Social Security Act*, sia nel discorso pubblico che ne accompagnò l'adozione. Quanto a quest'ultimo, valga appena citare l'autore del primo programma federale di sicurezza sociale estesa a tutti: « *We put those payroll contributions there so as to give the contributors a legal, moral and political right to collect their pensions and their unemployment benefits. With those taxes in there, no damn politician can ever scrap my social security program* ». La famosa frase di Franklin D. Roosevelt illustra meglio di ogni altra analisi la retorica di fondo sulla pensione di vecchiaia: un diritto che il lavoratore avrebbe acquisito con il pagamento della contribuzione obbligatoria, e che nessuno avrebbe per questo mai potuto revocare ⁽¹⁰⁾.

La reciprocità tra onere contributivo e prestazione pensionistica esisteva però solo sul piano politico: l'adozione del sistema retributivo per il computo dell'assegno impediva la reciprocità sul

of as property. No form is more vital to the independence and dignity of the individual ». REICH, *The New Property*, cit., p. 769.

⁽⁹⁾ Soprattutto dopo gli emendamenti del 1939, i quali assicuravano ai primi lavoratori che avrebbero beneficiato della pensione di vecchiaia un trattamento economico non collegato al ridotto ammontare della contribuzione da loro effettivamente pagata. E.F. WOLLEMBERG, *Vested Rights in Social Security Benefits*, in « *Oregon Law Review* », 37 (1957-58), p. 310.

⁽¹⁰⁾ La frase venne riportata per la prima volta in A. SCHLESINGER, *The Coming of New Deal*, Boston, Houghton Mifflin, 1958, vol. 2, pp. 308-309, il quale non dà però delle indicazioni precise sulla circostanza in cui sarebbe stata pronunciata. Un memorandum di un *senior official* dell'amministrazione Roosevelt, Luther Gulick, la riporta a una conferenza interna sulla tassazione del *Social Security Act* avvenuta nell'estate del 1941. Il memorandum è disponibile sull'accurata parte storica della Social Security Agency all'indirizzo <https://www.ssa.gov/history/Gulick.html> (visitato il 19 febbraio 2017).

piano giuridico. Il sistema si finanziava su una tassazione suppletiva del reddito del lavoratore, cui si accompagnava una eguale *excise* sui datori di lavoro per ogni lavoratore impiegato, entrambe progressive e di eguale importo.

L'ammontare della pensione veniva però calcolato non sul monte contributivo, ma su quello degli stipendi ricevuti durante il periodo attivo, anche qui applicando coefficienti di progressività⁽¹¹⁾. Ciò escludeva che si potesse inquadrare la pensione come oggetto di un diritto soggettivo del lavoratore che trovasse titolo nel pagamento dei contributi: lungi dall'essere ricostruiti dalla legge come un risparmio forzoso, in funzione del quale sarebbe stato poi prestato il trattamento, essi costituivano un normale prelievo fiscale, che sarebbe stato gestito dallo Stato federale per trasferire ai singoli Stati federati le risorse con cui questi avrebbero pagato le pensioni ai propri residenti nei termini dettati dalla legislazione⁽¹²⁾. Ogni Stato era chiamato a promulgare un proprio piano pensionistico, il quale avrebbe dovuto uniformarsi ai criteri della legge federale, sotto la sorveglianza di un Board⁽¹³⁾. I contributi dei lavoratori, prelevati dal loro stipendio a cura del datore di lavoro a mezzo di marche⁽¹⁴⁾, e le tasse che gravavano su questi ultimi⁽¹⁵⁾ avrebbero finanziato un fondo apposito, istituito presso il Tesoro, i cui saldi attivi avrebbero dovuto trovare impieghi fruttiferi, per far fronte a disequilibri futuri⁽¹⁶⁾. Da questo fondo sarebbero poi stati tratti trimestralmente i trasferimenti verso i singoli Stati, calcolati con metodi attuariali sulle tabelle di mortalità delle loro popolazioni residenti⁽¹⁷⁾.

La funzione di regolazione del mercato del lavoro della pensione di vecchiaia si esprimeva soprattutto in tre norme. La prima era la sec. 202 *f*), che escludeva il pagamento dell'assegno al pensionato che ricevesse uno stipendio a qualsiasi titolo dopo aver superato il sessantacinquesimo anno di età. Il meccanismo era

⁽¹¹⁾ *Social Security Act* 1935 (August 14th), sec. 202 *a*).

⁽¹²⁾ Ivi, sec. 3 e sec. 201.

⁽¹³⁾ Ivi, sec. 2.

⁽¹⁴⁾ Ivi, sec. 801 e 807. Le marche dovevano essere distribuite e pagate presso gli uffici postali, per come stabiliva la sec. 809.

⁽¹⁵⁾ Ivi, sec. 804.

⁽¹⁶⁾ Ivi, sec. 201 *b*).

⁽¹⁷⁾ Ivi, sec. 201 *a*).

particolarmente punitivo: malgrado la lettera della norma parlasse di « riduzione » del beneficio, la stessa prescriveva che essa, a prescindere dall'ammontare del reddito da lavoro percepito dal beneficiario, non potesse essere inferiore all'importo dell'assegno mensile, per ogni mese di percezione dello stipendio. A fronte di un minimo reddito da lavoro percepito, il beneficiario avrebbe così perso l'intera pensione: un disincentivo radicale, che avrebbe spinto fuori dal mercato del lavoro qualsiasi ultrasessantacinquenne che guadagnasse meno dell'importo massimo della pensione, fissato nel testo originale in ottantacinque dollari al mese.

La seconda era la sec. 210 *b*), che escludeva dalla tutela della pensione di vecchiaia vaste categorie di lavoratori, tra cui principalmente gli agricoltori e gli impiegati pubblici. Lo spopolamento delle aree agricole in favore delle città industriali era un processo in atto da tempo, ma si era enormemente incrementato con la Depressione del 1929: la pressione dei lavoratori giovani su quelli vecchi era un'emergenza dei settori industriali, e a questa il *Social Security Act* intendeva provvedere.

La terza era la sec. 1104 con cui — a dispetto dei proclami di Roosevelt e dei suoi successori — il Congresso si riservava il diritto di « cambiare, abrogare o revocare » ogni disciplina contenuta nel *Social Security Act* ⁽¹⁸⁾. Questa norma sarebbe stata utilizzata largamente negli anni seguenti per la pensione di vecchiaia, tanto per estendere la portata del beneficio a lavoratori prima esclusi, quanto per restringerla in funzione di un maggior ricambio generazionale nel mercato del lavoro. Il miglior esempio in tal senso è dato dalla sospensione dall'assegno per il pensionato che lavorasse: dettata solo per chi restasse o passasse alle dipendenze di qualcuno dopo il sessantacinquesimo anno d'età, essa fu estesa dagli emendamenti del 1950 anche a chi avesse lavorato in proprio ⁽¹⁹⁾.

(18) « The right to alter, amend, or repeal any provision of this Act is hereby reserved to the Congress ». Ivi, sec. 1104 (*Reservation of power*).

(19) WOLLEMBERG, *Vested Rights in Social Security*, cit., p. 310.

3. *Il Social Security Act alla Corte Suprema. Helvering v. Davis 1937.*

La legge passò indenne il vaglio di costituzionalità della Corte Suprema nel 1937, con due sentenze dello stesso giorno. La prima, *Steward Machine Co. v. Davis*, riguardava il sussidio di disoccupazione, e precisamente la liceità del prelievo fiscale sui datori di lavoro per il finanziamento del fondo ad esso dedicato ⁽²⁰⁾. A questa si rimetteva in parte la motivazione della seconda, *Helvering v. Davis*, che concerneva la pensione di vecchiaia ⁽²¹⁾.

Dinanzi alla Corte suprema venne qui una domanda di *certiorari* avanzata dal *Commissioner of Internal Revenue*, soccombente in grado d'appello in un giudizio intentato da un azionista della Edison contro la società per ottenere un'ingiunzione a che questa non versasse la tassa a carico del datore di lavoro, perché incostituzionale.

Gli argomenti della parte privata erano particolarmente stringenti. Il *Social Security Act* definiva l'imposta che gravava sul datore di lavoro come una *excise*, quindi un prelievo fiscale sul possesso di un bene. Quando i padri costituenti avevano dato esclusivamente al Congresso degli Stati Uniti il potere di istituire delle *excises*, ciò era stato per limitare al massimo l'invasività di questo prelievo — che era stato largamente usato dal Re d'Inghilterra contro i suoi coloni — non per attribuire al legislativo degli Stati Uniti un analogo potere indiscriminato di tassazione. La difesa portava a sostegno le disposizioni del *Revenue Act* del 1777 con cui Giorgio III aveva imposto una tassa su ogni servitore maschio bianco, dimostrando che la *excise* era tipicamente una tassa sul lusso. Non era così in discussione il potere del Congresso di individuare nuovi beni di lusso da assoggettare a *excise*, una volta che il progresso tecnico li avesse messi a disposizione del pubblico — come nel caso delle automobili — ma se questo potesse estendersi a tassare un'attività necessaria — quella di dare lavoro — per il solo fatto di esistere.

Imporre una *excise* sull'esercizio di un'impresa equivaleva, a giudizio della parte privata in *Helvering v. Davis*, a tassare uno

⁽²⁰⁾ *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548. Decisa il 24 maggio 1937.

⁽²¹⁾ *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619. Decisa il 24 maggio 1937.

« *state of being* », il modo di essere corrispondente all'esercizio del diritto universale di impiegare uomini liberi dietro compenso nello svolgimento di un'attività produttiva. I sostenitori della tassazione sui datori di lavoro per il finanziamento della pensione di vecchiaia parlavano di una tassa sul privilegio, ma l'esercizio dell'impresa non era un privilegio: lo diventava solo in virtù di un monopolio o di una privativa statale, che ponesse l'impresa nella condizione di non dover concorrere o di non rispondere appieno dei propri debiti⁽²²⁾. Per come la Corte aveva già statuito in altra decisione precedente, una *excise* poteva essere lecita sulla concessione di una privativa, proprio perché essa rappresenta in sé un bene, una fonte di immediata ricchezza⁽²³⁾, ma per lo stesso motivo non sarebbe stata applicabile a un'attività di libera concorrenza, esposta ai rischi del mercato.

A questo motivo di incostituzionalità se ne aggiungevano almeno altri due. In primo luogo, la tassa era arbitraria poiché gravava solo su quei datori di lavoro i cui impiegati sarebbero stati ammissibili al beneficio della pensione di vecchiaia, e non su tutti, creando quindi un'ingiustificata disparità di trattamento. Tale arbitrarietà era evidente sotto molti aspetti, non ultimo quello per cui, escludendo dal beneficio il lavoro agricolo, essa finiva per pesare massicciamente solo su taluni Stati, escludendo quelli pressoché privi di industrie. La Corte aveva già stabilito, attraverso numerosi precedenti, che l'arbitraria selezione di talune proprietà o classi di persone per la tassazione si traduceva in una confisca, priva di carattere fiscale e perciò incostituzionale⁽²⁴⁾.

In secondo luogo, la *excise* della Sec. 802 del *Social Security Act* non avrebbe dovuto essere imposta e amministrata a livello federale. L'articolo 8 della Costituzione dava potere al Congresso di imporre

(22) « Supporters of this tax have urged that it is a tax upon privilege. There is no privilege. The state of being on which the imposition is made is not derived from government or from public authority in any manner. Privilege contrasts with common natural opportunity. Contrast the privilege to do business without liability for debts, as in corporate form. Any dictionary of the common meanings will show that 'privilege' as used in this context means something not of common right ». *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 627-628.

(23) *Flint v. Stone Tracy Co.*, 220 U.S. 107, 155, 162.

(24) *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 632.

tasse e *excises* «*for the general welfare of the United States*». La pensione di vecchiaia veniva però conferita dai singoli Stati sulla base delle proprie leggi: la tassa che la finanziava non poteva quindi essere ritenuta rispondente al benessere generale degli Stati Uniti, ma a quella dei singoli Stati federati, e sarebbe stato del resto più razionale che fossero questi a modulare diversamente la tassa sui datori di lavoro, in funzione delle loro diverse economie.

La Corte in *Helvering v. Davis* non si pronunciò specificamente su tutti gli argomenti del privato, ma li affrontò solo nei limiti della petizione di *certiorari* cui questi aveva aderito ⁽²⁵⁾, riportandosi per il resto a quanto detto nell'altra sentenza. La Corte superò i due ultimi rilievi della parte privata su una lettura tutta politica del *Social Security Act*, che partiva dall'emergenza nazionale della disoccupazione, affermando che la sua soluzione apparteneva senza dubbio al «*general welfare*» richiesto dalla Costituzione come presupposto del potere impositivo del Congresso. Un potere — proseguiva la Corte — che il Congresso aveva diritto di esercitare per dare assistenza sia a chi non trovava lavoro pur potendo svolgerne uno, sia a chi era disoccupato per l'età avanzata ⁽²⁶⁾. Questi ultimi lavoratori erano destinati a essere espulsi dal mercato del lavoro come conseguenza dell'urbanizzazione: l'industria preferiva i giovani, tanto da licenziare per primi i vecchi in caso di ridimensionamento, o di costringerli a salari più bassi ⁽²⁷⁾. Il problema non poteva essere risolto altro che a livello federale: i singoli Stati sarebbero stati riluttanti a aumentare la propria tassazione per timore di porsi in svantaggio rispetto ai propri vicini come attrattori di investimenti. In

⁽²⁵⁾ *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 639.

⁽²⁶⁾ «*But the ill is all one, or at least not greatly different, whether men are thrown out of work because there is no longer work to do or because the disabilities of age make them incapable of doing it. Rescue becomes necessary irrespective of the cause. The hope behind this statute is to save men and women from the rigors of the poor house as well as from the haunting fear that such a lot awaits them when journey's end is near*». *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 641.

⁽²⁷⁾ «*More and more our population is becoming urban and industrial instead of rural and agricultural. The evidence is impressive that among industrial workers the younger men and women are preferred over the older. In times of retrenchment the older are commonly the first to go, and even if retained, their wages are likely to be lowered*». *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 641.

questo modo, la Corte ribaltava l'argomento della parte privata, utilizzandolo per dimostrare l'esistenza di un interesse generale alla tutela data dal *Social Security Act* e della tassazione chiama a finanziarlo, ma senza fornire una base giuridica al proprio ragionamento.

Ancora più funzionalmente orientata fu la soluzione data alla prima questione, la costituzionalità di un prelievo fiscale sul solo fatto di impiegare lavoratori. Alla contestazione per cui la *excise* fosse costituzionale solo come tassa su un bene indice di una condizione privilegiata, come i servitori del *Revenue Act* del 1777, la Corte rispondeva — nella sentenza parallela, *Steward Machine Co. v. Davis* — ricordando che nel 1780 una legge della Virginia aveva imposto una tassa sull'impiego di servitori e apprendisti, il che avrebbe dimostrato come i padri costituenti avessero previsto questa eventualità e l'avessero giudicata lecita, sia pure sette anni prima di scrivere la Costituzione degli Stati Uniti⁽²⁸⁾. Destituita di fondamento sulla base di questa debole ricostruzione storica, la tesi veniva poi respinta dalla Corte sul piano dei principi in tema di proprietà, con un traballante sillogismo. La premessa maggiore era in una lontana sentenza della Corte suprema del Kansas, *City of Newton v. Atchison*⁽²⁹⁾, in cui si sosteneva che l'attività d'impresa poteva essere tassata al pari della proprietà, per dire che gli standard costituzionali per la tassazione di quest'ultima non dovevano necessariamente applicarsi alla prima. La premessa minore era invece in una propria decisione dell'anno precedente, *Henneford v. Silas Mason Co.*⁽³⁰⁾, in

(28) « Our colonial forbears knew more about ways of taxing than some of their descendants seem to be willing to concede. The historical prop failing, the prop or fancied prop of principle remains. We learn that employment for lawful gain is a 'natural' or 'inherent' or 'inalienable' right, and not a 'privilege' at all. But natural rights, so called, are as much subject to taxation as rights of less importance. An excise is not limited to vocations or activities that may be prohibited altogether. It is not limited to those that are the outcome of a franchise. It extends to vocations or activities pursued as of common right. What the individual does in the operation of a business is amenable to taxation just as much as what he owns, at all events if the classification is not tyrannical or arbitrary ». *Steward Machine Co. v. Davis*, 580-581.

(29) *Newton v. Atchison*, 31 Kan. 151-154.

(30) *Henneford v. Silas Mason Co.*, 300 U.S. 577 (1937). Il ricorrente era un appaltatore che usava macchine acquistate in un altro Stato. Lo Stato di residenza aveva

cui si sosteneva che la proprietà era un « fascio di diritti » che poteva essere sottoposto a tassazione sia nel suo insieme, che in una o più delle prerogative che assicurava al titolare. La conclusione: anche l'attività di impresa era l'insieme di molteplici attività integrate, che potevano essere tassate nel loro insieme o singolarmente ⁽³¹⁾. Da qui la costituzionalità di un'imposta sull'impiego di manodopera e la legittimità del sistema complessivo.

4. *La giurisprudenza delle corti di merito. La pensione come diritto acquisito di proprietà del lavoratore.*

Quando Ephram Nestor venne privato della sua pensione, il *Social Security Act* era già andato incontro a numerosi emendamenti, nessuno dei quali aveva comunque intaccato il mito politico dell'intangibilità del beneficio per il lavoratore in possesso dei requisiti di legge: sessantacinque anni compiuti, regolarità contributiva, assenza di altri redditi da lavoro.

Sul piano giuridico, la dottrina evidenziava come, malgrado la terminologia usata nel discorso pubblico, il sistema pensionistico del *Social Security Act* non fosse neanche implicitamente riconducibile a un rapporto assicurativo su base contrattuale, e si risolvesse invece in una *gratuity* discrezionale ⁽³²⁾. La logica del sistema impediva di individuare un momento della procedura oltre il quale l'aspettativa

imposto una tassa sull'uso di beni strumentali, e il ricorrente aveva sollevato l'incostituzionalità della norma, per conflitto con l'articolo della Costituzione che proibisce le dogane interne agli Stati Uniti. L'acquisto delle macchine — questo era il tema centrale del ricorso — era stato tassato nello Stato di provenienza: imporre una tassa per il possesso equivaleva a porre una dogana interna, perché rendeva non conveniente l'acquisto. La Corte ritenne costituzionale la tassa sul possesso dei beni strumentali perché ogni Stato può tassare non solo la proprietà in quanto tale, ma qualsiasi sua manifestazione (« The privilege of use is only one of the privileges that make up property or ownership. A State is at liberty to tax them all collectively or tax them separately, and calling a tax on the use alone an excise does not affect its validity under the commerce clause »).

⁽³¹⁾ « Employment is a business relation, if not itself a business. It is a relation without which business could seldom be carried on effectively. The power to tax the activities and relations that constitute a calling considered as a unit is the power to tax any of them. ». *Steward Machine Co. v. Davis*, 548.

⁽³²⁾ WOLLEMBERG, *Vested Rights in Social Security*, cit., p. 301-302.

del lavoratore si trasformasse in un *vested right*, e pertanto in una proprietà. Impraticabile per un programma di tale portata isolare un tale momento nel perfezionamento dell'obbligo contributivo, perché avrebbe compromesso ogni possibilità di correzione del trattamento pensionistico al peggiorare dei saldi complessivi. Contraria ai principi la tesi di considerare intangibile il diritto del beneficiario dal momento in cui, in possesso dei requisiti sostanziali, avesse integrato l'unico requisito procedurale — la richiesta dell'assegno — o quando l'amministrazione avesse emanato il relativo provvedimento di concessione⁽³³⁾. In entrambi i casi, la decisione amministrativa sarebbe diventata una sorta di cosa giudicata, impedendo la correzione di errori.

Le corti di merito avevano a volte accettato la logica del *vested right*, ma in casi limite. La decisione più citata, sotto questo profilo, era una sentenza di una Corte distrettuale dell'Ohio, *Gardner v. Ewing*, relativa a un lavoratore che, in possesso di tutti i requisiti, aveva presentato la domanda di pensione, ma non aveva risposto nel termine di legge alla richiesta del *Bureau* di provare la sua data di nascita, ed era poi deceduto senza percepire alcun assegno⁽³⁴⁾. L'esecutore testamentario richiese il pagamento dei benefici maturati alla data di morte, che furono pagati solo parzialmente. L'esecutore percorse quindi le istanze amministrative previste dal *Social Security Act*, tanto in primo che in secondo grado, mostrando come la data di nascita del beneficiario risultasse già dagli atti in possesso dell'amministrazione, ma rimase soccombente in entrambi i gradi. Le istanze amministrative seguirono difatti la tesi del *Bureau* per cui il beneficiario, non avendo fornito le informazioni richieste, doveva intendersi aver rinunciato alla domanda di pensione, a prescindere dal fatto che l'informazione richiesta fosse già in possesso dell'amministrazione.

La Corte si pronunciò su due questioni: se la domanda dovesse considerarsi abbandonata come preteso dall'amministrazione e se il diritto alla pensione fosse un diritto di proprietà acquisito al patrimonio del lavoratore in possesso dei requisiti, tanto da trasmettersi

⁽³³⁾ Ivi, p. 352 e ss.

⁽³⁴⁾ U.S. District Court for the Southern District of Ohio — 88 F. Supp. 315 (S.D. Ohio 1950), *Gardner v. Ewing*, 11 gennaio 1950.

all'asse ereditario, legittimando così l'esecutore all'azione. Sulla prima questione, la Corte statuì che il diritto alla pensione di vecchiaia si produceva nel patrimonio del beneficiario al compimento dei tre requisiti richiesti dall'art. 202 a) del *Social Security Act*. La prova della data di nascita era richiesta da un regolamento del *Board*, che in nessun caso avrebbe potuto aggiungere condizioni a quelle poste dalla legge, o emendarne le statuizioni⁽³⁵⁾. L'imposizione di un termine entro il quale fornire le informazioni richieste dal *Bureau* non era, sotto questo profilo, compatibile con le norme della legge, e andava disapplicato⁽³⁶⁾. Sulla seconda questione, la Corte distrettuale non ebbe dubbi nel definire la pensione di vecchiaia come un *earned right*, e non una *gratuity*. L'unica base giuridica offerta era data dall'inesistenza nel *Social Security Act* di norme che impedissero specificamente il pagamento di benefici maturati a persone non più in vita o ne proibisse il pagamento ai suoi eredi o legali rappresentanti⁽³⁷⁾. Altre decisioni negarono che il diritto alla pensione fosse *vested* per un lavoratore che fosse in possesso dei benefici sostanziali, ma che non avesse presentato la domanda, anche per cause indipendenti alla sua volontà.

Non stupisce quindi che la corte di merito investita della vicenda Nestor avesse deciso in favore di questi⁽³⁸⁾. Attraverso la moglie, cittadina americana, Ephram Nestor contestò il provvedimento del *Bureau of Old Age and Survivors Insurance* in via amministrativa dinanzi al *Department of Health, Education and Welfare*. Questo confermò la decisione del *Bureau*, e Nestor ricorse alla Corte Distrettuale per il Distretto di Columbia, sollevando una sola questione: l'incostituzionalità della Sec. 202 n) del *Social Security Act*, aggiunta al testo del 1935 dall'*Immigration and nationality Act* del

⁽³⁵⁾ *Gardner v. Ewing*, 88 F. Supp. 322 (Conclusions of law, n. 9).

⁽³⁶⁾ *Gardner v. Ewing*, 88 F. Supp. 322 (Conclusions of law, n. 16 e 17).

⁽³⁷⁾ *Gardner v. Ewing*, 88 F. Supp. 322 (Conclusions of law, n. 20 e 21). Altre decisioni negarono che il diritto alla pensione fosse *vested* per un lavoratore che fosse in possesso dei benefici sostanziali, ma che non avesse presentato la domanda, anche per cause indipendenti alla sua volontà. *Ewing v. Risher*, United States Court of Appeals, Tenth Circuit, 176 F.2d 641 (10th Cir. 1949); *Coy v. Folsom*, United States Court of Appeals, Third Circuit, 228 F.2d 276 (3d Cir. 1955).

⁽³⁸⁾ *Nestor v. Folsom*, United States District Court for the District of Columbia, 169 F. Supp. 922 (1959).

1952. La norma proibiva il pagamento di qualsiasi trattamento pensionistico a qualsiasi individuo soggetto a deportazione, dalla data del provvedimento di espulsione e fino all'eventuale provvedimento di riammissione alla residenza negli Stati Uniti ⁽³⁹⁾.

La difesa di Nestor si basò su quattro argomenti. Il primo era appunto il fatto che la pensione di vecchiaia era stata costantemente intesa come un diritto del percipiente, in presenza dei requisiti dell'art. 202 a) del *Social Security Act*. Il punto non era contestato, atteso che Nestor aveva iniziato a ricevere l'assegno. Il secondo argomento era l'incostituzionalità della privazione del trattamento pensionistico introdotta con il § 202 n), per costituire essa una sanzione penale suppletiva alla deportazione. Tale argomento — precisava la difesa — sarebbe stato valido anche ove la pensione di vecchiaia fosse stata intesa come una *gratuity*. Essendo la revoca del trattamento pensionistico una sanzione penale — terzo argomento — essa era stata irrogata dalla legge senza un regolare processo in cui Nestor avesse potuto esprimere il proprio diritto di difesa, ed era quindi contraria al Quinto Emendamento. Solo come quarto e ultimo argomento il ricorrente sostenne la violazione del Primo Emendamento, fondandosi il provvedimento di espulsione e la conseguente sospensione dal beneficio pensionistico sul suo convincimento politico.

La difesa del Dipartimento di Giustizia contestò che la sospensione dal beneficio fosse una sanzione penale e sostenne che, sulla base del *Social Security Act*, il ricorrente non aveva un diritto pieno al trattamento pensionistico, ma un'aspettativa soggetta al compimento di tutti i requisiti di legge. A quelli originari, la legislazione sulle attività antiamericane aveva aggiunto quelli dell'art. 202 n), difettando i quali Nestor aveva perso il beneficio.

In *Nestor v. Folsom* la Corte Distrettuale inquadrò la pensione di vecchiaia come un sistema di assicurazione per i lavoratori dell'industria e del commercio contro le conseguenze economiche dell'età avanzata, basandosi su quanto sempre sostenuto nel discorso politico sul *Social Security Act* e su quanto affermato dalla Corte

⁽³⁹⁾ La norma proibiva altresì il pagamento della pensione dell'espulso a qualsiasi altro soggetto che non fosse cittadino americano e non risiedesse negli Stati Uniti.

Suprema in *Helvering v. Davis*. La natura assicurativa del sistema non era stata modificata dagli emendamenti successivi, che avevano solo esteso i benefici della pensione di vecchiaia ad altre categorie di lavoratori, o avevano disposto diversamente circa il computo dei contributi. Tra gli emendamenti al testo originario del 1935 vi era stata anche la sospensione del trattamento a chi risiedesse all'estero, ma questa era stata inserita per impedire che, ritornato nella propria terra d'origine, l'immigrato aggiungesse alla pensione pagata dal suo paese di nascita quella della sicurezza sociale statunitense, andando contro gli scopi della legge. La norma non era però rilevante nel caso di Nestor, poiché il ricorrente non si era volontariamente trasferito nel suo paese d'origine, e reclamava il pagamento della pensione federale come un suo diritto acquisito di proprietà.

La questione centrale, e pregiudiziale rispetto a tutte le altre, era infatti se il pacifico possesso dei requisiti dell'art. 202 *a*) avesse fatto sorgere nel suo patrimonio un *vested right*, il quale avrebbe potuto essere revocato solo con una procedura giurisdizionale, nel rispetto del Quinto Emendamento, o fosse per contro — come sostenuto dal Dipartimento di Giustizia, resistente — un diritto che derivava unicamente dalla legge e totalmente dipendente e condizionato da questa, come tale esposto al potere del Congresso di cambiare o sopprimere ogni norma della legislazione di sicurezza sociale.

I precedenti citati dal Dipartimento di Giustizia — le sentenze sopra riportate che escludevano dal beneficio coloro i quali, in possesso dei requisiti sostanziali, avessero mancato di attivare la procedura — erano irrilevanti nel caso di specie, perché Nestor aveva correttamente adempiuto a tutti gli oneri di legge e godeva di un trattamento pensionistico in atto. Anche se le Corti non avevano poi seguito un orientamento stabile sulla natura proprietaria del diritto alla pensione, restava vero che in quelle stesse sentenze esse avevano evidenziato come il beneficio pensionistico fosse assimilabile a un'assicurazione, e quindi conferisse al beneficiario un diritto su base contrattuale, di cui poteva chiedere l'adempimento ⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ *Roston v. Folsom*, D.C., 158 F. Supp. 112, 120; *Broderick, Inc. v. Squire*, 9 Cir., 163 F.2d 980.

Su questo punto si sarebbe dovuto misurare il potere del Congresso di modificare ogni aspetto del sistema pensionistico, sancito dalla Sec. 1403 del *Social Security Act*. Il precedente rilevante era qui *Mullowney v. Folsom*, una sentenza della Corte distrettuale per il Distretto orientale di New York, che aveva respinto il ricorso di un pensionato a non veder ridotto il proprio trattamento a seguito degli emendamenti del 1950 che, come abbiamo visto, compresero il lavoro autonomo del pensionato come causa di sospensione dell'assegno, prima riservata al solo lavoro dipendente ⁽⁴¹⁾.

La modifica delle condizioni di pensione in senso sfavorevole al beneficiario era costituzionalmente ammissibile — affermava la Corte — ma ciò non poteva comprendere il diritto di privare un individuo di un diritto acquisito di proprietà senza un procedimento in contenzioso. Questo aspetto era stato affrontato in altre pronunce, le quali erano concordi nel sostenere la natura non contrattuale della prestazione pensionistica — che quindi era revocabile — ma allo stesso tempo ponevano una differenza sostanziale tra gli atti del Congresso volti a modificare le condizioni del trattamento per adeguarle allo stato dell'economia nazionale e quelle che, al contrario, si risolvevano nell'arbitraria privazione di un diritto individuale ⁽⁴²⁾. In altri termini, dal potere del Congresso di ridurre per tutti l'importo del beneficio non sarebbe potuto derivare il potere di escludere totalmente un individuo dal beneficio stesso, una volta che questi avesse acquisito un diritto alla sua corresponsione. In quanto proprietà — così concludeva il giudice Tamm in *Nestor v. Folsom* — il diritto al beneficio poteva essere revocato solo con un *due process in law*, nel rispetto del Quinto Emendamento, che nel caso di Nestor non era stato assicurato ⁽⁴³⁾.

A giudizio della Corte distrettuale, una cosa era il potere del

⁽⁴¹⁾ *Mullowney v. Folsom*, D.C., 156 F. Supp. 34.

⁽⁴²⁾ *Steinberg v. United States*, Ct. Cl., 163 F. Supp. 590.

⁽⁴³⁾ « As seen previously, the basic conflict is between the power of Congress to legislate in this field and the right of a person to an accrued property right. Prior decisions reveal, although not unanimously, that the nature of such benefits make them property rights, but property cannot be taken from a person without due process of law, that is, 'law of the land.' This Court concludes that the plaintiff was not afforded due process of law in being deprived of his benefits through a legislative enactment which took such benefits because of deportation ». 169 F. Supp. 922.

Congresso di emendare il *Social Security Act* per il futuro, altra cosa era quella di incidere sui benefici in essere, privando un individuo di una sua proprietà ⁽⁴⁴⁾.

5. *Flemming v. Nestor. La pensione come diritto gratuito e condizionato.*

L'opinione della Corte Suprema, investita della vicenda su appello dell'amministrazione, partiva da due considerazioni per negare la natura di *vested right* al diritto alla pensione in presenza dei requisiti di legge. In primo luogo, il *Social Security Act* contemplava già nel suo testo originario una causa di perdita del beneficio successiva alla sua concessione, il conseguimento di redditi da lavoro da parte del pensionato ⁽⁴⁵⁾. In secondo luogo, l'importo della pensione era indipendente dall'ammontare dei contributi versati, essendo calcolato sul monte degli stipendi percepiti ⁽⁴⁶⁾. Il programma veniva finanziato da un'imposta progressiva, che veniva riscossa dall'amministrazione finanziaria al pari di quelle sul reddito.

Il *Social Security Act* poteva quindi essere definito come una forma di assicurazione sociale, la quale veniva però realizzata attraverso il generale potere del Congresso di disporre delle spese per il bene pubblico degli Stati Uniti, per come la Corte aveva già detto in *Helvering v. Davis* ⁽⁴⁷⁾. L'interesse del singolo lavoratore in regola con i contributi di poter un giorno beneficiare della pensione non era pertanto fondato su un contratto e non poteva essere apparenato a una rendita. Inutile parlare di diritti quesiti, dinanzi a questa

⁽⁴⁴⁾ « It has been seen from the foregoing authorities that Congress may validly revise or alter payments to beneficiaries of pension systems. Their power to reduce payments or to impose conditions to their payment has also been upheld. However, must it logically follow that because Congress has the power to exercise such revision or alteration that it may also completely deprive one of such benefits after they have fully accrued? This Court does not believe so ». *Nestor v. Folsom, ibidem.*

⁽⁴⁵⁾ *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 608-609.

⁽⁴⁶⁾ « Of special importance in this case is the fact that eligibility for benefits, and the amount of such benefits, do not in any true sense depend on contribution to the program through the payment of taxes, but rather on the earnings record of the primary beneficiary ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 609.

⁽⁴⁷⁾ *Flemming v. Nestor, ibidem.*

disciplina: l'aspettativa del lavoratore si fondava su un processo legislativo e sull'equilibrio che imponeva al sistema, non su un'obbligazione del governo verso di lui ⁽⁴⁸⁾.

Il sistema doveva essere messo in condizione di funzionare per il futuro, e per questo aveva bisogno di un alto grado di flessibilità, che sarebbe stato impossibile da conseguire se si fosse riconosciuto nel beneficiario un diritto di proprietà sulla sua pensione ⁽⁴⁹⁾. La base giuridica per negare questa prospettiva, altrimenti legittimata dal discorso pubblico sul *Social Security Act*, era appunto la Sec. 1104, che riservava al Congresso il diritto di emendarne e abrogarne ogni previsione. Legittimando ogni cambiamento della disciplina, la norma escludeva che un peggioramento delle condizioni di pensione dovesse passare attraverso lo standard costituzionale del Quinto emendamento.

Il limite all'azione del Congresso era altrove, ossia nell'ordinario giudizio sull'arbitrarietà delle sue determinazioni ⁽⁵⁰⁾. Un *due process in law* sarebbe stato necessario solo per provvedimenti che intendessero limitare o escludere il diritto alla pensione per soggetti specifici, cosa che non ricorreva nella specie. La sospensione dal beneficio per i deportati doveva essere interpretata all'interno del sistema complessivo, il quale impediva di pagare un trattamento pensionistico a chi, non essendo residente nel territorio degli Stati Uniti, non avrebbe contribuito con il proprio reddito all'economia

⁽⁴⁸⁾ « It is hardly profitable to engage in conceptualizations regarding 'earned rights' and 'gratuities.' Cf. *Lynch v. United States*, 292 U. S. 571, 576-577. The 'right' to Social Security benefits is in-one sense 'earned,' for the entire scheme rests on the legislative judgment that those who in their productive years were functioning members of the economy may justly call upon that economy, in their later years, for protection from 'the rigors of the poor house as well as from the haunting fear that such a lot awaits them when journey's end is near.' *Helvering v. Davis*, supra, at 641 ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 610.

⁽⁴⁹⁾ « To engraft upon the Social Security system a concept of 'accrued property rights' would deprive it of the flexibility and boldness in adjustment to ever-changing conditions which it demands ». *Flemming v. Nestor*, *ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ « Particularly when we deal with a withholding of a noncontractual benefit under a social welfare program such as this, we must recognize that the Due Process Clause can be thought to interpose a bar only if the statute manifests a patently arbitrary classification, utterly lacking in rational justification ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 611.

nazionale ⁽⁵¹⁾. La Corte riteneva che il motivo per cui il beneficiario fosse all'estero — se per volontà o per costrizione — non rilevasse per un giudizio di incostituzionalità della norma introdotta nel *Social Security Act* dalla legislazione contro le attività antiamericane. La Sec. 202 *n*) non appariva dunque arbitraria alla Corte, e non andava quindi incontro alla necessità di una procedura specifica in cui fosse necessario garantire il diritto di difesa dell'interessato. Ciò sarebbe stato necessario solo se la sospensione del beneficio a causa della deportazione fosse ritenuta una sanzione, il che non era, secondo l'orientamento tenuto dalla Corte in materia, perché il legislatore aveva inteso sfavorire un'attività o una condizione della persona, non direttamente una persona o una classe di persone ⁽⁵²⁾.

La distinzione tra queste due ipotesi era data dalla sostituzione del legislatore al giudice. La Corte l'aveva già esclusa nei casi in cui la legge avesse compreso in via generale una condanna già inflitta tra i requisiti negativi per lo svolgimento di una professione o per l'impiego in determinati settori. Vicenda diversa quella in cui un giuramento di fedeltà era stato richiesto dalla legge per escludere persone di un certo convincimento politico da queste stesse attività: in questo caso la legge aveva previsto un atto formale per discriminare tra gli aventi titolo, mentre nel primo escludeva direttamente un'intera categoria di persone in possesso di un dato requisito. Il criterio andava compreso riguardando lo specifico contesto in cui ogni caso concreto era maturato: da qui la presenza — concedeva la

⁽⁵¹⁾ « The fact of a beneficiary's residence abroad-in the case of a deportee, a presumably permanent residence-can be of obvious relevance to the question of eligibility. One benefit which may be thought to accrue to the economy from the Social Security system is the increased overall national purchasing power resulting from taxation of productive elements of the economy to provide payments to the retired and disabled, who might otherwise be destitute or nearly so, and who would generally spend a comparatively large percentage of their benefit payments. This advantage would be lost as to payments made to one residing abroad ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 612.

⁽⁵²⁾ « Where the source of legislative concern can be thought to be the activity or status from which the individual is barred, the disqualification is not punishment even though it may bear harshly upon one affected ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 614. La Corte si riferiva qui a un suo precedente del 1954, *Galvan v. Press* (347 U.S. 522) in cui aveva ribadito la costituzionalità dell'*Internal Security Act* del 1950, il primo provvedimento che disponeva la deportazione dello straniero che avesse partecipato a attività antiamericane.

Corte — di altri precedenti che sembravano andare in direzione diversa.

Restava però vero che la deportazione dello straniero era stata costantemente ritenuta dalla Corte non come una pena, ma come l'esercizio del potere del Congresso di determinare le condizioni a cui allo straniero poteva essere consentito di vivere e lavorare nel territorio degli Stati Uniti. Allo stesso potere apparteneva ad esempio la statuizione dei criteri per l'esercizio di una professione regolamentata, come, ad esempio, quella di medico. In tutti questi casi, la legge poteva escludere chi fosse incorso in una data condizione, senza che ciò dovesse essere necessariamente inteso come la creazione di una sanzione penale suppletiva⁽⁵³⁾. Non si trattava difatti di comprimere i diritti individuali, quanto di negare un beneficio sorto su una base non contrattuale.

Al rilievo per cui la Sec. 202 *n*) fosse stata adottata con un intento punitivo, la Corte replicava che ciò avrebbe potuto condurre all'incostituzionalità della norma solo ove questa finalità fosse stata evidente, indagine per la quale la semplice analisi degli atti del Congresso non appariva probante. Nel caso di specie, non si poteva ravvisare un evidente intento punitivo nella norma, sia perché essa era stata parte di una più vasta riforma del *Social Security Act*, sia perché non disponeva i motivi per la deportazione, ma faceva solo seguire al relativo provvedimento l'esclusione dal beneficio.

L'argomento fondante di *Flemming v. Nestor* era dunque nel presentare la pensione di vecchiaia come l'oggetto di un'obbligazione non contrattuale — la cui revoca derivava obiettivamente dalla stessa legge col subentrare di un elemento negativo, la perdita della residenza — e non per quello che era evidente che fosse: una sanzione suppletiva alla deportazione, comminata per la stessa causa, il compimento di attività antiamericane.

⁽⁵³⁾ La Corte si rifaceva qui a un suo precedente, *Hawker v. New York* (170 U.S. 189), in cui la sospensione del medico che fosse incorso in una sanzione dall'esercizio della professione veniva qualificato come un fatto incidentale in un procedimento amministrativo finalizzato alla tutela della sanità pubblica. Ne conseguiva che anche la sospensione del trattamento pensionistico dovesse essere riguardata come un « incident » nell'esercizio del potere di regolamentazione del *welfare*, anch'esso visto come funzione integralmente pubblica.

6. *La Corte Suprema contro i suoi precedenti. Lynch v. United States 1933.*

In questi termini, l'opinione della Corte aggrava accuratamente il problema di fondo: posto che la pensione potesse essere negata a chi avesse maturato gli altri requisiti successivamente all'entrata in vigore della norma, poteva per questo essere revocata a chi aveva già maturato il diritto?

Erano questi i temi dell'opinione dissenziente del giudice Black, che si basava su due argomenti: quando Nestor era stato iscritto al Partito Comunista, il fatto non era considerato un reato; la revoca della pensione era stato un esproprio senza compenso di un diritto di proprietà, attraverso una legge retroattiva e in patente violazione del Quinto Emendamento⁽⁵⁴⁾. Questi principi erano stati affermati dalla Corte Suprema in una sua precedente sentenza, *Lynch v. United States* del 1933, a proposito di un precedente schema previdenziale, creato per i reduci della prima Guerra mondiale⁽⁵⁵⁾. La legge parlava specificamente di un'assicurazione rinnovabile di anno in anno a favore del personale militare. Entro cinque anni dalla fine delle ostilità, l'assicurazione avrebbe dovuto essere convertita in una delle forme previste da appositi regolamenti, in caso di disabilità permanente o temporanea al lavoro, su semplice dichiarazione dell'avente diritto e senza visita medica. I regolamenti avrebbero potuto determinare che l'assicurazione venisse convertita nel pagamento di un'indennità dall'età di sessantadue anni. Come il *Social Security Act* del 1935, la legge riservava al Congresso il diritto di riformare o abrogare ogni previsione in essa contenuta. Ciò fu fatto con il c.d. *Economy Act* del 1933, finalizzato alla normalizzazione dei conti pubblici sull'onda lunga della Grande Depressione. Molti beneficiari si trovarono quindi privati di un beneficio sul quale avevano fatto conto per tutta la loro vita, e agirono dinanzi alle corti di merito, le quali negarono però la propria giurisdizione sul presupposto che la domanda degli attori si basava su una norma abrogata. Questo argomento fu mantenuto dalla difesa degli Stati

⁽⁵⁴⁾ *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 621.

⁽⁵⁵⁾ *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571. La legge in questione è il *World War Veterans' Act* del 1924, poi emendato nel 1930.

Uniti dinanzi alla Corte Suprema: il Congresso aveva, come inerente alla sovranità dello stato, il potere di precludere la tutela in giudizio contro il Governo per un diritto che non si era ancora acquisito al patrimonio del titolare ⁽⁵⁶⁾.

La Corte Suprema aveva accolto, in quel caso, il ricorso dei privati. Innanzitutto, le *War Risk Policies* di cui si discuteva erano contratti con gli Stati Uniti in cui la prestazione trovava adeguata *consideration* nei premi pagati. Anche se queste polizze non erano state concluse nel perseguimento di un fine di lucro, esse costituivano una obbligazione legale contro gli Stati Uniti ⁽⁵⁷⁾. La differenza con altri trattamenti previdenziali era nella forma adottata: non la gratuità unilaterale, revocabile a discrezione del Congresso ⁽⁵⁸⁾, ma appunto il contratto bilaterale, che assicurava al sottoscrittore dei *vested rights*, la cui disciplina andava trovata in parte nel testo contrattuale, in parte negli atti normativi che di volta in volta ne avevano regolato le vicende ⁽⁵⁹⁾.

Il Congresso non aveva, a giudizio della Corte, il potere di ridurre l'importo dei benefici, o addirittura di eliminarli, senza violare il Quinto Emendamento. Ogni contratto validamente stipulato era difatti una *property*, che poteva essere espropriata solo mediante giusta compensazione e rispettando il diritto di difesa. In questo caso, al contrario, la sottrazione della proprietà era stata disposta da un inciso di un articolo molto lungo, interamente

⁽⁵⁶⁾ «Petitioner complains that the Act of 1933 has wholly confiscated his rights under an insurance contract by repealing all the laws that grant them; but by the same Act of which he complains, the courts were deprived of all jurisdiction to entertain his complaint». 292 U.S. 573.

⁽⁵⁷⁾ «War Risk Insurance policies are contracts of the United States. As consideration for the Government's obligation, the insured paid prescribed monthly premiums. *White v. United States*, 270 U.S. 175, 180. True, these contracts, unlike others, were not entered into by the United States for a business purpose». 292 U.S. 576.

⁽⁵⁸⁾ «Pensions, compensation allowances and privileges are gratuities. They involve no agreement of parties; and the grant of them creates no vested right. The benefits conferred by gratuities may be redistributed or withdrawn at any time in the discretion of Congress». 292 U.S. 577.

⁽⁵⁹⁾ «On the other hand War Risk policies, being contracts, are property and create vested rights. The terms of these contracts are to be found in part in the policy, in part in the statutes under which they are issued and the regulations promulgated thereunder». 292 U.S. 577.

dedicato alle *gratuity*, in una legge che riguardava la riduzione di capitoli di spesa corrente sul bilancio federale, al fine di « mantenere il credito degli Stati Uniti », per come nella sua intitolazione ⁽⁶⁰⁾. Ciò comportava, a giudizio della Corte, che il Congresso non avrebbe avuto il potere di porre nel nulla obbligazioni contrattuali regolarmente stipulate dagli Stati Uniti: per come aveva stabilito in altra sentenza, questo sarebbe stato un atto di *repudiation* che, lungi dal migliorare il credito degli Stati Uniti, lo avrebbe drasticamente peggiorato ⁽⁶¹⁾.

Privare l'obbligazione nascente da un contratto con gli Stati Uniti di una tutela dinanzi alle sue corti si risolveva nell'estinzione arbitraria del contratto stesso. All'argomento dell'Esecutivo, per cui tale prerogativa rientrava nella sovranità dello Stato, la Corte rispose che esso sarebbe stato valido solo per i contratti stipulati con uno Stato estero, o tra questo e un cittadino ⁽⁶²⁾. Nel caso delle *war risk policy* il Congresso avrebbe avuto il diritto di limitare i rimedi a disposizione del beneficiario, restringendoli a quelli amministrativi e precludendo l'accesso al contenzioso, ma non aveva il diritto di togliere ogni tutela, con l'effetto di elidere un diritto quesito di chi aveva pagato le polizze con la propria contribuzione.

Il contrasto tra i principi di *Lynch v. United States* e le scelte della maggioranza del collegio in *Flemming v. Nestor* non poteva

⁽⁶⁰⁾ 292 U.S. 580.

⁽⁶¹⁾ « Congress was free to reduce gratuities deemed excessive. But Congress was without power to reduce expenditures by abrogating contractual obligations of the United States. To abrogate contracts, in the attempt to lessen government expenditure, would be not the practice of economy, but an act of repudiation. 'The United States are as much bound by their contracts as are individuals. If they repudiate their obligations, it is as much repudiation, with all the wrong and reproach that term implies, as it would be if the repudiator had been a State or a municipality or a citizen'. Sinking-Fund Cases, 99 U.S. 700, 719 ». 292 U.S. 580.

⁽⁶²⁾ « Contracts between individuals or corporations are impaired within the meaning of the Constitution whenever the right to enforce them by legal process is taken away or materially lessened. A different rule prevails in respect to contracts of sovereigns. Compare *Principality of Monaco v. Mississippi*, ante, p. 313. 'The contracts between a Nation and an individual are only binding on the conscience of the sovereign and have no pretensions to compulsive force. They confer no right of action independent of the sovereign will'. The rule that the United States may not be sued without its consent is all embracing ». 292 U.S. 580-581.

essere, per il giudice Black, più evidente. Nel 1935 la Corte aveva attribuito al trattamento pensionistico la natura di un diritto nascente da un contratto, che traeva la propria causa dai pagamenti fatti dal beneficiario, intendendo il rapporto tra questo e l'amministrazione in tutto eguale a quello che si sarebbe instaurato con un'assicurazione privata. Nel 1959, la Corte negava questo stesso diritto sul presupposto di assicurare flessibilità al sistema dinanzi alle nuove condizioni dell'economia, togliendo agli individui il diritto per cui avevano pagato, cosa che non sarebbe mai stata ammessa per nessuna assicurazione privata. La flessibilità del sistema, continuava l'opinione dissenziente, poteva essere certo perseguita eliminando o riducendo il trattamento pensionistico per il futuro, non certo pregiudicando chi aveva già acquisito il corrispondente diritto ⁽⁶³⁾.

La soluzione della Corte implicava soprattutto — a giudizio di Black — una lettura fortemente arbitraria del Quinto Emendamento. La Corte in *Flemming v. Nestor* sosteneva il potere del Congresso di escludere dal trattamento pensionistico categorie di individui, pure assoggettate all'obbligo contributivo, a condizione che questo potere non venisse esercitato in modo da costituire una discriminazione « patentemente arbitraria, priva di giustificazione razionale ». Così facendo, sempre secondo l'opinione dissenziente del giudice Black, la Corte da un lato aveva dato del Quinto Emendamento una lettura puramente formale della tutela dei diritti inviolabili del Bill of Rights, dall'altro ne aveva condizionato l'applicazione a un criterio arbitrario di ragionevolezza del provvedimento legislativo ⁽⁶⁴⁾. In questi termini, si giungeva a sanzionare non una qualsiasi elisione dei diritti quesiti, ma solo quegli atti che, a arbitrario giudizio della Corte, fossero arbitrari e irrazionali, intervenendo sostanzialmente i termini della questione e, cosa che più contava, entrando nella sfera del potere legislativo.

⁽⁶³⁾ « I cannot believe that any private insurance company in America would be permitted to repudiate its matured contracts with its policyholders who have regularly paid all their premiums in reliance upon the good faith of the company ». *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 624.

⁽⁶⁴⁾ « I cannot agree, however, that the Due Process Clause is properly interpreted when it is used to subordinate and dilute the specific safeguards of the Bill of Rights, and when 'due process' itself becomes so wholly dependent upon this Court's idea of what is 'arbitrary' and 'rational' ». 363 U.S. 625.

L'esclusione dal beneficio comminata a Nestor era dunque una sanzione, e come tale doveva essere giudicata. La sua incostituzionalità era a quel punto palese, secondo il giudice Black, per come la Corte aveva già stabilito a riguardo di altre disposizioni del vario complesso normativo uscito dal periodo della « caccia alle streghe » (65).

7. *Flemming v. Nestor nella giurisprudenza successiva. Un'applicazione non uniforme del principio della gratuity.*

La Corte non seguì uniformemente i principi di *Flemming v. Nestor*. Un'analisi delle decisioni successive rivela, al contrario, un andamento fortemente ambivalente sul diritto acquisito al trattamento previdenziale come *property*, soprattutto per quanto riguarda il profilo del *Due Process of Law*.

Nel 1970 la Corte si pronunciò contro l'amministrazione in *Goldberg v. Kelly*, con argomentazioni per più versi speculari a quelle usate in *Nestor* (66). In giudizio veniva non la pensione di vecchiaia, ma l'assistenza ai bambini disabili e il programma di abitazione sociale per gli indigenti. La differenza non era di poco momento: mentre la pensione di vecchiaia era pagata dal lavoratore e dal datore di lavoro, questi programmi assistenziali gravavano in tutto sulla fiscalità generale, senza alcuna partecipazione del beneficiario (67). Per entrambi i programmi, la legislazione affermava il

(65) « A basic constitutional infirmity of this Act, in my judgment, is that it is a part of a pattern of laws all of which violate the First Amendment out of fear that this country is in grave danger if it lets a handful of Communist fanatics or some other extremist group make their arguments and discuss their ideas. This fear, I think, is baseless. It reflects a lack of faith in the sturdy patriotism of our people and does not give to the world a true picture of our abiding strength. It is an unworthy fear in a country that has a Bill of Rights containing provisions for fair trials, freedom of speech, press and religion, and other specific safeguards designed to keep men free. I repeat once more that I think this Nation's greatest security lies, not in trusting to a momentary majority of this Court's view at any particular time of what is 'patently arbitrary,' but in wholehearted devotion to and observance of our constitutional freedoms ». 363 U.S. 628.

(66) *Goldberg, Commissioner of Social Services of the City of New York v. Kelly et al.* 397 U.S. 254.

(67) Nella specie, lo Aid to Families with Dependent Children (AFDC) era una parte del *Social Security Act* del 1935. Veniva finanziato da un apposito capitolo di spesa

potere dell'amministrazione di interrompere l'assistenza senza previo avviso. Il beneficiario aveva il diritto di chiedere solo dopo la sospensione del beneficio un'udienza ove esporre il proprio caso e dimostrare di essere ancora in possesso dei requisiti per riceverlo.

La Corte precisava pertanto la questione negli stessi termini in cui la difesa di Ephram Nestor aveva fatto con le proprie conclusioni: se fosse costituzionalmente legittimo privare un soggetto di una proprietà senza un regolare processo, che avrebbe dovuto tenersi prima, e non dopo, l'adozione del provvedimento ⁽⁶⁸⁾. La Corte di merito aveva giudicato ciò incostituzionale, considerando che il grave pregiudizio arrecato al beneficiario superava, nei termini di un giusto bilanciamento, l'interesse dell'amministrazione a proteggere l'equilibrio dei conti pubblici.

La Corte Suprema accettava come principio generale che taluni « *governmental benefits* » avrebbero potuto essere cessati in via amministrativa senza necessità di una previa udienza che desse modo al beneficiario di esporre le proprie ragioni. Ciò non era vero per i trattamenti di *welfare*, i quali avevano necessità — per propria natura — di tale passaggio, la cui assenza avrebbe comportato la violazione della *Due Process Clause*, non sulla base del Quinto Emendamento, ma del Quattordicesimo, che, introdotto nel 1868, proibisce agli Stati federati la discriminazione tra cittadini sulla base di una condizione personale come la razza. Non era dubbio che i beneficiari dell'assistenza gratuita fossero una classe di cittadini esposti alla discriminazione dalla brusca interruzione del beneficio: da questo dipendeva infatti la loro stessa sussistenza, e la loro condizione avrebbe reso difficile ricevere tutela a posteriori ⁽⁶⁹⁾.

federale e erogato dai singoli Stati. Lo Home Relief Program su cui la Corte si pronunciò era amministrato e finanziato dallo Stato di New York, con una legge del 1967.

⁽⁶⁸⁾ « The constitutional issue to be decided, therefore, is the narrow one whether the Due Process Clause requires that the recipient be afforded an evidentiary hearing before the termination of benefits ». 397 U.S. 260.

⁽⁶⁹⁾ « But we agree with the District Court that when welfare is discontinued, only a pre-termination evidentiary hearing provides the recipient with procedural due process. [...] For qualified recipients, welfare provides the means to obtain essential food, clothing, housing, and medical care. [...] Thus the crucial factor in this context — a factor not present in the case of the blacklisted government contractor, the discharged government employee, the taxpayer denied a tax exemption, or virtually anyone else

L'interesse del Governo non si sarebbe dovuto limitare, per questo, al solo rispetto dell'equilibrio finanziario. Sin dalla sua fondazione, il principale mandato della Nazione americana era stato quello di « tutelare la dignità e il benessere di tutte le persone residenti nei propri confini ». L'ordinamento aveva riconosciuto che la povertà era causata da forze fuori dal controllo dei poveri: questa certezza aveva influenzato drasticamente lo sviluppo del sistema di assistenza pubblica, facendo del *welfare* uno strumento fondamentale di cittadinanza, integrando nelle comunità soggetti che ne sarebbero stati prima esclusi.

Per la pura assistenza si ripeteva, su basi diverse, l'argomento valido per la previdenza a seguito di contribuzione: non si trattava di carità gratuita, ma di un mezzo per promuovere il benessere pubblico e assicurare la libertà alla presente generazione e a quelle successive. L'amministrazione non contestava questi principi nel proprio appello, ma sosteneva fosse prevalente l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, che giustificava l'immediata sospensione del beneficio assistenziale non appena nota una causa che l'avesse imposta per legge. La massima parte delle revoche non veniva contestata — proseguiva la difesa pubblica — e così lo strumento dell'udienza a sola richiesta dell'interessato salvaguardava i conti dell'amministrazione, non imponendole l'organizzazione di inutili *hearings*.

La Corte Suprema condivideva però l'opinione della Corte Distrettuale: lo Stato non era senza risorse nell'organizzare un sistema che salvaguardasse la *Due Process Clause* minimizzandone i costi ⁽⁷⁰⁾. Occorreva considerare, a tal proposito, che l'obbligo costituzionale avrebbe potuto essere assolto anche senza organizzare veri e propri processi. Era solo importante che all'interessato venisse data un'opportunità di essere ascoltato efficacemente. Questa, d'altro canto, avrebbe dovuto essere conformata sulle specifiche esi-

whose governmental entitlements are ended — is that termination of aid pending resolution of a controversy over eligibility may deprive an eligible recipient of the very means by which to live while he waits. Since he lacks independent resources, his situation becomes immediately desperate. His need to concentrate upon finding the means for daily subsistence, in turn, adversely affects his ability to seek redress from the welfare bureaucracy ». 397 U.S. 264.

⁽⁷⁰⁾ 397 U.S. 266.

genze delle persone che normalmente chiedevano assistenza, per le quali sarebbe stato molto più facile esporsi pianamente a voce che protocollare atti scritti in linguaggio tecnico.

È significativo che la Corte non facesse alcuna menzione di *Flemming v. Nestor*, mentre riprendeva un suo precedente dello stesso anno, *Greene v. McElroy*, per riaffermare il principio per cui, tutte le volte in cui l'azione del governo importasse una seria lesione dei diritti individuali, vi fosse l'obbligo di esporne previamente al singolo i motivi, in modo che questi potesse provarne l'inconsistenza ⁽⁷¹⁾.

In questo modo, la Corte invertiva i termini della questione: mentre in *Nestor* il problema era quello di segnare i limiti entro cui il potere del Congresso poteva dirsi legittimamente espresso, sfuggendo alla censura di arbitrarietà, in *Goldberg v. Kelly* si trattava di dettare positivamente degli standard minimi entro cui il legislatore avrebbe dovuto operare.

Il conflitto con le tesi espresse in *Flemming v. Nestor* non avrebbe potuto essere più evidente. In *Goldberg v. Kelly* il diritto all'assistenza gratuita a totale carico dello Stato era un diritto quesito sulla base dei principi costituzionali che imponevano il sistema di *welfare*, mentre in *Flemming v. Nestor* il pagamento dei contributi era solo uno tra i presupposti per la concessione di una *gratuity*, che poteva essere revocata a piacimento dall'amministrazione, col solo limite dell'arbitrarietà.

Non si trattava però di un definitivo cambio di giurisprudenza. I principi di *Flemming v. Nestor* fecero la loro comparsa nel 1971 in *Richardson v. Belcher* ⁽⁷²⁾ e di nuovo nel 1975 in *Weinberger v. Salfi* ⁽⁷³⁾.

Nella prima decisione, il beneficiario era rimasto totalmente inabile per un incidente sul lavoro. Alla pensione federale del *Social*

⁽⁷¹⁾ *Greene v. McElroy*, 360 U.S. 474 (1959): « Certain principles have remained relatively immutable in our jurisprudence. One of these is that where governmental action seriously injures an individual, and the reasonableness of the action depends on fact findings, the evidence used to prove the Government's case must be disclosed to the individual so that he has an opportunity to show that it is untrue ».

⁽⁷²⁾ *Richardson, Secretary of Health, Education, and Welfare v. Belcher*, 404 U.S. 78.

⁽⁷³⁾ *Weinberger, Secretary of Health, Education, and Welfare, et al. v. Salfi et al.*, 422 U.S. 749.

Security Act aggiungeva quella derivante da un programma specifico del suo Stato, per il quale il suo datore di lavoro aveva pagato un'ulteriore contribuzione. Nel 1969, l'assegno federale gli venne decurtato nella misura di quanto percepito dallo Stato di residenza, in applicazione della Sec. 224 del *Social Security Act*, introdotto poco prima. Iniziò quindi una causa presso la Corte Distrettuale, assumendo di aver subito la lesione dei suoi diritti sotto il Quinto Emendamento, non essendogli stata data la possibilità di provare la criticità delle sue condizioni. Il giudice di primo grado accolse il ricorso, affermando l'incostituzionalità della Sec. 224.

Nella seconda decisione veniva alla Corte la norma del *Social Security Act* che, nel testo dell'epoca, escludeva la reversibilità della pensione di vecchiaia al coniuge e al figlio adottivo che fossero divenuti tali a meno di nove mesi dal decesso del beneficiario. Lo scopo era quello di evitare la perpetuazione fraudolenta del trattamento pensionistico con matrimoni e adozioni di comodo. L'appellata si era vista così negare la reversibilità della pensione del marito che, in buone condizioni di salute al momento del matrimonio, era stato colto da infarto un mese dopo le nozze e sarebbe deceduto cinque mesi dopo. Aveva introdotto una *class action* in una Corte Distrettuale federale in rappresentanza di tutti i soggetti in eguale posizione, affermando l'incostituzionalità della norma, la quale non prevedeva l'accertamento in concreto delle circostanze in cui il matrimonio era stato concluso. L'argomento era stato sostanzialmente accolto dalla Corte Distrettuale, che aveva ritenuto che la norma sui nove mesi minimi di matrimonio introducesse un'indebita presunzione assoluta di frode ⁽⁷⁴⁾.

In entrambi i casi, il tema della decisione non era dissimile da quanto accolto poco prima in *Goldberg v. Kelly*: se fosse costituzionalmente legittimo escludere dal beneficio una classe di persone senza consentire ai singoli un *fair hearing* in cui poter dimostrare in concreto la loro perdurante legittimazione a ottenerlo.

In *Richardson v. Belcher* la Corte riprese i principi di *Flemming v. Nestor*, affermando che dalla circostanza per cui un trattamento

⁽⁷⁴⁾ Basandosi su precedenti della Corte Suprema: *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1973) e *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972).

pensionistico fosse stato almeno in parte pagato dal lavoratore e dal datore di lavoro non poteva inferirsi una *property* per il beneficiario (75). Il Congresso manteneva quindi il potere di ridurre o revocare il beneficio a un'intera classe di persone, senza dover conoscere i singoli casi in concreto, perché questa decisione era stata ampiamente giustificata dal Congresso con la necessità di spingere i lavoratori vittime di infortunio a ritornare al lavoro, cosa impossibile finché l'ammontare della pensione fosse stato eguale o addirittura superiore al loro precedente stipendio. I principi di *Flemming v. Nestor*, continuava la Corte, non erano in contrasto con quanto affermato in *Goldberg v. Kelly*, che prendeva in considerazione non il potere del Congresso di ridurre il beneficio, ma una questione totalmente diversa: poterlo revocare senza dare all'interessato la possibilità di essere ascoltato. Qui la parte privata si doleva di una discriminazione tra quei lavoratori disabili che ricevevano una compensazione a carico del settore pubblico e quelli che la ricevevano dal settore privato, per aver sottoscritto una polizza complementare, i quali non erano toccati dalla decurtazione. Questa distinzione non era irrazionale, per come aveva invece ritenuto la Corte Distrettuale, perché il pagamento dei contributi nel caso del programma pubblico non faceva assumere al corrispondente trattamento una natura assicurativa (76). Si trattava pertanto di due cose diverse, e come tali erano state trattate dal Congresso.

In *Weinberger v. Salfi* la Corte andò oltre. Questa volta, a non essere citata fu *Goldberg v. Kelly* e, più in radice, tutti i precedenti che avevano garantito il diritto a un *fair hearing* sulla base del Quattordicesimo emendamento furono esclusi dalla Corte. A suo giudizio, esse non erano rilevanti nel caso, poiché avevano preso in

(75) « The fact that social security benefits are financed in part by taxes on an employee's wages does not in itself limit the power of Congress to fix the levels of benefits under the Act or the conditions upon which they may be paid. Nor does an expectation of public benefits confer a contractual right to receive the expected amounts ». 404 U.S. 80.

(76) « But there is no controversy over procedure in the present case, and the analogy drawn in *Goldberg* between social welfare and 'property,' 397 U. S., at 262 n. 8, cannot be stretched to impose a constitutional limitation on the power of Congress to make substantive changes in the law of entitlement to public benefits ». *Richardson v. Belcher*, 404 U.S. 81.

esame questioni giuridiche diverse da quella in discussione: la pretesa di ricevere fondi pubblici su base non contrattuale come diritto costituzionalmente garantito ⁽⁷⁷⁾. Qui gli appellanti erano stati liberi di dimostrare il possesso dei requisiti per ottenere la reversibilità della pensione: non essendoci riusciti, avrebbero solo potuto invocare l'irrazionalità dei requisiti richiesti verso il fine che la legge si proponeva di conseguire, in modo tale da privarli di un beneficio assicurato a chi soddisfaceva i requisiti stessi. Ciò non era, nel caso di specie, perché il Congresso aveva cercato di risolvere un'esigenza reale — evitare le frodi pensionistiche — imponendo una limitazione generale alla reversibilità al fine di evitare i costi e le difficoltà di un accertamento in concreto. Un approccio al problema che non era finalizzato solo a tutelare i bilanci pubblici, ma anche a evitare ai beneficiari in possesso dei requisiti le lungaggini burocratiche inevitabilmente collegate a una verifica caso per caso. L'azione del Congresso corrispondeva pertanto allo standard di razionalità fissato in *Flemming v. Nestor*, che faceva di nuovo la sua comparsa nel ragionamento della Corte ⁽⁷⁸⁾.

8. Conclusioni.

« *The plaintiffs are not the champions of any rights except their own* ». Per tracciare una conclusione di questo percorso non v'è nulla di meglio di questo inciso che Benjamin Cardozo pose nella motivazione di *Henneford v. Silas Mason* ⁽⁷⁹⁾. La necessità di interpretare sistematicamente la miriade di leggi con cui si costituì il controllo pubblico dell'economia nel *New Deal* portò la giurisprudenza della Corte Suprema a negare il principio stesso su cui si era

⁽⁷⁷⁾ « We hold that these cases are not controlling on the issue before us now. Unlike the claims involved in *Stanley and LaFleur*, a noncontractual claim to receive funds from the public treasury enjoys no constitutionally protected status, *Dandridge v. Williams*, *supra*, though of course Congress may not invidiously discriminate among such claimants on the basis of a 'bare congressional desire to harm a politically unpopular group,' *U. S. Dept. of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 534(1973), or on the basis of criteria which bear no rational relation to a legitimate legislative goal ». 422. U.S. 771-772.

⁽⁷⁸⁾ 422 U.S. 768.

⁽⁷⁹⁾ *Supra*, nt. 30.

edificata la vicenda costituzionale statunitense: l'egoismo proprietario. Il concetto della proprietà privata come immunità sovrana dell'individuo rispetto allo Stato viene distrutto allorché si sostiene che il proprietario, per essere ascoltato da un giudice, dovrebbe difendere il proprio diritto in nome di un interesse diverso dal proprio.

Che questo schema riesca a trovare una giustificazione formale per una «tassa o accisa per il privilegio di usare una proprietà personale»⁽⁸⁰⁾, come nella legge dello Stato di Washington sotto giudizio in quella sentenza, è quantomeno dubbio. Il punto è che questo schema apre delle contraddizioni insanabili nel sistema costituzionale una volta applicato alla proprietà del lavoratore sul suo salario, come accade quando alla decurtazione dello stesso col prelievo dei contributi non corrisponde un suo diritto ricevere il pagamento della pensione, in misura almeno pari alle somme versate. Una dinamica ineliminabile dal sistema pensionistico del *Social Security Act*, che si traduce necessariamente nella distruzione dell'idea stessa di proprietà privata, la quale svanisce nel «gigantesco sifone» che trasforma il prodotto del lavoro in ricchezza elargita dal potere pubblico⁽⁸¹⁾.

E tutto torna all'epitaffio da cui siamo partiti.

⁽⁸⁰⁾ «A tax or excise for the privilege of using within this state any article of tangible personal property purchased subsequent to April 30, 1935». *Henneford v. Silas Mason Co.*, 577 U.S. 300.

⁽⁸¹⁾ Come nella famosa definizione di REICH, *The New Property*, cit., p. 734.

ILARIA PAVAN

« LA TOPPA È PEGGIORE DEL MALE ».
VISIONI E DIBATTITI SULLA SICUREZZA SOCIALE
NELL'ITALIA DEL SECONDO DOPOGUERRA

1. Un giudizio del 1959. — 2. Parole, parole, parole. — 3. « La toppa è peggiore del male ». — 4. Da Lavoratori a cittadini? — 5. Sicurezza sociale e redistribuzione, ovvero il problema fiscale.

La letteratura sul 'welfare state all'italiana' ⁽¹⁾ ha da tempo messo in evidenza caratteri e disfunzioni del sistema di protezione sociale che ha preso corpo in Italia al termine della seconda guerra mondiale. Si è trattato di una produzione dominata dal metodo e dal linguaggio delle scienze sociali in cui l'apporto fornito dagli storici è stato nel complesso marginale ⁽²⁾. Le conclusioni sono unanimi: nel corso dei decenni post-bellici il *welfare state* italiano ha assunto connotati corporativo-clientelari, che hanno generato « labirinti distributivi senza pari in Europa » ⁽³⁾, causando pesanti distorsioni nel grado di protezione assicurata alle diverse categorie di lavoratori-cittadini. Determinante — si è scritto — è stato il condizionamento politico legato all'utilizzo elettorale che i partiti hanno fatto di questi temi, che ha finito per disegnare un edificio tanto squilibrato nelle prestazioni quanto finanziariamente irresponsabile. La più

⁽¹⁾ Rimando al pionistico studio, e per alcuni aspetti ancora attuale, *Welfare state all'italiana*, a cura di Ugo Ascoli, Roma-Bari, Laterza, 1984.

⁽²⁾ Sulla sottovalutazione da parte degli storici di questi temi cfr. P. POMBENI, *Prefazione* a G. RITTER, *La storia dello stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. X; I. PAVAN, *Un welfare senza storia*, in « Storica », 20 (2014), 60, pp. 155-171.

⁽³⁾ M. FERRERA, V. FARGION, M. JESSOLA, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e sviluppo di un modello sociale squilibrato*, Venezia, Marsilio, 2012, p. 323.

recente ricostruzione sulla storia del nostro modello di stato sociale ⁽⁴⁾, ha poi individuato negli anni Cinquanta, e nelle caratteristiche della competizione partitico-parlamentare ingaggiata allora da DC e PCI, lo snodo da cui ha avuto origine la distorsione qualitativa e quantitativa del sistema, proseguita con moto inerziale nei decenni successivi.

Se la lettura del nostro stato sociale post-bellico è stata chiarita nelle sue coordinate complessive, manca ancora un esame di quali sono stati gli aspetti teorici, ideativi, nonché le valutazioni che i protagonisti del tempo hanno dato sull'edificio, in costruzione, del *welfare* italiano. Quali sono stati i tempi, i contenuti, i protagonisti dei dibattiti su questi temi? Quanto è stato presente il confronto con le esperienze internazionali? E ancora, come fu impostato il rapporto tra politiche sociali e politiche fiscali?

Nelle pagine che seguono sarà data una prima ricostruzione dei dibattiti sulla sicurezza sociale, con particolare attenzione verso gli attori politici e istituzionali che animarono quel confronto. Saranno messe in evidenza le accezioni e i contenuti che, nel corso degli anni postbellici, la formula 'sicurezza sociale' assunse per chi se ne fece portavoce e il livello di consapevolezza degli attori in campo circa la complessa macchina del *welfare state* ⁽⁵⁾.

L'analisi si ferma al 1964. In quell'anno cominciava a coagularsi un discorso, e un'azione legislativa, volta a legare i problemi della sicurezza sociale ai temi della riforma fiscale: il governo varava infatti un provvedimento indirizzato ad una prima, assai parziale, fiscalizzazione degli oneri sociali ⁽⁶⁾. Da qualche mese si era inoltre insediata la commissione di studio per la riforma del sistema tribu-

⁽⁴⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁾ Una panoramica dei diversi approcci e definizioni della sicurezza sociale tra anni Quaranta e Cinquanta del Novecento in G. VICTOR, *Social security: Beveridge and after*, London, Routledge, 1998, pp. 1-11. Con una ricca bibliografia coeva, F.A. HAYEK, *The constitution of liberty: the definitive edition*, a cura di Ronald Hamowy, Chicago, University of Chicago Press, 2011, pp. 405-429.

⁽⁶⁾ Per fiscalizzazione degli oneri sociali si intende il trasferimento in via permanente a carico della fiscalità generale del finanziamento, o di parte del finanziamento, di talune forme di sicurezza sociale.

tario (7), il cui lavoro si collegava al tema del *welfare state* attraverso il tentativo di impostare il finanziamento delle spese previdenziali anche tramite la fiscalità generale. Nel 1963 il CNEL aveva poi presentato al governo le proprie *Osservazioni e proposte sulla riforma della Previdenza Sociale* (8), un articolato intervento che proponeva, oltre ad una disamina analitica della situazione previdenziale italiana e della sua storia, alcuni significativi correttivi da introdurre per avviare il paese verso un più compiuto sistema di sicurezza sociale. Nel dicembre del 1963, infine, la formazione del governo Moro inaugurava ufficialmente l'esperienza del centro-sinistra.

1. *Un giudizio del 1959.*

Nell'inverno del 1959, sulla rivista dell'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie (INAM) compariva l'articolo *Che cosa ci separa dalla sicurezza sociale* (9). L'autore era Mario Alberto Coppini, un personaggio oggi non noto a più che rappresentava allora uno dei protagonisti, e dei principali conoscitori, dello stato sociale italiano. Sin dal 1944 tra le voci vicine alla Democrazia Cristiana impegnate nell'elaborazione di progetti di riforma della previdenza, alla fine degli anni Cinquanta Coppini aveva alle spalle una pluriennale esperienza nel campo delle assicurazioni sociali, come accademico e come tecnocrate (attuario dell'INPS dal 1938 al 1950; presidente dell'ENPDEP (10) dal 1950 al 1958, fu nominato in quell'anno presidente dell'INAM, carica mantenuta sino al

(7) *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, a cura di C. Cosciani, Milano, Giuffrè, 1964; ID., *La riforma fiscale in Italia*, Milano, Franco-Angeli, 1967; cfr. inoltre « *Economia Pubblica* », 2014, 3, dedicato a Cosciani e ai lavori della commissione per la riforma tributaria.

(8) Lo studio fu commissionato al CNEL dal governo Fanfani-ter nel maggio del 1961. Il testo del rapporto è consultabile al sito http://www.cnel.it/53?shadow_documenti=17594.

(9) M.A. COPPINI, *Che cosa ci separa dalla sicurezza sociale*, in « *I problemi della Sicurezza Sociale* », 14 (marzo-aprile 1959), 2, pp. 3-20. Dall'articolo sono tratte tutte le citazioni che seguono.

(10) L'Ente Nazionale di Previdenza per i Dipendenti da Enti di Diritto Pubblico, primo tra gli enti fascisti dedicato alla previdenza del pubblico impiego, fu istituito nel 1928.

1967) ⁽¹¹⁾. Con queste parole lo studioso giudicava lo scenario italiano:

Mi sia consentito di esordire con una constatazione spiacevole: in Italia, nei quindici anni di vita della nostra giovane democrazia, si sono fatti progressi notevoli nel campo previdenziale, sia estendendo la tutela sia potenziando l'efficienza delle prestazioni, progressi che ci avvicinano alla spesa massima ragionevolmente sostenibile nelle nostre condizioni economiche per un completo regime di previdenza e assistenza, ma non si è realizzata la sicurezza sociale, con un danno, a mio giudizio, non lieve per i fini politici e psicologici che in uno Stato moderno si intendono perseguire attraverso una legislazione ispirata ai suddetti principi.

Ad una valutazione negativa della situazione italiana Coppini univa una diagnosi circa le ragioni che tenevano il paese ancora lontano dall'obiettivo della sicurezza sociale: ai contrasti d'interesse che rendevano « difficile ogni scelta politica importante, si [erano] aggiunte la confusione di idee, l'ignoranza dei fatti e dei dati, il disorientamento dell'opinione pubblica ». Tutto ciò aveva paralizzato le iniziative riformatrici avallando sino a quel momento soltanto « soluzioni irrazionali e di ripiego ». Secondo Coppini, in particolare:

I nemici della sicurezza sociale si sono valse di due armi potenti e di una formidabile alleanza: l'arma sottile dell'equivoco sul significato di tale locuzione [sicurezza sociale, ndr] e l'altra, non meno efficace, dell'ipotetica sussistenza di ostacoli economici insormontabili; l'alleanza con la demagogia di coloro che, in posizione opposta, intralciano ogni serio proposito di riforma con richieste assurde sia sul piano tecnico che su quello finanziario.

Equivoci, demagogia, confusione di idee, supposti ostacoli economici erano dunque, alla fine degli anni Cinquanta, alla base

⁽¹¹⁾ M.A. Coppini (1913-2001), laureato in economia, dal 1941 fu docente di Tecnica Attuariale delle Assicurazioni Sociali presso la Facoltà di Scienze Statistiche, Demografiche ed Attuariali dell'Università di Roma. Autore, già nel 1945, dello studio *Prime valutazioni sul costo di un piano Beveridge per l'Italia*, secondo dei sei volumi della collana *I problemi della ricostruzione* promossa dalla DC, nel 1948 fu chiamato da Fanfani, allora Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, a calcolare i costi del progetto di riforma del sistema previdenziale elaborati dalla Commissione D'Aragona. Dal 1949 fu membro del Comitato di Esperti della Sicurezza Sociale dell'ILO e dell'International Social Security Association. Per un suo profilo e un elenco completo della sua produzione vedi al sito <http://www.marioalbertocoppini.it/Biblioteca%20Coppini/>.

delle difficoltà e delle lentezze con cui il paese affrontava la costruzione di un sistema di *welfare*. La lettura di Coppini partiva dalla chiarificazione di cosa si dovesse intendere con la formula «sicurezza sociale», sulle cui accezioni non vi era né unanimità né chiarezza. Per lo studioso, la sicurezza sociale doveva «limitar[si] a quelle provvidenze che lo Stato pone in atto quando il reddito del cittadino, per eventi individuali ed indipendenti dalla sua volontà, viene a mancare o si riduce in misura sensibile, ovvero risulta insufficiente». Qualcosa di più dunque, e di più ampio, della previdenza sociale, qualcosa di meno di quello «stato del benessere, che [era] lo scopo di tutta la politica sociale». Per essere tale, la sicurezza sociale doveva rispondere ad alcuni requisiti: il campo dei soggetti doveva essere esteso a tutti i cittadini, le prestazioni dovevano essere fissate con criteri uniformi, il finanziamento doveva avvenire, almeno per una parte, attraverso «la contribuzione di tutti i cittadini in relazione al reddito goduto», doveva cioè essere posto in parte a carico della fiscalità generale. Date queste premesse, terminologiche e concettuali, non vi erano dubbi che alla fine degli anni Cinquanta un tale sistema in Italia non esistesse:

Ciascuno dei requisiti citati manca o non emerge con sufficiente rilevanza: mancano l'unità legislativa e la uniformità delle prestazioni e dei soggetti [...] Di fronte a categorie con uno schermo previdenziale addirittura 'corazzato', esistono gruppi, spesso di modestissime capacità economiche, privi di ogni tutela anche nelle vicende più gravi della vita. [...] Infine, l'apporto dello Stato, e quindi, la ripartizione delle spese con i criteri fiscali, concerne per ora un'aliquota trascurabile dell'intero bilancio previdenziale italiano, che è in sostanza finanziato con contribuzioni proporzionali ai salari.

Le difficoltà che si opponevano all'obiettivo della sicurezza sociale non erano né di ordine economico né di ordine giuridico, «ma piuttosto di natura politica, per le ovvie resistenze che si incontrano ogni qualvolta si riducano prestazioni già concesse». Nella valutazione del presidente dell'INAM, alla vigilia degli anni Sessanta l'obiettivo della sicurezza sociale era dunque in l'Italia ancora lontano; ciò era soprattutto evidente riguardo l'assistenza sanitaria: in base ai dati degli stessi enti previdenziali, a quella data 14 milioni di cittadini (circa il 30% della popolazione) non erano ancora coperti dell'assistenza ospedaliera generica e ben 16.5 milioni

erano privi dell'assicurazione contro la tubercolosi. Circa 1 milione e mezzo, inoltre, le persone con un'età pari o superiore ai 65 anni che non avevano accesso a pensioni dirette o di reversibilità. Alla vigilia del nuovo decennio, due esigenze avevano dunque per Cop-pini assoluta priorità: « assicurare a tutti i cittadini almeno l'assistenza ospedaliera gratuita e garantire a coloro che sono inabili e al lavoro e non possiedono mezzi di sussistenza, una pensione minima ».

A confermare la non rosea situazione delineata dallo studioso erano del resto anche le cifre fornite dall'International Labour Organization: nel biennio 1959-1960 la spesa pro-capite per la sicurezza sociale vedeva l'Italia in coda (preceduta dal solo Portogallo) tra i quindici paesi presi come riferimento per l'indagine dell'ILO, confermando quanto era già emerso attraverso un analogo studio condotto per il periodo 1949-50 ⁽¹²⁾.

2. *Parole, parole, parole.*

Pochi argomenti come quello della riforma dello stato sociale hanno prodotto in Italia un tale fiume di proposte negli anni successivi al secondo conflitto mondiale. Sono state quattordici le commissioni di studio costituite in sede governativa tra 1944 e 1962; tra queste la più nota è la *Commissione per la riforma della previdenza sociale*, conosciuta come Commissione d'Aragona, attiva dall'estate del 1947 all'inverno del 1948 in seno al Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale ⁽¹³⁾. Cinque gli interventi del CNEL tra 1959 e 1963, tre le inchieste parlamentari riguardanti temi affini o

⁽¹²⁾ ILO, *Le coût de la sécurité sociale*, Genève, anni 1949-1954, 1958-60. Nel 1951 era la Francia il paese con la maggiore spesa pro-capite per la sicurezza sociale, seguita da Svezia, Belgio e Gran Bretagna. A fine decennio la Svezia diveniva la capofila, seguita dalla Repubblica Federale Tedesca, da Belgio e Francia.

⁽¹³⁾ *Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale. Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, Roma, 1949. Sulla Commissione si veda P. MATTERA, *All'alba della Repubblica: i progetti di riforma sociale degli anni quaranta e la « commissione d'Aragona »*, in *Momenti del welfare in Italia. Storiografia e percorsi di ricerca*, a cura di Id., Roma, Viella, 2012.

complementari ⁽¹⁴⁾, decine i convegni di studio nazionali dedicati al tema ⁽¹⁵⁾.

Né si possono dimenticare i momenti ‘costituenti’ del dibattito, che hanno avuto il loro epicentro nelle discussioni della *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, nota come Commissione Pesenti, nata sotto l’ala del Ministero per la Costituente nel gennaio del 1946 (in particolare l’attività della III Sottocommissione, *Lavoro e previdenza sociale*, presieduta dal comunista Antonio Pesenti) ⁽¹⁶⁾, sino ad arrivare ai dibattiti in seno all’Assemblea Costituente relativi alla stesura dell’articolo 38 della Costituzione, l’articolo più esplicitamente collegato ai temi della previdenza e dell’assistenza. A ciò si sommano le discussioni parlamentari in occasione della presentazione di disegni di legge o del bilancio del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale. Letteralmente torrentizio è poi l’aspetto normativo: nelle prime quattro legislature repubblicane

⁽¹⁴⁾ Si tratta delle inchieste sulla disoccupazione (1951-1954), sulla miseria (1951-1954) e sulla condizione dei lavoratori (1955-1958), presiedute rispettivamente dai socialdemocratici Roberto Tremelloni ed Ezio Vigorelli e dal democristiano Leopoldo Rubinacci. L’inchiesta sulla condizione dei lavoratori, in particolare, riservava ampio spazio all’analisi della situazione previdenziale e assistenziale (si vedano i volumi XI, XII e XIII, XIV, consultabili al sito <http://www.senato.it/Leg2/4389>). Per vent’anni il fascismo aveva abolito lo studio e il dibattito sui problemi sociali; le inchieste degli anni Cinquanta segnarono dunque il ritorno del parlamento a una tradizione liberale d’indagine svolte dal potere legislativo sulle realtà economiche e sociali del paese. Cfr. P. BRAGHIN, *L’inchiesta sulla miseria in Italia*, Torino, Einaudi, 1978; G. FIOCCO, *L’Italia prima del miracolo economico. L’inchiesta parlamentare sulla miseria 1951-1954*, Manduria, Lacaita, 2004.

⁽¹⁵⁾ Ricordiamo il convegno di Tremezzo, nel settembre del 1946, patrocinato dal Ministero dell’Assistenza post-bellica e dall’UNRRA e dedicato alla riforma dell’assistenza sociale; il *Primo convegno nazionale della protezione sociale*, svoltosi a Roma nel febbraio del 1948 con il sostegno del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale; la XIII Settimana Sociale dei cattolici italiani del settembre 1949 sul tema *La Sicurezza Sociale*; il *Convegno nazionale per la protezione sociale dei lavoratori* del febbraio 1953, per iniziativa della CGIL; il *Convegno di studio sui problemi della sicurezza sociale*, promosso dalla CISL nel maggio del 1957; il *Convegno nazionale sulla sicurezza sociale* organizzato, ancora dalla CGIL, nel giugno del 1959; l’incontro promosso dall’Istituto per la Documentazione e gli studi legislativi nel dicembre 1964 sul tema *Fiscalizzazione degli oneri sociali e riforma della previdenza sociale*.

⁽¹⁶⁾ *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, Atti della commissione per lo studio dei problemi del lavoro del Ministero per la Costituente, voll. 1-3, Roma, Stabilimento Tipografico UESISA, 1946.

sono stati ben 5.193 i progetti di legge dedicati a previdenza e assistenza ⁽¹⁷⁾. Infine, non è possibile eludere l'ampia produzione tecnico-giuridica, spesso confinata all'interno delle riviste degli enti previdenziali ⁽¹⁸⁾, di quelle di ambito giuridico-giustiziaristico ⁽¹⁹⁾ o sindacale ⁽²⁰⁾, nonché una dispersa produzione accademica e pamphlettistica ⁽²¹⁾ che testimonia l'estrema 'vitalità' del tema. Tuttavia, come notava il citato rapporto del CNEL del 1963 — ed è un elemento che occorre sottolineare — questa vasta letteratura, che « si era avvalsa largamente degli studi compiuti in campo internazionale dall'International Social Security Association e dall'International Labour Organization, era però rimasta quasi esclusivamente competenza dei tecnici ed esperti del ramo ». Scarsa, soprattutto era risultata « la partecipazione degli economisti che invece nella letteratura anglosassone [avevano] fornito importanti contributi all'approfondimento dei problemi riguardanti l'influenza che contributi e prestazioni di sicurezza sociale esercitano sulla formazione e distribuzione dei redditi, sui consumi, sui risparmi, sugli

⁽¹⁷⁾ Ricerca realizzabile attraverso la stringa « Atti e documenti » del portale storico della camera dei deputati <http://storia.camera.it/#nav>.

⁽¹⁸⁾ « Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali », bimestrale dell'INAIL; nata col nome di « Bollettino » nel 1914 era la decana tra i periodici editi dagli enti previdenziali ed ebbe varie denominazioni; « Previdenza Sociale », rivista dell'INPS nata nel 1925 con il nome di « Le assicurazioni sociali »; « I problemi della Sicurezza Sociale », mensile dell'INAM, aveva iniziato le pubblicazioni nel 1948 con il nome di « I problemi dell'assistenza sociale » (cesserà nel 1979 in seguito alla riforma che darà vita al sistema sanitario nazionale); « Difesa Sociale », organo dell'Istituto Italiano di Medicina Sociale (1922-2009); « Solidarietà Umana », dal 1947 quindicinale degli Enti Comunali di Assistenza.

⁽¹⁹⁾ In particolare, « Rivista Italiana di Previdenza sociale » (1948-1980) e « Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale » (1949-). Per una dettagliata bibliografia tecnico-giuridica cfr. CNEL, *Osservazioni e proposte sulla riforma della Previdenza Sociale*, Roma, 1963, pp. 568-586.

⁽²⁰⁾ « L'Assistenza sociale: problemi della sicurezza sociale e del lavoro » (1947-2003), trimestrale dell'INCA-CGIL; sempre in seno alla CGIL, ricordiamo « Rassegna sindacale » e la breve esperienza (1962-1964), della « Rivista di sicurezza sociale », legata all'iniziativa di Giovanni Berlinguer; si veda inoltre « Lavoro e sicurezza sociale » (1958-1969), trimestrale a cura della Confederazione Italiana Dirigenti d'Azienda.

⁽²¹⁾ Una dettagliata bibliografia è fornita da Mattia PERSIANI, voce *Diritto della sicurezza sociale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. 4, Milano, Giuffrè, 2011, p. 462 e ss.

investimenti ». Non era da escludere, proseguiva il rapporto del CNEL, che « la reticenza mostrata dagli economisti italiani nell'affrontare questi problemi sia stata in gran parte determinata dalla situazione confusa e disordinata della legislazione in materia e dalla conseguente preoccupazione di addentrarsi in un terreno infido » (22).

Per chi voglia orientarsi all'interno di una tale produzione, dispersiva e dai contenuti estremamente tecnici, si tratta di un esercizio di pazienza. L'impressione che complessivamente se ne ricava è di trovarsi di fronte ad un infinito *En attendant Godot*: alla costante deplorazione per la situazione di fatto — filo rosso, a livello retorico, nei vent'anni qui presi in considerazione — e alla conseguente richiesta per urgenti misure in senso razionalizzatore e semplificatorio del sistema di protezione sociale, facevano invece seguito ulteriori avviticchiamenti e sovrapposizioni normative che finivano per andare nella direzione opposta. Inoltre, nel complesso, la discussione su questi temi rivela come dall'immediato dopoguerra, pur in assenza di statistiche e dati precisi (l'ultimo bilancio dell'INPS risaliva al 1942) l'analisi tecnica e le proposte, puntuali e concrete, formulate da accademici o da esponenti delle tecnocrazie previdenziali, non mancarono; al contrario, furono numerose, divenendo con il passare degli anni sempre più accurate e ricche. Così, già nella prima metà degli anni Cinquanta, l'ignoranza dei fatti e dei dati non poteva più essere invocata da nessuno degli attori in campo, tale era la messe di studi su questi temi. Ma tali suggerimenti sembravano non raggiungere o non influenzare le aule parlamentari, dove le questioni della previdenza e dell'assistenza finivano per essere fagocitate dal clima di competizione ideologico-politica propria di quegli anni cui nessuna voce politica, a parte rare eccezioni, sembrava potersi o volersi sottrarre.

3. « *La topa è peggiore del male* ».

A conflitto non ancora concluso, la consapevolezza che l'edi-

(22) CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., p. 584. Tra gli economisti che si erano avvicinati a questi temi venivano ricordati Celestino Arena, Francesco Coppola D'Anna e, soprattutto, Sergio Steve.

fficio dello stato sociale fascista fosse inadeguato e necessitasse di una radicale rifondazione fu diffusa e trasversalmente condivisa dalle diverse forze politiche. Già nel marzo 1944, in occasione di una riunione del consiglio dei ministri, si discusse un documento presentato da Epicarmo Corbino, allora alla guida del dicastero dell'Industria, Commercio e Lavoro. La relazione proponeva la nomina di una Commissione Reale composta da esperti della materia previdenziale ed assistenziale con l'obiettivo di preparare delle proposte che tenessero conto di quanto era già stato fatto in altri paesi:

La complessiva materia delle leggi sulla Previdenza Sociale esige una rapida ed organica riforma che tenga conto non solo della mutata struttura economica del Paese, ma anche delle nuove correnti di idee che sulla questione sociale vanno prendendo piede negli stati economicamente più progrediti [...] Il sistema attuale della previdenza sociale determina infatti delle ineguaglianze nella distribuzione delle ricchezze e del reddito dovute all'influenza che gli oneri previdenziali esercitano sul costo di produzione dei beni. Queste ineguaglianze cominciavano a diventare relativamente meno forti mano a mano che si estendevano i benefici delle forme previdenziali a nuove categorie di lavoratori, ma sono tuttavia ancora molto numerosi coloro i quali, pur contribuendo alla formazione dei fondi su cui sono pagate le prestazioni, non ne hanno alcun beneficio diretto. Sembra, pertanto, giunto il momento in cui si dovrebbe compiere un decisivo passo in questa materia sostituendo alle attuali costose e ineguali forme di previdenza la corresponsione da parte dello stato di pensioni di invalidità e vecchiaia e delle altre forme di prestazioni a tutti i cittadini in condizioni di bisogno, con mezzi prevalenti attraverso il sistema normale delle imposte, integrato eventualmente da qualche imposta speciale di previdenza a base molto ampia ⁽²³⁾.

Obiettivi ambiziosi, dunque: una riforma che fornisse prestazioni « a tutti i cittadini », da realizzarsi « con mezzi prevalenti attraverso il sistema normale delle imposte ». Ma la Commissione reale non fu istituita e cominciò la lunga attesa per la riforma organica del sistema.

Da più parti si riconosceva tuttavia la necessità di procedere con radicalità, proprio in ragione dello stato di dissesto complessivo del sistema che era tale da costituire, per alcuni aspetti, la condizione

⁽²³⁾ Cfr. *Verbali del Consiglio dei ministri: luglio 1943-maggio 1948*, a cura di A.G. Ricci, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1994.

‘ideale’ per una sua completa rifondazione (24). La Commissione Pesenti sollecitava « l’urgenza e la necessità di una profonda riforma » riconoscendo che « proprio perché l’Italia è un paese povero una riforma si impone come indispensabile e utile » (25). Ragionando sulle possibili linee di indirizzo, e constatando come i primi provvedimenti, di carattere inevitabilmente emergenziale, non mostrassero alcun segno di evidente cambiamento di rotta, anche attuari ed esperti di materie previdenziali invitavano a procedere con radicalità e, nel 1946, scrivevano:

La previdenza sociale esige un totale riordinamento in senso organico e semplificatore. L’attuale legislazione in materia è diventata un rompicapo, i suoi congegni tecnici un labirinto, le formule hanno la complessità dell’algebra e dell’algoritmo. Inutile cercare di rammendare e mettere toppe. Il rammendo non tiene e la toppa è peggiore del male (26).

Tuttavia, l’auspicio a procedere con riforme coraggiose non ebbe seguito. Nel 1951, facendo un bilancio di quanto realizzato dai governi nei primi anni post-bellici sulla rivista dell’INPS si poteva leggere un giudizio piuttosto impietoso:

Sei anni di legislazione intensa; rappresentano adattamenti concepiti come rimedi di carattere transitorio ma che, avendo inciso profondamente sulla struttura finanziaria o funzionale di alcune forme previdenziali ne hanno soprattutto, con il progredire del tempo, aggravati i difetti iniziali, rendendo più arduo il compito di coloro che dovranno riassetare il pesante e complesso meccanismo esistente (27).

(24) È nota la riflessione di Beveridge sulle opportunità che i rivolgimenti provocati dalla guerra potevano offrire a riforme radicali: « Ogni nuova proposta per l’avvenire, pur approfittando dell’esperienza acquisita in passato, non deve essere limitata da quelle considerazioni di categorie e di dettaglio consolidatesi nell’ottenere tale esperienza. È proprio adesso, con la guerra che tende ad eliminare ogni genere di limitazioni e di differenze che si presenta meglio l’occasione di usare l’esperienza acquisita, in un campo fatto libero. Un periodo rivoluzionario nella storia del mondo è il momento più opportuno per fare cambiamenti radicali invece di semplici rattoppi »; cfr. W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, London, 1942, § 7.

(25) *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, cit., pp. 116 e 117.

(26) G. SANTORO, G. NERVI, V. SAVOINI, *La riforma della previdenza sociale*, in « *Previdenza sociale* », 21 (1946), 2, p. 60.

(27) G. PALMA, *Aspetti della legislazione previdenziale nel dopoguerra*, in « *Previdenza sociale* », 1951, 2, p. 160.

Ancor prima della mancanza di una capacità e di una volontà politica di procedere sulla strada di una riforma radicale del sistema, a conflitto appena terminato sembrava mancare anche una chiarezza di analisi e di prospettive progettuali. Già nel 1944 si osservava che « una riforma di così vasta portata per la vita della Nazione e per la struttura del nuovo ordine sociale non po[tesse] essere impostata sulle sabbie mobili dell'improvvisazione. Essa esige una larga preparazione attraverso studi e libere discussioni da parte degli esperti e degli uomini politici. Invece si deve purtroppo convenire che tutt'ora in Italia manca un orientamento generali sui limiti, finalità e i criteri di un'ampia revisione razionale degli istituti esistenti » (28). Due anni dopo, la mancanza di « orientamenti precisi » era sottolineata da un articolo comparso sulla rivista dell'INPS:

Bisogna tuttavia rimarcare la mancanza di punti fermi, di orientamenti precisi che possano servire di base per la formazione di una teoria, premessa indispensabile per una riforma organica; e ciò dipende sia dall'intrinseca difficoltà dell'argomento sia dalla riluttanza da parte degli studiosi ad abbandonare i vecchi schemi concettuali che tanta parte hanno avuto nello sviluppo storico delle singole istituzioni (29).

Era dunque una debolezza, un'impreparazione anche di carattere teorico, su cui s'innestava la resistenza al cambiamento di uomini e istituzioni formatesi nel corso dei decenni precedenti, a costituire un primo ostacolo alla riforma. Del resto, l'occultamento sistematico di disoccupazione e miseria da parte del regime, il sottofondo ideologico-propagandistico che aveva fatto da cornice a molte delle iniziative sociali del fascismo, specie quelle assistenziali rivolte a maternità e infanzia, non aveva certamente favorito durante il ventennio lo sviluppo di una tradizione di studi (e di studiosi) sui problemi sociali, nonché di liberi dibattiti. Nell'immediato dopoguerra ci fu dunque anche un serio deficit di competenze su questi temi che giocò un ruolo non secondario. Come giustamente fu fatto notare anni più tardi, dopo il 1945 « si cercò, ma invano, un Beveridge italiano » (30).

(28) Cfr. E. CABIBBO, *I partiti politici e la riforma della previdenza sociale*, in « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », 1944, 11, p. 17.

(29) SANTORO, NERVI, SAVOINI, *La riforma della previdenza sociale*, cit., p. 53.

(30) CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., p. 559.

La mancanza di « punti fermi » emerge anche dall'analisi delle categorie e delle formule adottate nelle discussioni su questi temi in cui espressioni come previdenza sociale, assicurazione sociale, protezione sociale, assistenza, sicurezza sociale venivano spesso utilizzate, anche nei documenti ufficiali, come sinonimi, senza una chiara consapevolezza di quali fossero i tratti originali e peculiari della nuova categoria di sicurezza sociale, che avrebbero, ad esempio, imposto un maggiore coordinamento e una maggiore complementarietà tra i settori dell'assistenza e della previdenza: « Nessuno è in grado di precisare dove finisce la previdenza e dove comincia l'assistenza — scriveva la Commissione D'Aragona nel 1948 — arduo è stabilire un concetto sufficientemente chiaro »⁽³¹⁾. Si trattava di incertezze terminologiche che non devono peraltro stupire. La stessa International Labour Organization dichiarava nel 1949 che « there does not yet exist an internationally accepted definition of social security »⁽³²⁾, poiché il concetto variava fortemente a seconda dei contesti nazionali; definizioni specifiche (e più circoscritte) o approcci filosofici (più ampi) coesistevano nel dibattito internazionale, corrispondendo a progetti e visioni politico-sociali fortemente differenziate da paese a paese.

Di una « confusione di concetti », ma anche di una « confusione di organismi », parlava invece il socialdemocratico Ezio Vigorelli nel suo pamphlet *L'offensiva contro la miseria* pubblicato nel 1948, sottolineando un aspetto che raramente, negli anni successivi, tornerà al centro delle discussioni⁽³³⁾. Il futuro ministro del lavoro, e presidente dell'importante Ente Comunale di Assistenza di Milano⁽³⁴⁾, sottolineava quanto la frammentazione istituzionale generasse confusione, sovrapposizione di ruoli, nonché uno spreco di risorse. L'evidente policentrismo delle competenze riguardanti assistenza e previdenza portava infatti alla dispersione dei compiti tra una decina di ministeri e commissariati: il Ministero dell'Interno

(31) *Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, cit., p. 120.

(32) ILO, *System of Social Security. New Zealand*, Genève, 1949, p. iii.

(33) E. VIGORELLI, *L'offensiva contro la miseria*, Milano, Mondadori, 1948, p. 52.

(34) M. PANIGA, *Welfare ambrosiano. Storia, cultura e politiche dell'Eca di Milano (1937-1978)*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

gestiva i finanziamenti rivolti a una miriade di istituti di assistenza e beneficenza (nonché agli ECA e all'ONMI); lo stesso dicastero aveva poi ereditato gran parte delle funzioni del Ministero dell'Assistenza Post-bellica che, disciolto nel 1947, divenne una nuova direzione degli Interni (Direzione generale dell'assistenza post-bellica); il dicastero riprendeva così saldamente, e tradizionalmente, il controllo dello strategico settore assistenziale. Ma nelle questioni assistenziali e previdenziali intervenivano anche il Ministero dell'Agricoltura, della Difesa, dell'Istruzione, della Giustizia, quello dell'Africa Italiana, l'Alto Commissariato per l'Alimentazione e quello per l'Igiene e la Sanità, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e, naturalmente, il Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale.

Fu il compagno di partito di Ezio Vigorelli, il deputato Umberto Zanfagnini ⁽³⁵⁾, il primo a chiedere, in Parlamento, la nascita di un « Ministero della sicurezza sociale, sull'esempio dei paesi più civili e progrediti d'Europa, vale a dire un ministero che raccolga, concentri, unifichi tutti i servizi assistenziali, igienici, sanitari e previdenziali ». La proposta fu condotta da Vigorelli in parallelo a livello governativo, facendo circolare tra i ministeri un lungo memoriale dal titolo *Note per un piano di sicurezza sociale* in cui il deputato, mettendo in evidenza duplicazioni di servizi, spese e competenze tornava a chiedere l'istituzione di un dicastero che centralizzasse le varie attribuzioni, sull'esempio di quanto già accadeva in Francia, Svezia, Nuova Zelanda, Gran Bretagna ⁽³⁶⁾. Vigorelli citava testualmente anche le raccomandazioni statunitensi formulate in tal senso nell'estate del 1947, in occasione del programma di assistenza AUSA (Aid from the United States of America) siglato dal governo De Gasperi:

La legge per la cooperazione economica non contiene disposizioni specifiche riguardanti il finanziamento di attività assistenziali [...] Tuttavia la ripresa di una nazione ha per presupposto la ripresa dei suoi cittadini non meno che la ripresa dell'industria e dell'agricoltura [...] Un programma statale unificato e coordinato [...] rappresenterebbe un passo avanti riguardo alle spesso ripetute dichiarazioni del governo [italiano ndr] sulle riforme sociali.

⁽³⁵⁾ Atti Parlamentari, I Legislatura, Discussione, Camera dei deputati, seduta del 23 ottobre 1948, p. 3942.

⁽³⁶⁾ ACS, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Gabinetto-Ufficio legislativo, b. 22, f. 129.

Tutte negative, tuttavia, le reazioni alla proposta. L'Alto Commissario per l'Igiene e la Sanità⁽³⁷⁾, il democristiano e medico Mario Cortellessa, tesseva in particolare le lodi del Ministero dell'Interno ritenendolo « fermamente l'organo più idoneo a bene assolvere » le funzioni assistenziali sulla base anche del valore storico della tradizione e della continuità:

Motivi di carattere storico mi inducono a permettermi tale affermazione, giacché il Ministero dell'Interno, dall'unificazione ad oggi ha saputo provvedere con illuminata saggezza a conservare e a ben dirigere il patrimonio considerevolissimo della pubblica beneficenza; si aggiungano a questi altri motivi che derivano dall'autorità e dal prestigio di cui gode lo stesso Ministero, il quale, a mezzo dei Prefetti, può più agevolmente far convergere su tale problema la pubblica opinione.

Fanfani, Ministro del Lavoro, pur riconoscendo la validità delle premesse da cui partiva la richiesta di Vigorelli, temeva che un incremento della presenza statale potesse condurre all'erosione dei tradizionali (e tradizionalmente confessionali) spazi dell'assistenza privata: « Non bisogna dimenticare che tutto ciò possa avere un valore negativo, di intralcio e di inaridimento per quel che riguarda le spese cui provvedono le istituzioni private ». Lodovico Montini, rivendicava infine all'Amministrazione degli Aiuti Internazionali⁽³⁸⁾, da lui diretta, il compito di « unico responsabile [...] che con propri organi al centro e alla periferia può opportunamente corrispondere a questi compiti ».

(37) Istituito con decreto del 12 luglio 1945, l'Alto Commissariato per l'Igiene e la Sanità pubblica era alle dipendenze della Presidenza del Consiglio dei Ministri e operò sino al 1958, momento della nascita del Ministero della Salute. Cfr. S. LUZZI, *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, Donzelli, 2004.

(38) A seguito della soppressione dell'UNRRA, con decreto del 19 settembre 1947 fu istituita l'Amministrazione per gli Aiuti Internazionali con finalità di controllo sull'attuazione dell'accordo stipulato con il governo statunitense e la gestione del relativo fondo; fu guidata, sino al suo scioglimento nel 1962, dal deputato democristiano Lodovico Montini, fratello del futuro pontefice. Cfr. *L'amministrazione per gli aiuti internazionali. La ricostruzione dell'Italia tra dinamiche internazionali e attività assistenziali*, a cura di A. Ciampini, Milano, FrancoAngeli, 2002.

4. *Da Lavoratori a cittadini?*

Come alcuni studi hanno messo in evidenza ⁽³⁹⁾, l'opzione universalistica di matrice beveridgiana, indirizzata a costruire un sistema di *welfare* rivolto alla protezione di tutti i cittadini, fu in Italia da subito scartato, prevalendo una prospettiva e un'ideologia lavoristica ⁽⁴⁰⁾, trasversale di fatto a tutte le maggiori forze politiche, e che trovò nel compromesso rappresentato dal primo articolo della Costituzione il suo più chiaro emblema.

Un'indagine pubblicata sulla rivista dell'INAIL nel novembre del 1944 metteva in evidenza che nessuno tra i partiti prendeva concretamente in considerazione l'idea di importare in Italia il piano Beveridge ⁽⁴¹⁾: i repubblicani auspicavano il ritorno a vecchie concezioni del mutualismo ottocentesco di stampo mazziniano, i liberali chiedevano soprattutto l'eliminazione di quegli schemi assicurativi (natalità e nuzialità) figli delle ideologie e delle politiche demografiche fasciste. Tanto la Democrazia Cristiana, quanto il Partito Socialista e Comunista non rivelavano nelle loro posizioni radicali differenze di prospettive, se si eccettua la sollecitazione da parte delle formazioni della sinistra verso un pieno controllo degli enti previdenziali da parte dei lavoratori e un decisivo ruolo del sindacato. Soltanto il minuscolo Partito Democratico Italiano parlava della necessità di estendere le tutele assicurativa « all'intera popolazione » ⁽⁴²⁾. L'indagine concludeva affermando che « nessuno pensa di fare tabula rasa degli ordinamenti vigenti. Nessuno cerca di copiare il piano Beveridge [...] Quest'ultimo del resto ha un carat-

⁽³⁹⁾ L. DI NUCCI, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, a cura di C. Sorba, Roma, Ministero per i Beni e le attività culturali, 2002, pp. 161-188; G. SILEI, *Lo stato sociale in Italia*, voll. II, Manduria, Lacaita, 2004; MATTERA *All'alba della Repubblica*, cit.; FERRERA, FARGION, JESSOULA, *Alle radici del welfare all'italiana*, cit.; I. PAVAN, *Un progetto "clandestino" di riforma. Fanfani e la previdenza sociale*, in « *Contemporanea* », 18 (2015), 1, pp. 91-118.

⁽⁴⁰⁾ CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., p. 559.

⁽⁴¹⁾ CABIBBO, *I partiti politici e la riforma della previdenza sociale*, cit., pp. 13-48. L'articolo era il risultato di un'inchiesta che Cabibbo aveva svolto raccogliendo materiali e dichiarazioni che sino a quel momento le principali formazioni politiche avevano elaborato sulla riforma della previdenza.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 46.

tere squisitamente conservatore e liberista: esso fissa tanto per il baronetto che per il suo cameriere la stessa misura di contributo e di benefici » (43). L'autore sembrava non cogliere che se baronetto e cameriere erano accomunati dai medesimi benefici e contributi ciò si legava al fatto che una larga base del finanziamento del piano fosse stata posta a carico della fiscalità generale, che agiva dunque come strumento di redistribuzione della ricchezza nazionale.

In quanto giudicato piano « conservatore e liberista », l'attenzione al Beveridge Report fu decisamente scarsa all'interno del mondo comunista dove, nel complesso, al tema della sicurezza sociale e della sua riforma vennero dedicati spazi estremamente limitati nei primi anni post-bellici. Fu solo episodica, ad esempio, la natura degli interventi che si possono leggere su l'Unità, rivolti alla pressante denuncia dello stato di diffusa miseria della popolazione, ma non alla proposta o alla discussione di un articolato e puntuale piano d'intervento. Su *Rinascita*, tra 1944 e 1949, non comparve nessun articolo su questi temi, mentre nel 1950 una valutazione fortemente negativa del piano Beveridge (ma anche del piano Monnet), ritenuti esempi di « pianificazione capitalista », portava la firma di Renato Mieli, direttore della sede milanese dell'Unità (44). Da alcune voci del mondo socialista si coglieva invece una maggiore sensibilità nei confronti dell'esperimento britannico e, in generale, verso i principi dell'universalismo. Si trattava anche in questo caso di interventi di natura episodica che riflettevano le divisioni presenti, su questi come su altri temi, tra le due anime del partito e che avrebbero poi condotto alla scissione dell'inverno 1947. Dell'istituzione di un « social service » che in maniera coordinata si occupasse di previdenza, assistenza, lavoro, sanità, infanzia e adolescenza scriveva nell'estate del 1945 Giuseppe Penso, spingendosi a chiedere forme di protezione « possibilmente per la popolazione tutta » (45). E l'anziano leader del riformismo sindacale Gian Battista Maglione, dalle pagine di *Critica Sociale*, sollecitava un sistema di protezione

(43) Ivi, p. 47.

(44) R. MIELI, *Sedimenti piani di direzione economica del mondo capitalistico*, in « Rinascita », 2 (1950), 9, pp. 77-84.

(45) Giuseppe PENSO, *Gli affari sociali in uno stato progressista*, in « Socialismo », 1 (1945), 4, p. 17.

sociale destinato a tutti i cittadini « in quanto uomini, e non perché appartenenti a determinate categorie » (46). Maglione era inoltre l'unico, a queste date, a chiedere « l'assistenza sanitaria di diritto per tutti i cittadini ». Richiamandosi « al noto Piano Beveridge », sottolineava come la lotta per la liberazione dal bisogno non fosse stata posta nel paese con la dovuta « radicalità neppure dalle organizzazioni sociali e politiche che si richiamavano agli interessi generali dei lavoratori ». « Se ne doveva dedurre — concludeva — che esisteva un difetto di comprensione del problema da parte dei socialisti? ». Nel marzo del 1946 un documento ufficiale del partito dedicato alla questione, *Programma per una riforma delle istituzioni previdenziali* (47), poneva invece al centro dell'analisi unicamente le strategie nascenti dal « processo produttivo », e non « generici postulati solidaristico-assistenziali ». Ne conseguiva un'attenzione privilegiata al sistema previdenziale considerato come unico strumento che avrebbe garantito ai lavoratori l'agognata liberazione dal bisogno. Il documento, inoltre, lasciava scoperto il problema del riassetto dei disastriati enti previdenziali e non indicava in alcun modo come finanziare le proposte in esso contenute, soprattutto quelle indirizzate ad introdurre il « salario sociale », ovvero quella « parte dell'eccedenza di produzione [...] destinata a sostenere il costo di sussistenza delle forze lavorative latenti, di quelli esclusi temporaneamente dal lavoro e di quelli esclusi definitivamente ».

Fu la componente della DC più sensibile ai nuovi orientamenti economico-sociali (il gruppo dei cosiddetti 'professorini'), poi vicini all'ala dossettiana legata all'esperienza di *Cronache Sociali*, a manifestare inizialmente un favorevole interesse verso l'esperimento britannico (48). La prospettiva interclassista presente nel Beveridge Report non poteva che incontrare una positiva udienza, così come l'enfasi posta sull'« azione volontaria », aspetto complementare ma decisivo nella prospettiva beveridgiana, ben si conciliava con quel

(46) G. MAGLIONE, *Sicurezza sociale, condizione umana*, in « Critica sociale », 38 (1946), 12, p. 189.

(47) Archivio Fondazione Turati, Fondo D'Aragona, b. 24, f. 1.

(48) M. BRUTTI, *I cattolici e il progetto beveridgiano, nell'Italia degli anni '40*, in « Economia e Lavoro », 39 (2005), 3, pp. 99-108; PAVAN, *Un progetto "clandestino" di riforma*, cit., p. 97.

principio di sussidiarietà che era presente *in nuce* sin dagli esordi del pensiero sociale cattolico. L'attenzione ai problemi della previdenza sociale aveva portato la neonata DC ad istituire, già nella seconda metà del 1943, una commissione di studio sul tema che portò alla pubblicazione di due pamphlets: *Lineamenti di un piano organico di riordinamento della nostra previdenza sociale*, edito già nel 1943, e *Prime valutazioni sul costo di un piano Beveridge per l'Italia*, apparso nel 1945. Pur riferendosi sempre e soltanto ai lavoratori come destinatari delle riforme, e mai menzionando come tale la categoria della sicurezza sociale, quelle pagine riconoscevano che la funzione della previdenza dovesse andare ben oltre gli aspetti di carattere mutualistico-assicurativo, dovendo assolvere come fine generale a una funzione redistributiva, e più equa, del reddito nazionale. Le politiche previdenziali dovevano dunque costituire un aspetto di una complessiva e nuova politica sociale. Guardando all'esempio britannico, ma riferendosi anche quello svedese e neozelandese, veniva inoltre messa in evidenza la necessità di collegare i programmi di riforma allo « strumento fiscale », senza il quale i soli contributi previdenziali non sarebbero mai stati in grado di sostenere finanziariamente il sistema ⁽⁴⁹⁾. Tuttavia, negli anni immediatamente successivi la linea della DC su questi temi si sarebbe ridefinita marcando una sempre più netta distanza dai principi dell'universalismo beveridgiano e una sempre maggiore focalizzazione sul lavoro, e sulla previdenza, come perno esclusivo attorno al quale fare ruotare ogni riflessione in tema di protezione sociale. Nel 1949, in occasione della tredicesima settimana sociale dei cattolici italiani, dedicata interamente al tema della sicurezza sociale, il tono complessivo degli interventi poteva essere ben riassunto da questo passaggio: « Sembra che un sistema di assicurazione generale, rivolto cioè verso tutti i cittadini, meglio si presti ad essere attuato in una società che abbia accettato i fondamenti dell'economia collettivista, anziché in una società che tali fondamenti rifiuti di accettare » ⁽⁵⁰⁾.

(49) C. VANNUPELLI, *Lineamenti di un piano organico di riordinamento della nostra previdenza sociale*, Roma, SELI, 1943; M.A. COPPINI, *Prime valutazioni sul costo di un piano Beveridge per l'Italia*, Roma, SELI, 1945.

(50) *La sicurezza sociale. Atti della XXIII Settimana sociale dei cattolici italiani*, Roma, ICAS, 1950, p. 129. Il cosiddetto Codice di Camaldoli, sorta di manifesto

Se, come scrisse Luigi Einaudi nel 1947, il piano Beveridge « assunse il valore di un mito, uno di quei miti che improvvisamente fanno appello ai sentimenti, alle idealità dei popoli »⁽⁵¹⁾, si può tuttavia affermare che il mito in Italia fu superficialmente accolto e propagandato tanto che, significativamente, del Beveridge Report non si curò neppure una traduzione in italiano⁽⁵²⁾, a differenza di quanto invece accadde agli altri due volumi della trilogia beveridgiana i cui temi — la necessità della piena occupazione e del mantenimento di spazi legati all'« azione volontaria » e individuale nel perseguimento della sicurezza sociale — più facilmente si intonavano ai contenuti e agli obiettivi delle principali culture politiche del tempo⁽⁵³⁾.

Inoltre, anche se nel dibattito pubblico dei primi anni del dopoguerra fu onnipresente, e trasversale alle varie forze politiche, il ricorso all'efficace formula della « liberazione dal bisogno » — sorta di vero e proprio slogan — la conoscenza delle esperienze internazionali in cui l'esperimento della sicurezza sociale aveva già trovato udienza, Gran Bretagna, Stati Uniti, Nuova Zelanda, fu sostanzialmente assente e riscontrabile più a livello di enunciazione che di reale confronto. Fu soltanto all'interno della più ristretta cornice rappresentata dalle riviste degli enti previdenziali che comparvero numerosi interventi, a firma di studiosi o esponenti delle stesse tecnocrazie previdenziali, dedicati ai contesti extra-nazionali, a testimonianza di una notevole apertura e attenzione a quanto accadeva

programmatico elaborato nell'estate del 1943, in cui parte dei cattolici italiani tracciava le coordinate del futuro assetto socio-economico del paese, non conteneva riferimenti alla sicurezza sociale o ai diritti sociali, ma solo alla previdenza, espressi in termini strettamente assicurativi.

⁽⁵¹⁾ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 1949, p. 37.

⁽⁵²⁾ Del *Rapporto* circolò in italiano solo la sintesi fatta circolare per iniziativa del governo britannico (cfr. *Il Piano Beveridge: compendio ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, Londra, Stamperia Reale, 1943). Nell'inverno del 1944 la sintesi fu pubblicata dalla rivista dell'Inail; cfr. *Le assicurazioni sociali compresa l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Guida breve al piano del governo britannico*, in « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », XXXI (gennaio-dicembre 1944), pp. 172-200.

⁽⁵³⁾ W. BEVERIDGE, *Relazione su l'impiego integrale del lavoro in una società libera*, Torino, Einaudi, 1948; ID., *L'azione volontaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1954.

fuori dal confine italiano da parte di esperti e studiosi; e il loro lo sguardo si rivolgeva in particolare agli sviluppi del caso francese, britannico e statunitense ⁽⁵⁴⁾.

Sin dall'immediato dopoguerra — ma il giudizio emerge ancora alla fine degli anni Cinquanta ⁽⁵⁵⁾ — nella scelta di considerare la sicurezza sociale come uno strumento di tutela dei soli cittadini-lavoratori venne sempre invocata la situazione di grande difficoltà economico-finanziaria in cui versava il paese ⁽⁵⁶⁾ circostanza che, si sosteneva, non consentiva utopistici e dispendiosi progetti universalistici. Così, già nei lavori della Commissione Pesenti si può leggere che il fine della politica sociale era « garantire a tutti i lavoratori la salute fisica e la sicurezza economica e di assicurare loro [...] un tenore di vita minimo compatibile con la dignità della persona » ⁽⁵⁷⁾. Giudizi poi ripresi dalla Commissione D'Aragona, secondo la quale: « La previdenza sociale non [doveva] essere estesa a tutti i cittadini [...] E ciò non solo perché la nostra economia nazionale non consentirebbe un così grave onere finanziario, ma anche perché si andrebbe al di là di quei fini di protezione sociale che la riforma deve proporsi » ⁽⁵⁸⁾. E quando Fanfani, Ministro del Lavoro e della Previdenza elaborò un lungo e denso disegno di legge per la riforma della previdenza sociale che voleva essere la realizzazione delle indicazioni formulate dalla Commissione D'Aragona (il progetto non fu mai portato all'attenzione del Parlamento per contrasti interni al governo De Gasperi) il ministro si sarebbe distaccato esplicitamente dal modello Beveridgeano. Nella lunga introduzione in cui Fanfani esplicitava senso e obiettivi del disegno di riforma

⁽⁵⁴⁾ Dal 1945 la rivista dell'INPS seguì con attenzione l'evolversi della legislazione sociale in tutto il mondo, attraverso articoli, notiziari e recensioni di opere straniere. Nel primo decennio post-bellico fu prevalente lo sguardo verso il contesto francese, oggetto di ben 194 interventi, seguiti dai 101 e dai 93 articoli dedicati rispettivamente a Gran Bretagna e Stati Uniti.

⁽⁵⁵⁾ *Commissione parlamentare d'inchiesta sulla condizione dei lavoratori in Italia* (1955-1958), al sito <http://www.senato.it/Leg2/4389>, vol. XII, pp. 844-45.

⁽⁵⁶⁾ *Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, cit., p. 84; ma si vedano anche i giudizi espressi da VIGORELLI, *Offensiva contro la miseria*, cit., p. 17.

⁽⁵⁷⁾ PAVAN, *Un progetto "clandestino" di riforma*, cit., p. 116.

⁽⁵⁸⁾ *Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, cit., p. 6.

scriveva infatti che « l'ambito della previdenza non deve comprendere, come nel piano inglese, tutti i cittadini, ma solo chi rivesta la qualità di lavoratore. Scopo fondamentale del sistema deve essere quello di garantire a tutti i lavoratori dipendenti e indipendenti e alle loro famiglie [...] un minimo rispondente ai bisogni vitali » (59). Il Ministro avrebbe avuto modo di precisare la sua personale visione della sicurezza sociale, quella di una sicurezza sociale, per così dire, 'limitata' anche durante la settimana sociale dei cattolici del 1949, in precedenza ricordata. I cittadini italiani, affermava Fanfani, non dovevano illudersi di pensare « ad uno stato misericordioso che pensa a tutti »:

Occorre conservare un minimo di possibilità, di pensare anche da sé ai propri bisogni, alla propria vecchiaia, al proprio destino. Ecco la ragione per la quale vogliamo sicurezza sociale sì, *ma entro certi limiti*. Protezione sociale sì, ma integrata dalla protezione che ciascuna persona, ciascuna famiglia, ciascun gruppo saprà dare a se stesso. Anche per non deprimere ma esaltare continuamente quella virtù della prudenza, che è ancora e per fortuna resterà sempre una virtù cristiana. [...] La storia dimostra che il più perfetto dei sistemi di protezione e di sicurezza sociale non può cancellare la necessità di una azione individuale, non solo, ma neppure può far venire meno la necessità di un intervento che non è nell'ambito del sistema di previdenza o di sicurezza, ma rientra nel sistema della carità (60).

Del resto, di una diversa articolazione e gradazione dei diritti sociali erano già stati espressione i dibattiti in seno alla III Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, relativamente a quello che diverrà poi l'art. 38 della Costituzione, dibattiti che riflettevano la stretta discendenza dei diritti sociali dalla categoria del lavoro, introducendo una distinzione tra le tutele previdenziali e assistenziali spettanti al cittadino-lavoratore rispetto a quelle previste per il cittadino-non lavoratore. Nelle varie rielaborazioni che il testo del futuro articolo 38 conobbe nel passaggio tra I e III Sottocommissione, Commissione dei 75 e Assemblea plenaria (61), la dicotomia tra l'assistenza del cittadino e la previdenza del lavoratore, conside-

(59) PAVAN, *Un progetto "clandestino" di riforma*, cit., p. 109.

(60) *La sicurezza sociale. Atti della XXIII settimana dei cattolici italiani*, cit., pp. 292-293.

(61) Ricostruisce il dibattito sull'assistenza M. PANIGA, *I socialisti e il dibattito sull'assistenza all'Assemblea costituente*, in « Le carte e la storia », 2015, 2, pp. 112-128.

rate come universi separati, fu sempre mantenuta, senza che una tale impostazione suscitasse contrapposizioni evidenti tra le principali forze politiche. Così, la formulazione finale dell'articolo, poi approvata il 10 maggio del 1947, avrebbe consentito la cristallizzazione dello status quo come uscito dal periodo fascista, mantenendo al sistema mutualistico-previdenziale la funzione di struttura portante della protezione sociale e all'assistenza pubblica soltanto un ruolo ancillare, di pura residualità. Si trattava di una distinzione rilevabile anche nelle scelte linguistiche adottate, laddove l'assistenza, per tutti i cittadini, era volta a garantirne il « mantenimento », la mera sussistenza, mentre la previdenza si proponeva di assicurare al lavoratore i « mezzi adeguati alle loro esigenze di vita » secondo una gerarchia che appariva chiara ⁽⁶²⁾. In sede di discussione del testo in Assemblea il solo repubblicano Ludovico Camagni fece riferimento, criticamente, ad una « cristallizzazione della situazione attuale » ⁽⁶³⁾.

Il carattere « confermativo » ⁽⁶⁴⁾ giocato, almeno per i primi anni repubblicani, dall'articolo 38 della Costituzione emerse più volte, tanto nei dibattiti parlamentari quanto guardando alle reazioni suscitate nei governi centristi da alcuni provvedimenti di natura previdenziale, tipicamente proposti da esponenti del partito comunista o socialista.

Nel luglio del 1952 una proposta presentata da Teresa Noce e Oreste Lizzardi mirava a fornire una più adeguata protezione a tutti quei lavoratori stagionali che avevano vissuto una condizione di permanente sottooccupazione che non consentiva, in età anziana, di avvalersi di pensioni adeguate. Si invocava dunque, da parte dei proponenti, l'articolo 38 della Costituzione e si chiedevano deroghe e alleggerimenti nel conteggio dei contributi in modo che i lavoratori occasionali potessero godere di una pensione. Il governo si oppose al provvedimento e fu significativa la motivazione data dal Ministro del Lavoro, Leopoldo Rubinacci, per respingere la proposta:

⁽⁶²⁾ Sottolineava questa dicotomia anche il giuslavorista Ubaldo PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in « Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale », 5 (1954), 1, p. 298.

⁽⁶³⁾ AC, AP, seduta 10 maggio 1947, p. 3825.

⁽⁶⁴⁾ Il termine « confermativo » con riguardo alla formulazione dell'art. 38 risale a G. MAZZONI, *Il diritto del lavoro nelle norme costituzionali*, in « Rassegna studi », 1947, p. 141 e ss.

Dall'esame del provvedimento proposto appare evidente la sua precipua finalità di realizzare dell'assistenza [...] La norma non viene però ad inserirsi armonicamente nell'ordinamento vigente, ma ne forza i principi informatori intesi a realizzare la previdenza sociale per il lavoratore introducendo concetti proprio di altra corrente [...] e cioè quello dell'assistenza sociale al cittadino ⁽⁶⁵⁾.

Reazioni analoghe suscitò la presentazione, nel giugno del 1954, di un disegno di legge intitolato « Assegno vitalizio ai vecchi lavoratori », a firma dei deputati comunisti Di Vittorio, Santi, Lizzardi, Novella e Foa ⁽⁶⁶⁾. Nelle sue linee essenziali il progetto costituì il prodromo di quello che, solo quindici anni più tardi, diventerà con la riforma Brodolini la pensione sociale. Nella prospettiva dei proponenti, la misura era rivolta ai soli « vecchi lavoratori » e nasceva dalla considerazione che molti anziani, pur avendo lavorato una vita intera, non avevano diritto ad alcuna forma di previdenza:

Questo gravissimo fenomeno si è creato nel nostro Paese per effetto delle enormi evasioni che si sono verificate sotto il regime fascista, nel pagamento dei contributi previdenziali dovuti da parte dei datori di lavoro; queste evasioni sono state diffuse ed ingenti particolarmente nel campo agricolo e nelle regioni meridionali e insulari (in Sardegna — per un intero decennio — non figura versato neppure un contributo per i braccianti agricoli!)

Ma il provvedimento si legava « al dovere costituzionalmente sancito (articolo 38), il cui adempimento non può ormai più essere rimandato ». Le reazioni dei ministeri coinvolti, tutte negative, mostrano come a metà degli anni Cinquanta le incertezze terminologiche sul significato della formula sicurezza sociale, proprie dei primi anni post-bellici, e precedentemente ricordate, fossero ormai superate. Tuttavia, proprio la divaricazione tra assistenza e previdenza inscritta nell'articolo 38 consentiva, dal punto di vista retorico e politico, di respingere proposte come quelle provenienti dai deputati comunisti. Secondo un'ottica che faceva riferimento ai principi liberali della « carità legale » ottocentesca, per il ministro degli Interni Scelba i vecchi lavoratori indigenti avrebbero dovuto

⁽⁶⁵⁾ ACS, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Gabinetto-Uff. Legislativo, b. 242, f. 16/45.

⁽⁶⁶⁾ Atti Parlamentari, Legislatura II, Documenti, Disegni di legge e relazioni, Camera dei deputati, n. 930, 3 giugno 1954.

rivolgersi agli Enti Comunali di Assistenza, « si mantene[va] in tal modo all'intervento il normale carattere di beneficenza generica ». Per Silvio Gava, ministro del Tesoro, l'accoglimento della proposta di legge avrebbe radicalmente mutato la natura delle politiche sociali, ed era per tanto da respingere:

La proposta di cui trattasi [...] tende alla trasformazione dell'attuale sistema di previdenza sociale in un sistema di protezione o sicurezza sociale. Più precisamente, mentre l'attuale sistema previdenziale attua la tutela delle categorie lavoratrici, il sistema di sicurezza sociale tende alla protezione del cittadino in maniera completa intervenendo con adeguate prestazioni in tutte le circostanze [...] Pertanto, l'elemento 'lavoro' posto a base del vigente sistema sarebbe sostituito dall'elemento 'bisogno' ⁽⁶⁷⁾.

Il provvedimento fu ripresentato nel 1958 dai deputati Novella, Santi, Foa, Romagnoli, Brodolini e Berlinguer con la medesima dicitura e con poche modifiche, per essere nuovamente bocciato dal governo, appellatosi per respingere la proposta, alle sole esigenze di bilancio ⁽⁶⁸⁾. Nel 1962, questa volta per iniziativa di un gruppo di 56 deputati della DC, il progetto trovava nuovamente spazio nell'agenda parlamentare. Ed era significativo il cambiamento nella titolatura del provvedimento, divenuta « Assegno assistenziale per gli anziani ». Significative anche le parole di presentazione in cui si leggevano le tracce di un percorso ormai in atto, anche nelle aule parlamentari: « L'orientamento della pubblica opinione [...] si è polarizzata in quest'ultimo periodo verso l'interessante evoluzione del settore previdenziale e segnatamente sull'esigenza di una riforma generale che si avvicini il più possibile ad un regime di 'sicurezza sociale' » ⁽⁶⁹⁾. A causa della fine anticipata della legislatura, il provvedimento fu ripresentato ancora nel 1964 da Mario Berlinguer e Ezio Vigorelli; si attuava allora, anche da un punto di vista semantico, un decisivo slittamento con l'accoglimento del lemma « cittadino » all'interno del titolo del disegno di legge che diventava « Assegno mensile ai cittadini ultrasessantacinquenni ».

⁽⁶⁷⁾ ACS, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Gabinetto-Uff. Legislativo, b. 242, f. 16/23.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ Atti Parlamentari, Legislatura II, Documenti, Disegni di legge e relazioni, Camera dei deputati, n. 3715, 31 marzo 1962.

Rispetto ai primi anni post-bellici l'evoluzione, tanto nelle scelte lessicali quanto nei contenuti delle proposte, era sintomo di un mutamento di sensibilità e di consapevolezza su scopi e beneficiari della sicurezza sociale. Si trattò di un passaggio databile nella seconda metà degli anni Cinquanta e che ebbe come motore il confronto ingaggiato su questi temi da CISL e CGIL. L'azione dei due maggiori sindacati fu infatti centrale, volta non solo a trasferire e concretizzare politicamente le richieste relative a previdenza e assistenza all'interno delle aule parlamentari, ma anche formulare analisi, studi, progetti con cui supportare le proprie proposte. Fu la CISL, con il *Convegno di studio sui problemi della sicurezza sociale* promosso nel febbraio del 1957, a proporre per prima un superamento « del principio corporativo e assicurativo dominante nell'attuale sistema di previdenza » auspicando una sistema « di sicurezza sociale per tutti i cittadini in quanto tali » (70) — l'anno precedente, tuttavia, era stata la CGIL a presentare la prima proposta per la creazione di un servizio sanitario nazionale per tutti i cittadini. Nell'inverno del 1958, Giulio Pastore aveva poi inviato al presidente del consiglio Adone Zoli (71) un documento intitolato *Attuazione di un piano di sicurezza sociale* in cui si tracciava a grandi linee un piano che doveva « mirare all'instaurazione di un regime di sicurezza sociali che intende garantire a *tutti i cittadini* una serie di prestazioni fondamentali » (72). Nel giugno del 1959 anche la CGIL, con l'organizzazione del *Convegno nazionale sulla sicurezza sociale*, operava a sua volta quel salto che nel luglio del 1960 avrebbe condotto alla presentazione, a firma di Foa, Santi, Novelli e Romagnoli, del disegno di legge *Delega al governo della Repubblica per l'attuazione di un piano di sicurezza sociale* (73), che individuava in « ogni lavoratore e in ogni cittadino » i beneficiari del provvedimento (74).

(70) CISL, *Dalla previdenza alla sicurezza sociale*, in «Quaderni di studi e formazione», 1957, 7, p. 188.

(71) ACS, PCM 1955-1958, f. 6.2/88154.

(72) Ivi, sottolineatura originale.

(73) Atti Parlamentari, III Legislatura, Documenti, Disegni di legge e relazioni, n. 2413.

(74) Il progetto disegnava un sistema decisamente più generoso dell'esistente: l'entrata in vigore doveva essere scaglionata nel corso di sette anni, ma già dal primo anno era previsto l'aumento del 10% di tutte le prestazioni monetarie, introdotto il

5. *Sicurezza sociale e redistribuzione, ovvero il problema fiscale.*

Come già evidenziavano le conclusioni della Commissione Pesenti e della Commissione D'Aragona, fu piuttosto precoce la convinzione che uno degli obiettivi dello stato sociale, al di là della protezione del lavoratore/cittadino dovesse essere quello di una maggiore e più equa redistribuzione del reddito e che dunque a questo più generale fine le politiche previdenziali-assistenziali dovessero guardare ⁽⁷⁵⁾.

Ma le possibilità e le capacità redistributive del sistema di sicurezza sociale si collegavano direttamente a due ulteriori e complementari questioni: il concorso dello stato nella copertura delle spese sociali e, di conseguenza, l'utilizzo dello strumento fiscale per finanziare un tale impegno. Dopo un'iniziale e diffusa consapevolezza che le riforme previdenziali e assistenziali avrebbero richiesto parallele iniziative anche in campo tributario, la discussione sul problema fiscale si affievolì velocemente, per tornare ad attrarre l'attenzione dell'agenda parlamentare soltanto agli inizi degli anni Sessanta ⁽⁷⁶⁾. Nel 1957, un alto dirigente dell'INPS affermava infatti:

Il problema dell'idoneità dello strumento finanziario della protezione sociale è certamente tra i più importanti e, nello stesso tempo meno approfonditi. Posto che la protezione sociale è una dottrina, ed è anche un ordinamento, che mira a riequilibrare le classi sociali su un minimo comune denominatore di garanzia delle esigenze fondamentali di vita [...] sorge il ponderoso problema di determinare con quali criteri, con quali strumenti possa essere effettuato il necessario spostamento di ricchezza [...] È del tutto evidente che

calcolo della pensione sulla base dell'ultima retribuzione, l'indicizzazione delle prestazioni alle variazioni del costo della vita e delle retribuzioni e la possibilità, a prescindere dall'età, di avere diritto alla pensione dopo 25 anni di attività lavorativa; si chiedeva inoltre la nascita di un sistema sanitario nazionale.

⁽⁷⁵⁾ *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, cit., pp. 26, 46, 317, 358; *Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, cit., p. 84.

⁽⁷⁶⁾ A fronte della fluviale presentazione, da parte di tutte le forze politiche, di progetti e proposte di legge relativamente a previdenza e assistenza, nelle prime tre legislature furono soltanto 5 i progetti attinenti a tematiche tributarie. Sull'impianto circoscritto e i modesti risultati della cosiddetta legge di perequazione tributaria, introdotta dal ministro Vanoni nel gennaio del 1951, cfr. C. COSCIANI, *L'insuccesso della riforma Vanoni*, in *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, cit., p. 30 e ss.

[...] non può fondarsi una redistribuzione sostanziale dei redditi nell'ambito del gruppo sociale *solo* con le contribuzioni obbligatorie dei lavoratori. La modesta entità media dei redditi dei lavoratori dipendenti non ha mai consentito un'efficace redistribuzione di gruppo. I redditi dei lavoratori dipendenti in Italia, nella loro grande maggioranza, sono se non insufficienti, appena sufficienti ai bisogni di consumo necessari (77).

Come messo in evidenza alcuni anni fa da Mariuccia Salvati, « su un piano più propriamente storico la questione fiscale è una questione trascurata dagli studiosi mentre invece potrebbe rivelarsi illuminante per molte dinamiche dello stato sociale particolaristico clientelare », essendo « il sistema fiscale lo specchio principale del funzionamento in ciascun paese del rapporto cittadini-istituzioni. » (78). Ad oggi, tuttavia, il legame *welfare state* — fisco appare ancora poco indagato.

La necessità di agire sul sistema tributario come mezzo per finanziare le politiche di sicurezza sociale era in realtà comparso precocemente nelle conclusioni cui era giunta la Democrazia Cristiana attraverso una commissione di studio per la riforma della previdenza istituita dal partito nel 1944, affidata a Mario Alberto Coppini. Guardando all'esempio britannico, ma anche a quello svedese e neozelandese, veniva messa in evidenza la necessità di collegare i programmi di riforma allo « strumento fiscale », senza il quale i soli contributi previdenziali non sarebbero mai stati in grado di sostenere finanziariamente il sistema (79). Su questi temi Coppini sarebbe poi intervenuto nuovamente nel 1947, in un articolo comparso su « Studium », spingendosi a chiedere l'introduzione di un'imposta progressiva sul reddito e auspicando che in tal modo l'intervento dello stato al finanziamento del sistema previdenziale

(77) P. D'AGATA, *I problemi del finanziamento della sicurezza sociale*, in *Dalla previdenza alla sicurezza sociale*, cit., p. 82.

(78) M. SALVATI, *Lo Stato sociale in Italia: caratteri originali e motivi di una crisi*, in *Lo Stato sociale in Italia: caratteri originali e motivi di una crisi*, a cura di G. Gozzini, in « Passato e Presente », 12 (1994), 32, p. 28.

(79) C. VANNUPELLI, *Lineamenti di un piano organico di riordinamento della nostra previdenza sociale*, cit., p. 23. S. SCOCA, *Appunti per la riforma tributaria*, Roma, SELI, 1945.

potesse arrivare a coprire almeno un terzo dell'onere complessivo ⁽⁸⁰⁾.

Anche la Commissione Pesenti, seppure con accenti generici, si era pronunciata a favore di una larga partecipazione dello stato al finanziamento: « a quest'opera di solidarietà » dovevano essere « chiamate a contribuire, attraverso appropriati tributi, quelle categorie sociali che non partecipano direttamente all'attività produttiva » ⁽⁸¹⁾. Analogo indirizzo emergeva dalle conclusioni della Commissione D'Aragona: « soltanto lo Stato, attraverso il congegno fiscale opportunamente manovrato, può rendere effettiva questa redistribuzione di ricchezza dagli abbienti ai non abbienti [...] mediante imposte che non siano trasferibili sul consumatore, sia mediante imposte che indicano direttamente sui consumi di lusso » ⁽⁸²⁾.

Un totale silenzio su questi temi caratterizzava invece il già citato progetto di legge di riforma presentato da Fanfani a fine 1949, e volto a dare concretezza legislativa alle conclusioni emerse all'interno della Commissione D'Aragona. Nella lunga introduzione che il ministro scrisse come presentazione del ponderoso progetto di legge nessuna riflessione era destinata al ruolo più generale, di politica sociale, che i sistemi previdenziali potevano assolvere, ovvero il fatto di essere in ultima analisi strumenti di una più equa redistribuzione della ricchezza nazionale. E la leva principale per la redistribuzione del reddito, quella fiscale, non era mai menzionata: nessun cenno era destinato al ruolo che il sistema tributario avrebbe potuto giocare, nel presente e nel futuro, al sostegno alla sicurezza sociale e lo stesso contributo statale al finanziamento del piano, stimato peraltro nel 10% annuo, era lasciato da Fanfani nella più totale indeterminatezza per ciò che atteneva alle fonti del suo finanziamento ⁽⁸³⁾. Dall'opposta sponda politica, anche Oreste Lizzardi, non avrebbe dedicato alcun riferimento alle questioni fiscali (e, più in generale, al problema del finanziamento del sistema di

⁽⁸⁰⁾ M.A. COPPINI, *La riforma della previdenza sociale*, in « Studium », 1947, 9, pp. 302-305.

⁽⁸¹⁾ *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, cit., p. 120.

⁽⁸²⁾ *Relazione della commissione per la riforma della previdenza sociale*, cit. p. 84.

⁽⁸³⁾ PAVAN, *Un progetto "clandestino" di riforma*, cit., p. 112.

protezione sociale) nella lunga relazione presentata nel 1952 al III congresso della CGIL dal titolo *Migliorare ed estendere la sicurezza sociale a tutti i lavoratori*, relazione che peraltro chiedeva, con forza, che la sicurezza sociale dovesse essere « finanziata dallo Stato o dagli imprenditori » (84). Non si indicavano tuttavia indirizzi o proposte concrete.

Il collegamento tra riforma della sicurezza sociale e riforma fiscale riapparve quindi all'interno del già citato documento *Attuazione di un piano di sicurezza sociale* elaborato dal consiglio direttivo della CISL che, presentato nell'inverno del 1958 da Giulio Pastore al presidente del Consiglio Adone Zoli (85), sintetizzava le conclusioni del convegno organizzato dal sindacato di Pastore pochi mesi prima, a loro volta frutto di una generale riflessione che la CISL aveva avviato a partire dal suo secondo congresso del 1955 (86).

Nel progetto della CISL lo sviluppo di un sistema di sicurezza sociale doveva passare attraverso il definitivo superamento del principio assicurativo classico e da una « revisione degli attuali metodi di finanziamento del sistema delle assicurazioni sociali mediante lo spostamento delle basi attuali sino al limite del passaggio del finanziamento alla base tributaria generale ». Occorreva una « centralizzazione delle risorse monetarie » in cui lo stato avrebbe assunto « la funzione di unico ente collettore ». Il fine era « un regime di sicurezza che intend[eva] garantire a tutti i cittadini una serie di prestazioni fondamentali », tra queste un « servizio sanitario per ogni ordine di malattia » (87). Se il suggerimento rimaneva livello generico, pochi mesi dopo la CISL avrebbe tuttavia avviato una propria indagine sulla situazione fiscale italiana, enucleando una

(84) *Atti e documenti del III Congresso della CGIL*, Napoli 26 novembre-8 dicembre 1952, Roma 1952, p. 9.

(85) ACS, PCM 1955-1958, f. 6.2/88154.

(86) CISL, *II Congresso nazionale. Relazione della Segreteria confederale*, Roma 1955, pp. 48-51; Archivio CISL, Fondo Pastore, b. 55, f. 4 « Problemi relativi alla previdenza ed assistenza sociale 1952-1957 », memoria diretta a Pastore nel febbraio del 1956. Sull'andamento del gettito tributario in questi anni si veda A. PEDONE, *Gettito tributario e congiuntura in Italia nel periodo 1950-1962*, Roma 1965, p. 89 e ss.

(87) ACS, PCM 1955-1958, f. 6.2/88154.

serie di possibili linee di intervento ⁽⁸⁸⁾. L'analisi metteva in evidenza la struttura profondamente sbilanciata verso l'imposizione indiretta, per definizione non progressiva, del sistema italiano, che era del resto una sua caratteristica di lungo periodo. Nel decennio 1949-1958 sia il gettito che la pressione fiscale erano risultati in costante aumento, ma l'ammontare complessivo dei prelievi rimaneva costituito per il 78.5% da imposte indirette e per il 28.5% da quelle dirette, una situazione che non aveva paragoni in Europa ⁽⁸⁹⁾. Pertanto — suggeriva il documento — sarebbe stato « opportuno frenare il ritmo di incremento [dell'imposizione indiretta ndr] e finanziare le sopravvenienti necessità attraverso l'accentuazione dell'imposizione diretta inasprendone la progressività ».

All'inizio degli anni Sessanta il collegamento tra il tema della riforma della sicurezza sociale e le questioni fiscali cominciava dunque ad entrare nelle riflessioni sul *welfare state*. Il già citato progetto di legge del luglio 1960, a firma di Foa, Santi, Novelli e Romagnoli, *Delega al governo della Repubblica per l'attuazione di un piano di sicurezza sociale*, pur non contenendo espliciti riferimenti alla necessità di fare procedere in parallelo una riforma fiscale, e pur non fornendo nessuna previsione di spesa derivante dall'applicazione della riforma proposta, indicava i cespiti tributari da considerare ⁽⁹⁰⁾ come strumento per il finanziamento, prevedendo di agire sia sull'imposizione diretta (con l'aumento di addizionali sull'imposta di successione, su quella complementare progressiva sul reddito, su quella di ricchezza mobile) che indiretta. Nel 1963 nuove sollecitazioni in questo senso venivano anche rapporto del CNEL:

Il Consiglio Nazionale dell'Economia del lavoro fa voti affinché tutto il problema riguardante l'ordinamento dei contributi e il finanziamento della previdenza sociale venga considerato nel quadro più vasto di un esame approfondito di tutto il sistema tributario italiano, tenuto conto dell'oppor-

⁽⁸⁸⁾ Archivio CISL, Fondo Pastore, b. 7, f. 7 « Questione fiscale ». La relazione, dell'ottobre 1959, era intitolata « Nota sui prelievi fiscali »; indirizzata a Pastore e da questi commissionata, fu stesa da Ettore Massacesi, all'ora all'Ufficio Studi della CISL.

⁽⁸⁹⁾ Questa la suddivisione tra imposte dirette e indirette in Francia (32.3%, 67.7%); Fdr (32.5%, 65.5%); Paesi Bassi (51.5%, 41.5%); Belgio (41.4%, 58.6%); Gran Bretagna (55.9%, 44.1%); Usa (69.2%, 38.8%).

⁽⁹⁰⁾ Si veda l'art. 33 della proposta.

tunità di conseguire un sistema di finanziamento che non sia unicamente basato sull'ammontare dei salari e sull'entità dell'occupazione ⁽⁹¹⁾.

Nella proposta del CNEL la partecipazione dello stato, tramite il ricorso sempre più ampio alla fiscalità generale, era tale da prevedere che, attraverso il bilancio si arrivasse a coprire nel 1980 ben il 45% dei costi, a fronte del circa 14% con cui lo stato partecipava nella prima metà degli anni Sessanta al finanziamento del *welfare* ⁽⁹²⁾.

A livello accademico, inoltre, la riflessione sulla fiscalizzazione degli oneri sociali era al centro del convegno organizzato dall'Istituto per la documentazione e gli studi legislativi del dicembre 1964, dedicato interamente a questo tema. Gli interventi introduttivi di Mario Alberto Coppini ⁽⁹³⁾ e di Sergio Steve ⁽⁹⁴⁾, in particolare, indicavano nell'adozione anche in Italia di una imposta progressiva sul reddito la via maestra da percorrere per dotare il nostro *welfare* di una efficace forma di finanziamento. Se Steve individuava nella radicata mentalità corporativa uno dei principali ostacoli verso l'approccio universalista alla sicurezza sociale, Coppini affermava come non vi potevano più essere dubbi circa il fatto che: « la riforma [della previdenza sociale ndr] non sarà realizzabile se non affrontando il problema della fiscalizzazione degli oneri sociali nel quadro di una incisiva trasformazione del sistema tributario [...] La fiscalizzazione è un pilastro essenziale per costruire l'edificio della sicurezza sociale » ⁽⁹⁵⁾.

Nel secondo dopoguerra la partecipazione dello stato alle spese della sicurezza sociale aveva senza dubbio conosciuto una costante crescita: nel 1950 la copertura a carico del bilancio era pari

⁽⁹¹⁾ CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., p. 227.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 209. Pur aumentando costantemente di anno in anno, nel 1980 la partecipazione dello stato alle spese sociali sarebbe stata lontana dal 45% preconizzato dal CNEL, attestandosi quell'anno al 21.42%. Cfr. E. Luzzati, R. Portesi, *La spesa pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Torino, Utet, 1984, p. 447.

⁽⁹³⁾ M.A. COPPINI, *La fiscalizzazione degli oneri sociali*, in *Fiscalizzazione degli oneri sociali e riforma della previdenza sociale*, a cura di C. Cosciani, Milano, Giuffrè, 1965, p. 28.

⁽⁹⁴⁾ S. STEVE, *Problemi attuali del finanziamento della sicurezza sociale*, in *Fiscalizzazione degli oneri sociali e riforma della previdenza sociale*, cit., p. 213.

⁽⁹⁵⁾ COPPINI, *La fiscalizzazione degli oneri sociali*, cit., p. 31.

3.97%, cresciuta al 7.36% nel 1955 per arrivare, nel 1964, al 13.86% ⁽⁹⁶⁾. In confronto ad altre realtà europee, al di là di una minore partecipazione statale complessiva nel finanziamento delle spese sociali, emergeva anche l'assenza di cosiddette « imposte di scopo », introdotte per coprire settori e bisogni strategici e specifici della sicurezza sociale. Così, ad esempio, in Belgio tasse speciali erano dedicate al finanziamento degli assegni di famiglia e in Francia al sostegno, nei vari schemi assicurativi, dei lavoratori agricoli ⁽⁹⁷⁾.

Nell'estate del 1964, un decreto avrebbe per la prima volta posto a carico della fiscalità generale la copertura dell'assicurazione per la tubercolosi, sino ad allora finanziata solo marginalmente con il contributo statale ⁽⁹⁸⁾. Nella relazione di presentazione del governo si leggeva come tra i motivi ispiratori del provvedimento (sebbene non tra i principali) vi fosse proprio l'avvio di un processo di fiscalizzazione degli oneri sociali:

La congiuntura che attraversa l'economia italiana [...] ha reso acuto un problema sul quale il Parlamento italiano ha manifestato la propria opinione [...] Esso è quello del riordinamento del sistema di finanziamento della previdenza e dell'assistenza oggi, della sicurezza sociale domani. Mentre ha trovato espansione ed è stato in alcuni casi veramente riformato il sistema delle prestazioni, al contrario il sistema della previdenza è rimasto pressoché inalterato. [...] È lecita la domanda se quanto fatto non ostacoli un processo di riordinamento del sistema [previdenziale]. Nulla viene ostacolato. Anzi, si persegue un indirizzo noto e da più parti in modo diverso incoraggiato, di un intervento dello Stato perché la collettività assuma una parte degli oneri delle prestazioni che dovranno espandersi e che non interessano un solo settore produttivo, bensì la collettività stessa ⁽⁹⁹⁾.

È interessante tuttavia notare che le accese discussioni che si svilupparono in occasione della conversione in legge del decreto, e

⁽⁹⁶⁾ Per gli anni Cinquanta i dati sono tratti da *Commissione parlamentare d'inchiesta sulla condizione dei lavoratori in Italia*, cit., vol. XI, pp. 333, mentre per il 1964 si vedano le cifre fornite da COPPINI, *La fiscalizzazione degli oneri sociali*, cit., p. 24.

⁽⁹⁷⁾ ILO, *The Cost of Social Security, 1949-1954*, Genève, 1958, pp. 30, 58, 82.

⁽⁹⁸⁾ D.l. 31 agosto 1964, n. 706, *Assunzione da parte dello Stato del finanziamento di alcune forme di assicurazioni sociali obbligatorie*.

⁽⁹⁹⁾ Camera dei Deputati, Atti parlamentari, Relazione della XIII Commissione permanente, Lavoro, Assistenza e previdenza sociale, 24 settembre 1964.

della sua proroga l'anno successivo ⁽¹⁰⁰⁾, ruotarono assai raramente attorno a questo aspetto del provvedimento. La critica mossa, sostanzialmente da rappresentanti del PCI, fu infatti quasi esclusivamente indirizzata a contestare la manovra in quanto ritenuta un nuovo ulteriore favore rivolto — sotto forma di sgravi contributivi — al mondo padronale. Soltanto il senatore comunista Giovanni Brambilla ⁽¹⁰¹⁾ focalizzò il suo intervento, e il proprio voto contrario alla legge, sul collegamento con il finanziamento del *welfare*, giudicando il provvedimento troppo poco efficace per promuovere quei passi necessari ad avviare l'auspicata riforma della previdenza: « Appare perciò in tutta evidenza la necessità di disancorare il finanziamento dalle aliquote contributive per passare ad un vero sistema fiscale, ma con scale progressive, commisurate al reddito percepito, saldando in tal modo la modificazione del sistema contributivo con l'esigenza di una riforma tributaria generale ». Inoltre, segnalava il senatore, l'onere derivante dalla fiscalizzazione aveva un'incidenza non progressiva poiché sarebbe stato realizzato attraverso il ricorso all'aumento di un'imposta indiretta come l'IGE, andando quindi « a danno essenzialmente dei lavoratori » ⁽¹⁰²⁾.

Nella prima metà degli anni Sessanta, dunque, il tema del possibile passaggio alla fiscalità generale di spezzoni sempre più consistenti delle spese sociali stava entrando nell'agenda del dibattito sul *welfare state*. Tuttavia l'iter legislativo della riforma fiscale — mai oggetto di studi da parte degli storici — fu estremamente travagliato e, soprattutto, estremamente lento. Sin dal 1962 erano state nominate dal Parlamento delle commissioni di studio, con l'apporto di studiosi quali Cesare Cosciani, Bruno Visentini, Sergio Steve, al fine di tracciare le linee guida di una riforma organica del settore, resasi sempre più necessaria dalle risultanze statistiche che dimostravano come dal 1964 il prelievo fiscale sulle famiglie avesse

⁽¹⁰⁰⁾ AP, discussioni alla Camera dei Deputati del 13, 14 e 15 ottobre 1964 e del 12, 13, 14, 15 febbraio 1965.

⁽¹⁰¹⁾ Senato della Repubblica, IV Legislatura, resoconto stenografico seduta 9 dicembre 1964.

⁽¹⁰²⁾ Il testo del decreto, come quello della legge successiva, non conteneva in realtà nessun elemento che consenta di capire attraverso l'incremento di quale imposta si sarebbero coperti gli sgravi contributivi proposti.

superato, in percentuale sul PIL, quello sulle imprese. Il percorso della riforma si concluderà tuttavia solo dieci anni dopo ⁽¹⁰³⁾, aprendo così la strada verso quell'aumento del disavanzo primario del bilancio statale cresciuto proprio nella stagione del centro sinistra e delle riforme sociali non finanziate con contemporanei aumenti nelle entrate delle imposte.

A partire dalla fine della guerra, e per i vent'anni successivi, il tema della riforma del *welfare state* ha conosciuto in Italia una costante attenzione. Pur in presenza di valutazioni che, sin dal 1945, spingevano per una radicale rottura con gli schemi ereditati dal fascismo — valutazioni per lo più provenienti da ambienti accademici, dalle tecnocrazie previdenziali o da alcune minoritarie frange del mondo politico — il percorso effettivamente intrapreso fu caratterizzato da un marcato fenomeno di *path dependence*, istituzionale e ideativa, rispetto al recente passato.

In particolare, le rotture e i mutamenti innescati dalla seconda guerra mondiale, altrove laboratorio per lo sviluppo di una nuova sensibilità nei confronti della sicurezza sociale (e si guardi non soltanto al noto scenario britannico), negli anni 'costituenti' non avviarono in Italia né una riorganizzazione né un ripensamento organico del settore. Assai tenue, inoltre, fu la riflessione su quale ruolo macroeconomico il settore della previdenza avrebbe dovuto e potuto assolvere in un periodo delicato come quello della ricostruzione. In questo senso è utile sottolineare che anche il planismo italiano dell'immediato dopoguerra si dimostrò estraneo a riflessioni, proposte e obiettivi in ordine ai problemi della protezione sociale — significativa l'assenza di riferimenti in tal senso nel cosiddetto Piano Saraceno del 1947, ma anche il silenzio che su questi temi caratterizzò il Piano del Lavoro avanzato dalla CGIL nel 1949 ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰³⁾ Il primo disegno di legge-delega sulla riforma tributaria risale al 1967, ma per la sua approvazione definitiva si dovette attendere l'ottobre del 1971. I decreti delegati riguardanti il nuovo sistema tributario per le imposte indirette furono emessi il 26 ottobre del 1972 ed entrarono in vigore dal gennaio 1973, mentre quelli relativi alle imposte dirette portano la data del 29 settembre 1973, entrando in vigore dal gennaio 1974. Le misure di fiscalizzazione degli oneri sociali furono poi più ampiamente introdotte solo alla fine degli anni Settanta, a partire dal decreto 7 febbraio 1977 n. 15.

⁽¹⁰⁴⁾ P. SARACENO, *Elementi per un piano economico 1949-1952. Relazione al comitato interministeriale per la ricostruzione*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato,

Senza ricorrere all'abusato paradigma delle 'occasioni mancate', i tentativi di ridisegnare il sistema previdenziale durante i primi anni post-bellici risultarono in buona parte condizionati, nelle ipotesi di riforma prospettate, da principi e soluzioni mediati dall'esperienza passata, rivelandosi poco aperti a suggestioni e esperienze internazionali. In Italia l'eco del Beveridge Report, pur presente, risulterà filtrato da un orizzonte valoriale e cognitivo ancora lontano dall'aver consapevolezza del significato dei nuovi e universali diritti sociali di cittadinanza, un orizzonte ancora, e per molti aspetti, inevitabilmente, condizionato dall'esperienza e dalle modalità con cui il regime fascista aveva costruito il proprio modello di stato sociale. Nel primo decennio postbellico un impianto teorico, istituzionale e giuridico di lungo periodo non fu mai, di fatto, messo in dubbio; parlare di occasioni mancante può dunque risultare fuorviante in relazione a scelte, o a mancate scelte, che risposero non solo agli innegabili vincoli del contesto socio-economico del periodo, ma anche a precise visioni e condizionamenti politico-culturali, espressi dalle principali forze politiche in campo.

Un nuovo e accresciuto interesse verso la realizzazione di un compiuto sistema di sicurezza sociale si farà strada a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta, promosso soprattutto da riflessioni e studi maturate all'interno del mondo sindacale e da settori delle tecnocrazie previdenziali. L'opportunità non sarà, tuttavia, colta. A dispetto delle propensioni all'universalismo mostrato da CISL e CGIL, e da parti dell'élite democristiana, socialista e comunista, la debolezza intrinseca della formula del centro sinistra costituirà un freno ad un progetto organico di riforma del sistema previdenziale. Durante la stagione del centro-sinistra, la presenza di un « dividendo fiscale »⁽¹⁰⁵⁾ generato dalla crescita economica e l'avvio del primo effettivo progetto di riordino dell'obsoleto, disorganico e inefficiente sistema tributario, avrebbero messo a disposizione risorse per realizzare le aspirazioni riformiste in campo sociale.

1948; *Sul piano del lavoro della CGIL: antologia di scritti 1949-1950*, a cura di F. Loreto, Roma, Ediesse, 2013. Sottolinea invece il rapporto tra programmazione e sviluppo del welfare state J. KLAUSEN JYTTE, *War and Welfare. Europe and the United States, 1945 to the present*, London, Palgrave, 1998.

(105) FERRERA, FARGION, JESSOULA, *Alle radici del welfare all'italiana*, cit., p. 329.

Ma il tortuoso e complesso processo avviato dall'insediamento nel 1962 della Commissione per la riforma tributaria si concluderà soltanto nella prima metà degli anni Settanta, aprendo così la strada ad una divaricazione tra l'entità delle entrate e quella delle uscite, in gran parte accelerato proprio dall'impennarsi della spesa previdenziale a seguito delle riforme, puramente incrementali, approvate negli anni precedenti.

Testimonianze

UMBERTO ROMAGNOLI

« RAGIONEVOLI UTOPIE »
CULTURA GIURIDICA DEL LAVORO
E CITTADINANZA SOCIALE

(Intervista di Giovanni Cazzetta)

Tra i protagonisti del diritto del lavoro dell'Italia repubblicana Umberto Romagnoli è il giurista che più si è interrogato sull'identità della materia in un continuo e aperto confronto con la dimensione storica come chiave privilegiata di lettura della cultura giuridica e delle trasformazioni del presente. Nei suoi scritti la storia non è prologo in cielo, fuga dalla realtà, orpello d'erudizione, ma strumento indispensabile per la comprensione del diritto vivente, dei nessi fra logica giuridico-formale e società, lettura critica delle attualizzazioni del passato, bisogno reale di conoscenza, perché — come scrive —, per costruire il futuro, il presente obbliga sempre a fare i conti con il passato.

Romagnoli ha generosamente accettato di raccontare continuità e svolte, « cambi di passo » del suo percorso di ricerca. Programmata da qualche tempo, l'intervista s'inserisce perfettamente in questo numero dei *Quaderni fiorentini* dedicato a « Giuristi e Stato sociale ». L'idea di diritto del lavoro — scrive Romagnoli in un recente saggio — è mutata « dopo l'eclisse della rappresentanza politica e sociale del lavoro »; un'eclisse che « opacizza la prospettiva di senso » e costringe a rivedere, senza « penose abiure », la chiave di lettura fiduciosamente utilizzata nell'avventura disciplinare del Novecento come 'secolo del Lavoro', a prender atto che il diritto del lavoro « ha poco da spartire con l'epicità, moltissimo con la cronaca quotidiana » ⁽¹⁾. Dal racconto di Romagnoli il tema del *Quaderno* emerge appieno, tra dimensione epica e cronaca quotidiana, tra disincanto e ragionevoli utopie.

⁽¹⁾ *Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro* in « Lavoro e diritto », 2016, 1, pp. 3-15; lo scritto riprende e sviluppa l'intervento nel Convegno « L'idea del diritto del lavoro, oggi » (Venezia, settembre 2015) dedicato alla memoria di Giorgio Ghezzi. Gli *Atti* sono pubblicati dalla casa editrice Cedam (Padova, 2016).

Ti sei iscritto nel 1954 alla Facoltà di Giurisprudenza di Bologna. Com'eri approdato a quella scelta?

« Un uomo che vuole la verità diventa scienziato. Un uomo che vuole lasciare libero gioco alla sua soggettività può diventare scrittore. Ma che deve fare un uomo che vuole qualcosa di intermedio? ». Quando è toccato anche a me affrontare il problema che si pone il protagonista di *L'uomo senza qualità*, pensai di poterlo risolvere iscrivendomi alla Facoltà di Giurisprudenza della mia città.

Premesso che fin da ragazzino ho sempre avuto il pallino di diventare scrittore, non ho difficoltà a riconoscere che l'*incipit* del racconto del mio rapporto col diritto del lavoro l'ho trovato dopo averci pensato un bel po'. Mi seccava, infatti, esordire con la più disarmante delle banalità: un diciottenne con in tasca il diploma di maturità classica, un'incurabile allergia alla matematica, scarsa fiducia nella remuneratività della laurea in Lettere e qualche speranza che quella in Legge avesse almeno il vantaggio del multi-uso, nel 1954 non poteva fare altro che sfidare la propria soggettività ad esercitarsi nella fabbrica degli operatori giuridici. Anche se il luogo gli era totalmente sconosciuto; amenoché non fosse nella condizione che, anche oggi, è la sola che consenta a un giovane di frequentarlo con qualche idea di ciò che forse farà quando ne uscirà: la condizione è quella di avere in famiglia avvocati o notai. Ed io non ne avevo.

Che ricordi hai della Facoltà giuridica bolognese? Quando avvenne il primo incontro con il diritto del lavoro?

Il primo anno d'Università fu poco meno che disastroso. Il diritto continuava a sembrarmi una terra straniera dove si parlava una lingua astrusa, pressoché incomprensibile perfino a chi come me collezionava 30 e 30 e lode. Non per caso, infatti, l'unico corso che seguì con interesse (e il primo esame universitario che sostenni) fu quello di Economia politica. Anche se la cosa si spiega da sé: la sorte mi aveva regalato un docente di eccezionale levatura. Era Federico Caffè. Comunque, è soltanto nel II anno d'Università che il mio rapporto col mondo del diritto comincia a trasmettere segnali intelligibili.

Sarà perché sono i primi a giungermi, sta di fatto che mi coinvolgono anche sul piano emotivo al punto che, con la complicità della stellare ingenuità dei miei vent'anni, mi lasciano di stucco; più o meno, come la prima cotta adolescenziale. Infatti, decido in fretta e furia che mi sarei laureato nella materia dove si era determinato il cortocircuito rivelatore e, subito dopo aver superato l'esame, mi precipito a chiedere la tesi al professore. La materia è diritto del lavoro e Tito Carnacini il professore.

Tito Carnacini — giurista liberale, attento a esplorare in quegli anni una materia « grezza e plebea » e capace di attrarre giovani al diritto

del lavoro sino a fondare una scuola ⁽²⁾ — *era un processualcivilista. Ti sei laureato nel 1958 con una tesi sulla successione a titolo particolare nel processo. Ti sentivi diviso tra il diritto del lavoro e il fascino di una materia 'nobile'?*

Può darsi che il diritto del lavoro mi fosse piaciuto soprattutto perché la didattica carnaciniana mi aveva sedotto. Anzi, questo dev'essere vero senz'altro. Infatti, nel III anno entrai in contatto col diritto processuale civile. Che mi stregò. Il docente era sempre Carnacini e, se la materia mi piacque di più, la ragione principale è che l'ascolto delle lezioni m'impressionò ancora di più. Il che dipendeva da circostanze tutt'altro che secondarie di cui venni a conoscenza soltanto in seguito. Non sapevo, cioè, che la Facoltà aveva conferito a Carnacini la cattedra di Diritto del lavoro solamente perché quella di diritto processuale civile era ricoperta da Enrico Redenti; che Carnacini ne era l'allievo prediletto e che avrebbe potuto trasferirsi nella cattedra di diritto processuale civile solo quando il maestro fosse andato fuori ruolo. Quindi, non sapevo che Carnacini, il quale aveva svolto un ruolo di rilievo nella commissione ministeriale incaricata di redigere il c.p.c. del 1942, non aveva mai pensato di fare del diritto del lavoro la disciplina della vita. Certo, per insegnarla l'aveva studiata, ma (come mi disse molti anni dopo) da *explorator*, non da *transfuga*. Insomma, non potevo sapere che la materia nella quale raggiungeva la perfezione nel pensare scientificamente e mostrare con semplicità era proprio il diritto processuale civile.

Comunque, la materia processualcivilistica mi era piaciuta più della giuslavoristica non solo a causa del superiore effetto-trascinamento delle lezioni. Riavvolgendo il nastro della memoria, come mi solleciti a fare, mi rendo conto che c'è un'ulteriore ragione. Più profonda e dunque legata più al mio percorso di formazione che all'insegnamento di Carnacini processualcivilista. Il fatto è che la grammatica e la sintassi del diritto processuale civile erano quelle della lingua parlata dall'*élite* del mondo del diritto degli anni '50. Per questo, mi spingo ad affermare che, scegliendo di laurearmi in procedura civile, inconsapevolmente fornivo testimonianza di come si potesse concludere con piena coerenza il processo di interiorizzazione del clima culturale dominante nell'Università italiana dell'epoca, quello del positivismo giuridico. In conseguenza, è naturale che, a metabolizzazione avvenuta, guardassi al diritto del lavoro come ad una piccola provincia del sapere giuridico, mentre il diritto processuale civile mi appariva per quello che

(2) *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, Donzelli, 2009, pp. XIII-XV. Si cfr. F. MANCINI, *Il liberale Tito Carnacini*, in « Rivista trim. di dir. e proc. civ. », 1984, p. 625 e ss.; ID., *Intervista* (1993) poi in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di P. Ichino, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 478-479.

era sul serio: allora, era una delle capitali più rinomate del mondo del diritto. Lì, formalismo, concettualismo e dogmatismo sono ipervalorizzati; epistemologia, paradigmi cognitivi e metodo sono rigorosamente ancorati allo *ius conditum*.

Apri il tuo volume Giuristi del lavoro, scrivendo: « Il giorno della laurea, quasi tutti i giuristi della mia generazione non avevano un'idea precisa di quale fosse realmente l'oggetto del loro interesse scientifico-culturale » ⁽³⁾.

Infatti, si racconta che un neo-laureato degli anni '50 (e non uno qualsiasi: sarebbe diventato un capo-scuola della materia) era convinto che Fiom fosse la sigla di una federazione sindacale di medici ospedalieri. Non so se l'episodio sia vero. Però, in luoghi e tempi in cui la dogmatica è l'unico modo di studiare il diritto, quello del lavoro incluso, è del tutto verosimile. Inoltre, alla scarsa familiarità coi fatti, ed alla loro tendenziale irrilevanza ai fini della pre-comprensione del diritto del lavoro, si sommava la manipolazione del suo passato, nel senso che quello più prossimo era oggetto di demonizzazione e quello più remoto di mitizzazione. Se in giro ci fosse stata meno fretta di giudicare e più voglia di capire, si sarebbe invece dovuto ammettere che il secondo, il terzo e il quarto decennio del '900 erano stati, per aspetti tutt'altro che secondari, una stagione durante la quale sono proseguiti discorsi precedenti e si sono poste le basi per discorsi futuri. Per questo, i giuristi del lavoro non si sono resi conto se non tardivamente che il patrimonio di sapere di cui disponevano ne faceva dei debitori del pensiero giuridico corporativo più di quanto la radicalità del sopravvenuto mutamento politico-istituzionale non permettesse di supporre e, al tempo stesso, dei continuatori del Barassi-pensiero, ancorché rivisitato sapientemente da Francesco Santoro Passarelli. La straordinaria attitudine di questo prestigioso civilista a rielaborare in chiave logico-sistemica i dati normativi era anche il suo limite. Infatti, sapeva esporre verità convenzionali nella forma di un'adamantina concettualizzazione che, nemica della storicità, le assolutizzava, invogliando perciò intere generazioni di operatori giuridici a trasformarle in assiomi. Così, nessuno si chiedeva come mai legislatori e interpreti si siano sempre mobilitati in difesa dell'aspettativa comune alla generalità degli imprenditori di poter contare su una manodopera docile, ubbidiente e pronta a identificare il proprio interesse in quello dell'impresa. Come mai, insomma, un sogno da considerarsi proibito nell'accezione praticata nel linguaggio corrente non fosse rimasto ciò che avrebbe dovuto rimanere, ossia il prodotto di una fantasia desiderante, e come mai uno zelante legislatore ne avesse sempre favorito la realizzazione scrivendo

⁽³⁾ *Giuristi del lavoro*, cit., p. IX.

lo statuto dei diritti dell'imprenditore come capo dell'impresa assai prima dello statuto dei diritti dei suoi dipendenti. L'incontestata legittimità giuridica di un sogno proibito starebbe forse a significare che si fa solo retorica dicendo che « chi non lavora non ha, ma soprattutto non è »? che si sconfinava nell'escatologia quando si asserisce con toni tra il declamatorio e il rivendicativo che il lavoro è il perno dell'esistenza del comune mortale, il mezzo della sua emancipazione e della sua auto-realizzazione?

Questi però sono interrogativi che all'inizio del mio percorso non mi ponevo, perché non avevo ancora perduto il candore necessario per dubitare che il diritto che dal lavoro prese il nome ne avesse preso anche la ragione. Soltanto adesso viene il sospetto che il nome che porta sia un (involontario?) depistaggio cognitivo. Adesso che l'incontro del lavoro col diritto nella forma raggiunta durante quello che Tony Judt definiva « il lungo momento socialdemocratico » dell'Europa del secolo XX è ormai un ricordo e c'è chi sostiene che sia stato un'avventura irripetibile. Però, anche adesso che mi vedo costretto a formulare i medesimi interrogativi, rimpiango di avere perduto il candore che mi ha protetto per un buon tratto di cammino.

Il fascino della 'piccola provincia' resta però forte. È per questo che intraprendi un viaggio dal Diritto processuale civile al Diritto del lavoro?

Quasi a mia insaputa iniziò presto il riordino della cassetta degli attrezzi che mi ero diligentemente procurato per costruirmi la chiave d'accesso al tempio del diritto. Infatti, a distanza di una decina di mesi dall'esame di laurea durante i quali pubblicai un paio di articoli ricavati dalla tesi, maturai la decisione di impegnarmi in un corposo saggio volto alla ricostruzione interpretativa di una norma del codice civile, l'art. 2117, trascuratissima dalla dottrina, ma non del tutto marginale nella prassi aziendale; una prassi che, a ragione, giudicavo figlia di un vetero-paternalismo anticipatore della previdenza integrativa dei tempi moderni.

Come dire: ero tornato alla prima opzione. Quella da cui mi ero allontanato perché mi ero convinto di avere scoperto il diritto. Quello vero. Vero perché non contaminato dai pregiudizi irriducibilmente pre-statali o anche anti-statali che fanno l'incompiutezza del diritto del lavoro, riducendolo a qualcosa che somiglia ad un semi-lavorato. Come, in effetti, pensavano in tanti (e chissà quanti pensano tuttora), pur preferendo dirlo sottovoce. Ho ancora vivo il ricordo di quando udii distintamente Luigi Mengoni mormorare a se stesso: « e adesso torno a studiare diritto », al termine di una conferenza di Gino Giugni su di un sistema di contrattazione collettiva come quello italiano tenuto insieme da poco più di spago e chiodi. Non tutti però erano così discreti. Alberto Asquini, che nel 1964 presiedette la commissione della libera docenza cui aspiravo, non si trattenne dal chiedermi tra l'incre-

dulo e il compassionevole cosa mi fosse capitato per rinunciare all'illustre primogenitura per un « piatto di lenticchie » (*sic*); tanto più che avevo conseguito il premio nazionale Carlo Maria De Marini bandito a cadenza biennale dall'Università di Genova per la migliore tesi di laurea processualciviltistica e ciò significava che il salotto buono dei processualciviltisti riponeva su di me qualche speranza. « La piccola medaglia che egli riceve », sono infatti le parole che mi rivolse pubblicamente Salvatore Satta in chiusura della cerimonia genovese svoltasi nel 1961, « non è soltanto un onore, è anche un onere, perché costituisce un impegno per l'avvenire ». Un avvenire da studioso del processo civile, naturalmente. Che, viceversa, non ci sarebbe stato se non nei limiti in cui può interessarsi di diritto processuale un giurista del lavoro: infatti, nel 1969 ho scritto *Le associazioni sindacali nel processo*, uscito non a caso nella collana dei *Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, e, nel 1971, partecipai al rituale convegno nazionale dei processualciviltisti con una relazione sugli *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*.

Dove e come si produsse il disincanto nei confronti del diritto processuale civile?

Il disincanto si produsse con discreta celerità. Segno, potresti giustamente osservare, che non c'erano granitiche certezze da sgretolare; però, è noto che anche un gocciolo insistito scava la roccia. In fondo, proprio di questo si trattava. Infatti, cominciai a ripensare la scelta di campo che credevo definitiva subito dopo avere iniziato a frequentare una sede privata di formazione della cultura giuridica di cui prima non conoscevo nemmeno l'esistenza, anche se era strettamente connessa all'ambiente universitario. Era la sede della direzione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fondata nel 1947 da Enrico Redenti (con Antonio Cicu) e diretta da Tito Carnacini, dove una nutrita redazione (di cui presto divenni parte: tre anni dopo Giorgio Ghezzi e un paio d'anni prima di Luigi Montuschi) si riuniva tutte le sere, all'incirca dalle 19 alle 20.30.

Il segretario di redazione era Federico Mancini, a quel tempo professore incaricato dell'Università di Urbino.

È stato lui a insegnarmi a correggere le bozze, a curare l'*editing* dei materiali per allestire i fascicoli; come si gestiscono i rapporti con la tipografia e come si mantengono o si cercano i contatti con i collaboratori esterni. Intanto, però, si conversava. Si conversava tanto, perché il nostro comunicare era godibilmente scorrevole. Si conversava tanto e di tutto. Anche di diritto del lavoro, ovviamente. Dello stato arretrato degli studi del settore come del nuovo che, sia pure sottotraccia, si muoveva nelle file dell'accademia. In proposito, Federico mi parlava con particolare calore di un suo grandissimo amico che ammirava al limite dell'invidia anche perché — diceva, sbalordendomi — era un

outsider: « sostanzialmente, un autodidatta », lo ha definito di recente Paolo Grossi, probabilmente sbalordito anche lui. Professore incaricato dell'Università di Bari, si chiamava Gino Giugni. Federico non tardò a consigliarmi di leggerne la già fitta saggistica — che, assicurava, mi avrebbe squadernato sotto gli occhi inimmaginabili scenari — e volle farmelo conoscere personalmente. L'incontro sprigionò la scintilla di un *feeling* destinato a trasformarsi in un *amen* in un rapporto che, malgrado il tu colloquiale che per volontà di Gino cominciammo subito a scambiarci, non perse mai natura e caratteristiche costitutive di quello che si stabilisce tra maestro e discepolo. Un rapporto che non è mai autenticamente paritario, eppure non incute soggezione e perciò, a suo modo, è magico. La primazia del maestro è resa inattaccabile non tanto dalla devozione del discepolo quanto piuttosto dalla gratitudine del medesimo verso chi gli ha insegnato a diventare ciò che è e voleva essere. In effetti, il sodalizio che si stabilì immediatamente tra noi ha accelerato i tempi di definizione del settore dell'ordinamento oggetto del mio interesse scientifico-culturale. Ne ricevevo l'impulso ad allargare la ricerca alle dinamiche che precedono e seguono la scrittura della norma e difatti è solo per questa via che sono arrivato a vedere la faccia nascosta del diritto del lavoro.

Ecco: a questo punto della narrazione hai già compreso, ne sono sicuro, come si sia determinata la svolta nella mia biografia intellettuale documentata dalla pubblicazione sulla *Trimestrale* (nel 1960) del mio primo articolo in materia di diritto del lavoro. È stata una svolta, tutto sommato, più *ad homines* (in numero, come è sempre stato chiaro a tutti, non inferiore a tre) che *ratione materiae*. Un'ammissione del genere non è nuova. La fece anche Giorgio Ghezzi, interpellato nel 2000 da *Lavoro e diritto* sul perché in gioventù avesse piantato la tenda nel territorio del diritto del lavoro. L'unica differenza è il numero degli uomini che influenzarono la sua scelta: Giorgio nomina soltanto Carnacini e Mancini.

La « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile » ha avuto un ruolo essenziale nel Tuo itinerario scientifico e, più in generale, per il diritto del lavoro.

La *Trimestrale*, diceva spesso Carnacini, « ha le spalle larghe ». Alludeva alla molteplicità degli itinerari disciplinari percorribili da una rivista di dibattito generalista. In effetti, pubblicando scritti che spaziavano dal diritto processuale al diritto sostanziale, pubblico e privato, fino alla teoria generale e alla filosofia del diritto, la *Trimestrale* si era affermata come una rivista di scienze giuridiche *tout court*. Ma Carnacini alludeva anche alla consistenza fisica delle annate cui, peraltro, teneva moltissimo giudicandola il sintomo di una rivista prosperosa: mai inferiore alle 1400 pagine, spesso sfondava quota 1600, suscitando le lagnanze dell'editore. Io, invece, all'espressione da lui usata ho

sempre attribuito un diverso significato che aveva a che fare con la statura accademica dei suoi padri-padroni.

Come dire: anche secondo me la *Trimestrale* aveva le spalle larghe, ma nel senso che l'indiscusso prestigio accademico sia del fondatore sia del direttore funzionava da polizza di assicurazione contro il rischio di rigetto o emarginazione cui erano esposti gli innovatori dell'*italian style* di studiare il diritto del lavoro che vi pubblicavano i propri scritti. Io, per esempio, vi pubblicai nel 1962 *Politica e tecnica della contrattazione collettiva* (allora, bastava un titolo del genere per far trasecolare gli operatori giuridici) e, nell'anno precedente, avevo pubblicato pagine insolitamente urticanti sulla *job evaluation*: una novità assoluta in materia di classificazione professionale della manodopera che, per quanto all'epoca se ne chiacchierasse parecchio perché si poneva in rotta di collisione con l'art. 2103 c.c., ero uno dei pochi a conoscere bene. In quel periodo, infatti, dirigevo l'ufficio-studi sindacali, composto peraltro solo da me e dunque ridotto all'osso, di una grande società siderurgica a p.p.s. con sede a Genova che, con l'assistenza tecnico-professionale di Giugni, aveva negoziato coi sindacati l'introduzione dell'inusuale metodo classificatorio *made in USA*.

La verità è che una rivista geneticamente non di tendenza, qual era la *Trimestrale*, recava dentro di sé il possibile nucleo fondativo della rivista d'indirizzo che il diritto del lavoro non aveva mai avuto. In effetti, le pochissime esistenti o non godevano dell'indispensabile indipendenza politico-culturale (come il *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, legato alla Confindustria o la *Rivista giuridica del lavoro*, legata alla CGIL) o conservavano robusti legami con l'ideologia giuridicopolitica che aveva promosso una società pacificata, assistita, gerarchicamente ordinata, ma senza classi contrapposte. È il caso del periodico di dottrina e giurisprudenza *Il diritto del lavoro* fondato nel 1927 da Giuseppe Bottai a pochi mesi di distanza dall'emanazione della Carta del lavoro.

« Se oggi », disse Gaetano Castellano in apertura del seminario promosso dalla *Trimestrale* per fare il bilancio di un trentennio di attività, « dobbiamo concludere che la rivista ha diffuso cultura, lo possiamo fare con riferimento a quei settori e a quei periodi nei quali la cultura era prodotta all'interno della rivista stessa ». È un giudizio critico che, per implicito, colloca la *Trimestrale* tra le riviste-bazar; neanch'io, del resto, nella medesima occasione ero stato indulgente, dal momento che l'avevo definita con le parole usate da Stendhal per definire il romanzo: uno specchio che passa per la strada e riflette quello che c'è. Può darsi che la severità della valutazione compiuta da Gaetano (un caro amico dai tempi del liceo che, ahimè, se ne è andato troppo presto) fosse eccessiva. A me, però, sembrò lusinghiera, perché rifletteva bene quel che era successo nel rapporto della *Trimestrale* col diritto del lavoro soprattutto nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori. Sbagliava, infatti,

Luciano Spagnuolo Vigorita, incaricato di svolgere una relazione sulla trentennale presenza della *Trimestrale* nell'ambito del diritto sindacale e del lavoro, a ravvisare una netta cesura tra un prima e un dopo, contrapponendo « un periodo accademico » (*id est*, conformismo, in sintonia col grigio dominante) ad « un periodo politico » (*id est*, scapigliatura colorata di rosso). Lo scorcio finale degli anni '60 e la prima metà degli anni '70 sono semplicemente quelli in cui sulla *Trimestrale* s'infittiscono gli scritti di diritto del lavoro, mentre è la linea di continuità col decennio precedente che finisce per prevalere. Prevale nella misura in cui la straordinaria evoluzione della materia sospinta da eventi storico-politici d'insolita grandezza permette al nucleo di giovani giuristi del lavoro che la favorevole congiunzione astrale degli anni a cavallo tra i '50 e i '60 aveva radunato nello *staff* della rivista di mettere diversamente a profitto la legittimazione culturale generosamente accordata. Se prima se ne erano serviti per farsi accettare nella comunità tradizionale dei giuristi, o perlomeno per semplificare la vicenda-cooptazione che li riguardava personalmente, adesso se ne servono per accarezzare l'idea d'essere riconosciuti come una scuola di pensiero in rottura con la tradizione.

Alludevi prima alla direzione dell'ufficio studi sindacali all'Italsider. Che importanza ha avuto per Te quell'esperienza?

Un'importanza determinante.

Fui assunto nel 1961 all'Italsider cui venni segnalato da Giugni, allora consulente dell'IRI. Non fu soltanto la soluzione (provvisoria?, non potevo certo saperlo) di un problema esistenziale. Certamente, da assistente volontario (che era il gradino più basso della carriera universitaria d'una volta) senza serie speranze di ruolizzazione in tempi brevi, sognavo di poter fruire di una fonte di reddito che mi consentisse di proseguire lo studio post-universitario del diritto del lavoro. Sognavo cioè di imitare Giugni che, con un piede dentro e uno fuori dell'Università, dimostrava che la cosa era fattibile; e Giugni, che l'aveva capito, dovette trarne motivo di auto-compiacimento, anche se non me lo disse mai. Tuttavia, sia io (alle dipendenze dall'Italsider) che Gino (organicamente inserito nella sede romana dell'IRI) avevamo in mente un progetto in qualche modo strategico. Come ci dicevamo tra noi, lo stare con un piede dentro e uno fuori dell'Università corrispondeva all'idea di diritto del lavoro che condividevamo. Entrambi eravamo fermamente persuasi che, dal punto di vista culturale, « il futuro della materia » (espressione che Gino usava spesso) non poteva essere assicurato da libri scritti a mezzo di altri libri e ritenevamo che occorresse conoscerne l'esperienza applicativa. Per conoscerla senza intermediazioni involontariamente deformanti come, a nostro parere, la stessa giurisprudenza, l'ideale era stabilire contatti diretti con la quotidianità del mondo della produzione e il nostro modello di vita lo consentiva. Insomma, pensa-

vamo di avere trovato la maniera giusta per soddisfare il bisogno di guadagnare un po' di soldi per mettere su famiglia e, al tempo stesso, praticare un metodo di studio del diritto del lavoro adeguato alla sua specificità: tutto in nome del progresso della scienza giuridica. Le parole possono apparire esagerate, ma un tantino esagerata (ed anche, lo so bene, di comodo) era pure la fede che ci animava o, perlomeno, caro Giovanni, sosteneva chi ti parla.

L'esperienza lavorativa lasciò un segno scientifico tangibile nella Tua monografia del 1963 sul Contratto collettivo d'impresa? In quel libro la tensione verso un affrancamento dal formalismo e dal concettualismo è particolarmente forte, e costante è il riferimento all'Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva di Giugni. Utilizzarne l'insegnamento per un'indagine di diritto positivo — scrivi — significa « servirsi con estrema cautela dei procedimenti derivanti dalla logica giuridica astratta » e affrontare i problemi « in stretta aderenza alla realtà effettuale ». Nel libro la ricerca della « nota realistica che caratterizza l'autonomia collettiva » è ripetutamente opposta alle « astrazioni aberranti » e al « positivismo giuridico di tipo ottocentesco che identificava la giustizia con la legalità »⁽⁴⁾.

Si, la monografia sul *Contratto collettivo di impresa* celebra l'apologia del nesso esistente tra il diritto del lavoro e la sua dimensione fattuale. Non poteva essere diversamente. E non solo per ciò che ho appena finito di raccontare. Il fatto è che, per il diritto del lavoro, si era aperta da poco la stagione della giuridificazione spontanea dei rapporti sindacali ed io me ne consideravo lo *starter junior*, aiutante dello *starter senior* che era Giugni. Sino ad allora il sistema di relazioni industriali era rigidamente imperniato sul principio dell'esclusività del contratto collettivo nazionale di categoria e l'*establishment* confindustriale lo difendeva a spada tratta siccome equivaleva alla neutralizzazione del rischio di presenza del sindacato nei luoghi di lavoro. Si dà il caso però che l'Italsider fosse un agguerrito avamposto in mano a boiardi di Stato la cui voglia di potere si esprimeva anche nella rivendicazione di maggiori spazi per la contrattazione aziendale integrativa e/o modificativa; una rivendicazione indirettamente appoggiata da sindacati che, come quelli italiani, avevano sempre visto una terra irredenta nel mondo del lavoro dal quale erano usciti in seguito al patto di Palazzo Vidoni degli anni '20. In effetti, anche la sola presenza nei contratti centralizzati di clausole di rinvio alla contrattazione ai livelli inferiori su determinate materie equivaleva per loro a una potenziale limitazione dell'unilaterale amministrazione dei rapporti di lavoro da parte delle Direzioni aziendali. Non fu un caso, invece, che io scegliessi come argomento della

(4) *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 30, 62, 113.

monografia un fenomeno di sottobosco sul quale né la dottrina né la giurisprudenza avevano ancora posato lo sguardo. Nemmeno io lo conoscevo; ma stava crescendo sotto i miei occhi e, dato che partecipavo direttamente alla sua crescita, avevo l'opportunità di analizzarne da vicino contesto e contenuti.

La scelta del tema coincideva dunque con una scelta di vita e con una precisa scelta di metodo nello studio del diritto del lavoro?

Indubbiamente, la scelta tematica e metodologica si raccordava alla scelta di vita. Bisognava però dare una veste giuridica ad un istituto *statu nascenti*. E proprio questo era il problema. Come ritrascrivere in termini giuridici un vuoto di diritto? Come convincere la commissione per la libera docenza che avevo scritto una monografia giuridica? Beh, ci voleva un po' di coraggio e un po' di estro creativo. Ne riporto una frase rappresentativa, una delle tante. « Sotto l'aspetto dogmatico, la clausola di rinvio è configurabile come un negozio giuridico bilaterale la cui efficacia è talora subordinata sospensivamente all'avveramento di una condizione potestativa: atipico e non di rado congiunto con un negozio (preparatorio) che ha le caratteristiche del contratto normativo ». Forse, è a causa di un linguaggio del genere che Giugni un giorno ci scherzò sopra dicendo che « avevo l'abitudine di pensare in tedesco » ciò che scrivevo. La verità invece è che il contorsionismo verbale era la spia degli ostacoli da superare per guadagnarsi il consenso del ceto dei professori di diritto dell'epoca e fargli capire che non ero diverso da loro. A distanza di tanti anni, riconosco che era una forzatura e, come quella del bimbo che per darsi coraggio fischiava nell'attraversamento notturno di una foresta, esprimeva più paura che spavalderia. Numerose infatti erano le forzature; e non solo linguistiche. Anche qui, un solo esempio: il titolo del paragrafo « *Clausola di rinvio e contratto collettivo d'impresa: elementi di una fattispecie complessa a formazione successiva?* ». Però, ero in buona compagnia. Infatti, la tesi che criticavo per eccesso di dogmatismo era stata avanzata da Giorgio Ghezzi in uno scritto del 1962. Per farla breve, il sottotitolo taciuto del libro era: dogmatica, che passione! Però, non è il caso di ironizzare troppo. Non posso negare che considerai salvifico un articolo di dogmatica allo stato chimicamente puro sui *Negozi giuridici collegati* del 1937. Mi salvò perché apprestava un apparato concettuale più adatto per la sistemazione teorica del *bricolage* in cui si stava esibendo l'autonomia collettiva all'inizio degli anni '60 e presentava il vantaggio di essere stata elaborata da un giusprivatista che, quando scrivevo, era già un classico (Michele Giorgianni).

Allora, d'altra parte, non potevo rendermi conto che, in materia sindacale, senza saperlo né dirlo « così fan tutti ». In effetti, mi sono venuto persuadendo che il ricorso alle categorie di pensiero mutate dal linguaggio della tradizionale cultura giuridica sia stato il costante *modus*

operandi dell'intera dottrina e, ancora prima, di una compatta giurisprudenza, dalle toghe d'ermellino in giù, e che esso abbia un carattere strumentale. Serve per farsi perdonare di voler attribuire di fatto al contratto collettivo un'efficacia vincolante para-legislativa, assecondando così agenti contrattuali che si comportano con l'intima persuasione di dover tutelare il singolo con riguardo meno alla sua (eventuale) veste di associato che a quella (pressoché certa) di destinatario degli effetti del contratto. Per questo, mi sembra che sia intellettualmente onesto riconoscere che la giurisprudenza ha trainato la dottrina a fare sua una concezione del contratto collettivo che lo equipara a un grande serbatoio idrico che richiede l'impianto capace di trasformare l'energia potenziale dell'invaso in energia cinetica ed è stata lei ad insegnare come sia possibile, in un sistema di *civil law*, civettare con l'empirismo del *common law* che permette di adottare gli stratagemmi idonei a far arrivare la corrente elettrica in tutte le abitazioni.

A proposito di approccio empirico hai spesso ricordato l'invito di Enrico Redenti a non essere 'prigionieri dei libri' e di una scienza posta soltanto a ridistillare concetti, definizioni, distinzioni e classificazioni. Quanto pesava nel Tuo approdo al diritto del lavoro l'eredità di Redenti, il suo invito a « partire dai fatti, non dai dogmi »?

Per la verità, sono approdato al diritto del lavoro quando la cultura giuridica non aveva ancora cominciato a recuperare la memoria degli inizi né era interessata a sapere come si fossero formate, a cavallo tra l'800 e il '900, le regole del lavoro dipendente. Per questo, non potevo nemmeno lontanamente sospettare che « il canuto signore », come la penna lieve di Mancini ritrasse Enrico Redenti, « che andava in giro con la lobbia, una sciarpa bianca, un bastone da passeggio col pomo d'avorio » fosse annoverabile tra i padri putativi del diritto del lavoro. Il suo portamento mi incuriosiva, ma non ero in grado di arguire che esprimesse la cifra stilistica del giurista che aveva dato voce all'immaginario perbenista di una borghesia produttiva desiderosa di valorizzare il « tipo di contratto di lavoro praticamente in uso fra galantuomini ». Compito, questo, adempiuto con l'entusiasmo di un neo-laureato per conto del Consiglio superiore del lavoro che lo aveva incaricato di distillare la « comune coscienza giuridica in merito al contratto di lavoro » dagli orientamenti decisionali espressi da una magistratura speciale, i probiviri industriali, istituita nello scorcio finale dell'800 ad imitazione dei *prud'hommes* francesi per gestire un contenzioso senza precedenti come quello operaio che trovava impreparati tanto i governanti quanto il ceto giudiziario. Come ho già raccontato, andavo quasi tutte le sere in via Guerrazzi 1, dove aveva sede la *Trimestrale*; perciò, mi capitava spesso di incrociare Redenti. Lui, però, non mi parlò mai dell'esperienza dell'avventuroso sbarco compiuto da quel ventenne nell'*insula in flumine nata* in seguito ai sommovimenti

tellurici d'incalcolabile portata che stavano cambiando il paesaggio di un paese in uscita dall'età pre-industriale: le ciminiere che si stagliavano nel cielo accanto ai campanili, un'organizzazione sindacale che canalizzava l'antagonismo di moltitudini di emarginati ed un mercato del lavoro che nessun giurista riusciva a situare nei propri schemi mentali se non accostandolo ai mercati di bestiame; non a caso un disinibito Francesco Carnelutti non si tratteneva dall'equiparare il contratto di lavoro alla compravendita. Quindi, non ho difficoltà a confessare che il mio percorso di formazione mi ha fatto incontrare il *Massimario della giurisprudenza dei probiviri. Introduzione, ordinamento e chiose dell'Avv. Dott. Enrico Redenti* solamente a distanza di 62 anni dalla sua pubblicazione. Sino ad allora, ne conoscevo a mala pena l'esistenza. Né avevo letto il saggio di Giuseppe Messina sui concordati di tariffa pubblicato nel 1904 sulla mitica *Rivista di diritto commerciale*. Su di esso, peraltro, era caduta una coltre di oblio ancora più pesante, se possibile. Nemmeno menzionato dai numerosi colleghi che scriveranno dotti necrologi dell'autore scomparso intorno alla metà del secolo scorso, soltanto nel 2000 sarà rivalutato da Paolo Grossi al punto di riconoscere nel suo autore il « padre fondatore della moderna scienza giuslavoristica ». Anche Messina si era astenuto dal colonizzare una « plaga di terreno vergine » abitata da giudici dilettanti e agenti negoziali improvvisati. Infatti, come scrisse Carnelutti per elogiare il *Massimario* che racchiude le regole costitutive del minuscolo nucleo originario del moderno diritto del lavoro, anche Messina aveva scelto di dissodarla con « l'aratro e il sarchio ».

In conclusione, se la lezione di realismo giuridico impartita da questi studiosi non ha potuto agire su di me come un rassicurante viatico, ha funzionato però come gratificante conferma che solo la devianza dai canoni della tradizione permette al giurista di ridurre al minimo il rischio di adulterare natura e funzione di un diritto di frontiera; capire che è il prodotto di un ininterrotto *bricolage* e accettare che il suo *know-how* sia quanto di più anonimo, estemporaneo e *événementiel* si possa immaginare.

La prestazione di lavoro nel contratto di società, 1967, è una monografia 'storico-dogmatica', così almeno la classificò Tarello. Condividi la definizione? Cosa Ti spinse in questa nuova direzione?

Giovanni Tarello non argomentò mai quel giudizio, peraltro formulato con testuale riferimento a *Le associazioni sindacali nel processo del 1969*. Può darsi però che fosse semplicemente sorpreso da una singolare metamorfosi. In effetti, non poteva non meravigliarlo il persistere in quella monografia della discontinuità di approccio rispetto alla monografia d'esordio; una discontinuità che, però, era già emersa nella seconda monografia (1967). Ad ogni modo, il mio profilo scientifico-

culturale si era modificato sul serio e lo stupore di Giovanni non era certo immotivato. Ma non era neanche superiore al mio.

Carnacini non me lo aveva detto, ma non escludo che lo abbia pensato: Romagnoli, basta con la sociologia. Fatto sta che mi suggerì di scrivere la seconda monografia su di un tema che aveva caratteristiche diametralmente opposte a quelle del tema affrontato nella prima. Questo era immerso nella realtà effettuale, quello non vi aveva apprezzabili riscontri.

Sulla figura del socio-lavoratore (socio d'opera o d'industria, nel lessico legislativo) la dottrina era sostanzialmente silente e i repertori giurisprudenziali sostanzialmente muti. Nelle biblioteche era reperibile soltanto un libro del 1939 la cui lettura non credo abbia mai acceso neanche una lampadina nella testa di un lettore. La legislazione ordinaria si occupava soltanto, e marginalmente, del socio che conferisce lavoro in quelle società *sui generis* che sono le cooperative di produzione. L'unico riferimento rinvenibile nel codice civile è il telegrafico e, *ictu oculi*, enigmatico 2° comma dell'art. 2063 rubricato *Ripartizione dei guadagni e delle perdite*, il quale stabilisce che « la parte spettante al socio che ha conferito al propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità ». Ciononostante, nell'ambiente il tema era generalmente considerato una ghiottoneria per giuristi sofisticati. Evocando incontri/scontri tra principi e regole appartenenti ad assetti normativi virtualmente antagonisti come il diritto del lavoro e il diritto commerciale, la sua raffinatezza era indiscutibile.

A mio favore, giocava soltanto la risorsa-tempo. Che, nel frattempo, era diventata improvvisamente abbondante. (Nel 1964, l'anno della libera docenza, ero rientrato nell'Università in qualità di assistente ordinario di Mancini, con uno stipendio pari al 50% di quello che mi corrispondeva l'Italsider). Nondimeno, al di là delle intenzioni, l'auto-revole suggerimento equivaleva ad una sfida.

La sensazione che avrei potuto vincerla spuntò dopo avere gettato uno sguardo sull'antecedente della disposizione del c.c. 1942.

Secondo l'art. 1717 c.c. 1865 — traduzione fedele della corrispondente norma contenuta nel codice civile napoleonico — la parte dei guadagni e delle perdite spettante al socio d'industria, nel silenzio del contratto, era « regolata come la parte di colui che nella società ha conferito la somma o porzione minore ». Intuii subito che il principio dell'equivalenza *iuris* dell'attività del socio d'opera al conferimento del più piccolo dei soci di capitale era un indizio meritevole di approfondimenti. Ne ebbi la conferma sfogliando il manuale (un capolavoro nel suo genere) di *Istituzioni di diritto romano* di Vincenzo Arangio-Ruiz sul quale avevo preparato l'esame nel 1954. Vi lessi che la figura del socio d'opera era nota ai Romani. È qui che ho cominciato a dipanare la matassa ed è da qui che è partita l'indagine. Un'indagine che mi avrebbe chiarito che, sull'argomento, il pensiero giuridico romanistico spadroneggiava e mi avrebbe fatto scoprire, nel sottosuolo della scarna e

pressoché dimenticata norma del c.c., un vastissimo giacimento. È durante gli scavi, condotti tra molte difficoltà, che incontrai la dimensione storica del diritto. In proposito, Giovanni, ti prego di non trovare esagerato ciò che sto per dirti: il mio entusiasmo cresceva via via che la ricerca si allargava alla Glossa e al diritto intermedio. Infatti, non appresi soltanto che la società « uno pecuniam conferente, alio operam » ha conosciuto la più ampia diffusione in età medioevale. Appresi che l'istituto aveva svolto un ruolo delicato: aveva accompagnato il tramonto della società agro-pastorale e la transizione alla società mercantile. Più in generale, nel corso della ricerca durata circa tre anni, appresi che la storia giuridica non è prologo in cielo né scolastica erudizione. È comprensione e ricostruzione in chiave diacronica dei nessi tra logica giuridica e trasformazione della società, è lettura critica degli svolgimenti normativi finalizzata all'attualizzazione del passato e alla storicizzazione del presente. Sotto questo profilo, una disposizione del codice civile che sembrava incapace di parlare ai contemporanei acquista la capacità di parlare il linguaggio della modernità. In effetti, l'equità cui si richiama è la maniera di ammorbidire principio di cui era espressione la presunzione legale ottocentesca in base alla quale il lavoro del socio equivale alla « somma o porzione minore »: il principio, cioè, secondo cui non può esserci socio di capitale il cui apporto — per modesto che sia — abbia un valore inferiore a quello del socio-lavoratore. « Realiter nihil ponit, ille qui solum operam ponit », dicevano i giureconsulti dell'età di mezzo, riallacciandosi così ai forti dubbi che, fino all'emanazione di una costituzione imperiale « massimata » nel *Codex* giustiniano, portavano i giureconsulti dell'antichità a dividersi in ordine alla stessa ammissibilità del contratto istitutivo di una società *pecunia-opera*. Niente e nessuno, però, ne guarirà il male oscuro: l'enormità della distanza sociale tra i contraenti. Come dire: poiché il socio che conferisce lavoro è meno eguale degli altri, la società *pecunia-opera* tende a modellarsi sulla fattoria creata da George Orwell e dunque non è mai stata né sarà mai un'autentica società. Insomma, il contratto istitutivo di una società *pecunia-opera* non è mai riuscito né riuscirà a correggere la sua inclinazione a confondersi col mutuo feneratizio e, quando il divieto d'usura verrà stigmatizzato dal diritto canonico, dilaga il sospetto che ponga in essere una simulazione fraudolenta. Per questo, arrivai alla conclusione che, nella costellazione dei contratti coi quali un soggetto si obbliga a prestare lavoro a vantaggio di altri, la società nella quale uno conferisce capitale e l'altro soltanto lavoro ha, nell'età del capitalismo industriale, la funzione delle stelle morte da cui continua ad arrivare la luce.

Prima di approdare al volume Le associazioni sindacali nel processo (1969), *altro studio con ampi riferimenti storici, ritorni a proporre una ricerca di forte taglio sociologico sull'esperienza sindacale a livello*

aziendale della società Bassetti; uno studio, se non erro, inserito nella ricerca sulla formazione extra legislativa del diritto condotto in collaborazione fra l'Università di Bari e quella di Bologna ⁽⁵⁾.

Pubblicata la monografia nell'estate del 1967, nel secondo semestre dello stesso anno tornai a privilegiare l'approccio sociologico per svolgere una ricerca su di una morente esperienza aziendale di consultazione mista, come la chiamavano i suoi protagonisti interessati a sapere cosa ne pensassi. *Contrattazione e partecipazione. Studio di relazioni industriali in un'azienda italiana* è uscita nel novembre del 1968 per i tipi del Mulino; proprio come la ricerca empirica da te menzionata, alla cui ispirazione culturale è sicuramente riconducibile pur non essendo stato previsto che ne facesse parte integrante. (Anzi, il *case study* era del tutto occasionale e lo accettati soprattutto perché il compenso convenuto con la Bassetti era più che soddisfacente).

Sarà perché *Contrattazione e partecipazione* uscì nel momento sbagliato, ossia nel pieno di una stagione sindacale caratterizzata da una conflittualità di segno classista e anche per questo fu un mezzo flop (ricordo una dura recensione di Aris Accornero sui *Quaderni di Rassegna sindacale*); fatto sta che l'insuccesso mi convinse che la ricerca storico-giuridica possiede una valenza euristica nettamente superiore rispetto ad ogni altra. Per questo, avvicinandosi l'ora « ics » del concorso dove sarei risultato il primo della terna (1970), per scrivere — anche stavolta dietro suggerimento di Carnacini — *Le associazioni sindacali nel processo* decisi di affrontare la problematica risalendo alle origini come avevo fatto occupandomi della società *pecunia-opera* e trovai la vena aurifera che non ho mai più abbandonato. E ciò anche perché quanto più scavavo tanto più mi rendevo conto delle impressionanti proporzioni sia del *deficit* conoscitivo in ordine all'evolversi degli incontri del lavoro col diritto nella storia dell'Italia unita sia dell'impegno occorrente per colmarlo. Io infatti ho solamente iniziato a spalare; in ciò precedendo storici di professione come Giovanni Cazetta e Paolo Passaniti e seguito da non più di due o tre giuristi del lavoro. Tra loro spicca Lorenzo Gaeta; a proposito del quale desidero qui dire che mi ha inorgoglito ciò che ha scritto di recente: ha scritto che mi considera, accanto a Giugni, un suo maestro.

Molte ricerche giuslavoristiche degli anni sessanta proponevano un 'riscatto della realtà' contro l'astrazione: leggere il pluralismo giuridico, il diritto collettivo del lavoro « prodotto della giuridificazione spontanea »,

(5) GIUGNI, *Intervista* (1992), in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 447, fa riferimento alla ricerca condotta, in una prima fase, in collaborazione fra la scuola barese e l'Università di Bologna, « e in particolare con il migliore allievo di Federico Mancini, che era Umberto Romagnoli ».

significava contestare l'assolutismo della rappresentanza politica e i dogmi astratti della cultura giuridica della tradizione civilistica (sempre pronta — come hai scritto in seguito — a « falsificare », « simulare », « mistificare » (6)). Coglievi ambiguità nell'incontro/scontro con il diritto dei privati? Il diritto sindacale e del lavoro del secondo dopoguerra avrebbe potuto districare diversamente l'eredità-groviglio del passato, attuare diversamente la Costituzione?

« Messaggeri del nuovo »: sentirsi così è euforizzante, specialmente se intuisce che il vento non spira più a favore degli esponenti del conservatorismo giuridico e anzi li vedi in crescente affanno. Il nuovo però non doveva essere dirompente né i suoi messaggeri atteggiarsi a volgari « rottamatori ». È un'avvedutezza che ebbero ed anche per questo vinsero. Però, il prezzo della vittoria fu, se non proprio la delegittimazione della Costituzione, la sua devalorizzazione strisciante. Lo stesso vocabolo, in genere, veniva usato con parsimonia. I più ne riconoscevano il suono, ma da parecchio tempo mi chiedo se ne comprendessero pienamente il significato. Fatto sta che soltanto una minoranza si batteva per l'attuazione meno incompleta e imperfetta possibile della Costituzione. Se, prendendo per buona la definizione che ne dà Claudio Magris, utopia « significa lottare per le cose come dovrebbero essere », ossia come prescrive la Costituzione di una Repubblica « fondata sul lavoro », è senz'altro da escludere che questa fosse la dimensione prediletta dalla stragrande maggioranza dei messaggeri del nuovo. Non solo per loro, del resto, quella del '48 era una Costituzione venuta dal futuro. Un futuro ricco di interrogativi aperti a risposte drammaticamente alternative o (il che può essere lo stesso) senza risposta. Per questo, si prodigarono più per ripulire il tessuto normativo ereditato dal fascismo delle scorie illiberali e paternalistico-autoritarie di cui era sovraccarico che per incentivare l'attuazione del progetto costituzionale. Il distinguo non è marginale: infatti, si impegnarono a de-fascistizzare il diritto del lavoro proponendone l'integrale dissoluzione in ambito privatistico. Il medesimo ambito da cui il fascismo si gloriava (e magari credeva) di averlo estromesso con dosi smodate di diritto pubblico. Pertanto, il comune anti-fascismo non presupponeva necessariamente la condivisione dell'attitudine della Costituzione a calarsi nella gestione del rapporto di lavoro, del suo primato regolativo e del suo valore totalizzante. Non per caso, preferivano parlare di post-corporativismo. Ecco un'abitudine linguistica che non era innocua né innocente come pensavamo. Infatti, il prefisso ci sollecitava (per implicito, ma non oscuramente) ad aprire un dialogo simpatetico non tanto con la Costituzione quanto piuttosto col pre-corporativismo. Non per caso, quindi, la ripresa degli studi giuridici in

(6) *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 10-11, 60, 83.

materia sindacale e del lavoro condurrà a mitizzare gli incontri fra il lavoro e il diritto anteriormente all'avvento del fascismo ed a riallacciare discorsi giuridici bruscamente interrotti pronunciando ineffabili *beri dicebamus*. Il che, viceversa, non solo non è autorizzato da una Costituzione che, nella sua polemica col passato, non distingue tra corporativismo e pre-corporativismo, ma è vietato dalla stretta connessione esistente tra questo e quello, come ha accertato la migliore storiografia. In effetti, pur avendo il pregio di ridurre la complessità, la periodizzazione è due volte falsificante. Una prima volta, perché dissuade dal ricercare le radici del fascismo nelle torsioni autoritarie di un liberalismo dubbioso dei suoi valori. Una seconda volta, perché nasconde come l'esigibilità della protezione dei diritti civili e politici del cittadino nei luoghi di lavoro fossero nozioni del tutto estranee al sapere giuridico dell'età pre-corporativa. Tuttavia, persuasi che, per ottenere lo sperato successo di adesioni, bisognasse ammorbidire l'anticonformismo che li animava, i messaggeri del nuovo ritenevano opportuno limitarsi a sventolare i vessilli dell'autonomia privata e della libertà intesa come potere di gestire direttamente i propri interessi: le sole insegne che — quando si dice il caso — potevano essere inalberate in periodo pre-corporativo. Ciò non impedisce di giudicare soddisfacente un'operazione culturale che ha contribuito a preparare il disgelo costituzionale iniziato nella seconda metà degli anni '60 in seguito all'avvento del centro-sinistra. A condizione, però, di perdonarne i limiti il principale dei quali risiede nella moderazione con cui dottrina e giurisprudenza — quella costituzionale inclusa — facevano leva sull'indicazione virtualmente anti-sistema ricavabile dalla prescrizione costituzionale che esige la rimozione delle contraddizioni strutturali di una società capitalistica per realizzare il modello di società prefigurato dai padri costituenti. Che senso ha, devono essersi detto, sollevare una grossa pietra per farsela poi ricadere sui piedi? Può anche darsi, cioè, che tra i messaggeri del nuovo si fosse raggiunta la tacita intesa che era arrivato il momento di rifiutare e riprendersi dallo sforzo compiuto per chiudere a proprio vantaggio la controversia sul metodo giuridico. In effetti, la loro vittoria spalanca spazi al pluralismo metodologico che rompe col legalismo di una tradizione Stato-centrica e col positivismo giuridico. « Nell'uso comune o almeno equivalente dell'espressione », ci ha insegnato Uberto Scarpelli, « per positivismo giuridico s'intende una concezione e una metodologia del diritto che identificano il diritto col diritto positivo, ossia stabilito da organi e con procedimenti previsti da norme istitutive di poteri, e attribuiscono una posizione primaria alle norme generali e astratte ed alle fonti che le producono ». Come dire che il giurista era educato a immaginarsi che la realtà fosse sempre disciplinata dalla legge secondo un'unità logico-sistematica. Viceversa, la pattuglia dei messaggeri del nuovo era del parere che i rapporti tra realtà e sfera giuridica si ponessero in termini di interazione ed erano sicuri, come riassumerà con la consueta ironia Giovanni Tarello il cui giudizio sul nostro

operato da molti di noi era tenuto in gran conto e da parecchi temuto, che « la signora Storia assegnava al diritto del lavoro quella funzione di primato evolutivo che il diritto commerciale aveva svolto in epoca risalente rispetto al vecchio nucleo del diritto privato ». Un primato strappato con la contestazione del valore totalizzante del diritto di formazione legislativa e l'esaltazione della creatività di centri di produzione giuridica extra-legali. Il 'manifesto' dei messaggeri del nuovo, rinvenibile nella prefazione del volume *La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana (1950-1964)* pubblicata dal Mulino (1968), venne discusso (unitamente alla mia corposa *Introduzione*) nelle giornate di Ancona (2-3 maggio 1968). Il convegno era stato organizzato da Giorgio Ghezzi, cattedratico di diritto del lavoro nella locale Facoltà di Economia e commercio; quindi, toccò a lui presentarlo e lo presentò con parole pressoché identiche a quelle della prefazione. Il che può sorprendere soltanto chi non sa che ne era stato l'autore occulto. Infatti, la prefazione reca in calce la firma di Giugni e Mancini in qualità di responsabili della ricerca CNR sulla formazione extra-legislativa del diritto del lavoro in Italia. Per giustificare l'indagine empirica compiuta da giuristi — cosa priva di precedenti da noi — Giorgio scriveva *inter alia*: « le premesse di un discorso giuridico possono definirsi davvero efficienti solo quando è in esse compresa la maggior quantità possibile d'informazioni sui fatti ».

Tutto ciò, devono aver pensato i messaggeri del nuovo, può bastare. Invece, no. Non poteva bastare. E ciò non tanto perché, come diceva Scarpelli, « i fatti sono complicati e i fatti sociali sono i più complicati tra i fatti: sono combinazioni e costruzioni complesse » quanto piuttosto perché restava (come resta tuttora) da dimostrare che la scelta dei padri costituenti di de-mercificare il lavoro fosse compatibile con l'attardarsi del diritto che da lui prende il nome nei territori assiduamente frequentati dalla giusprivatistica. Una giusprivatistica secondo la quale il lavoro aveva bussato alla porta della storia giuridica per farsi avvolgere nel *cellophane* delle categorie tecnico-concettuali del diritto dei contratti tra privati. Mai incrinata dal dubbio che questo fosse soltanto lo stadio iniziale di un'evoluzione lontana dal suo sbocco conclusivo, ossia una temporanea e approssimativa sistemazione, la convinzione viene da lontano. Infatti, con l'immediatezza del caffè liofilizzato, si è formata non appena ha cominciato a diffondersi il contratto di lavoro salariato. È innegabile, si dicevano i giuristi ai quali la cosa non passava inosservata, che la figura contrattuale ignota alle codificazioni civili ottocentesche sia uno spontaneo accrescimento per accessione del diritto dei contratti. All'incirca, come l'*insula in flumine nata* che appartiene al *dominus* del fondo a titolo originario. Per questo, i gius-privatisti non potevano esimersi dal considerarsene proprietari. In principio, però, non c'era il diritto del lavoro. C'era il diritto del contratto di lavoro subordinato.

Vorrei ritornare dopo, anche in considerazione di Tuoi scritti successivi, a percorrere la questione delle relazioni fra giuspubblicisti e giusprivatisti nel 'farsi' del diritto del lavoro e nell'attuazione della Costituzione. Ti chiederei qui, invece, quanto pesava il 'dominio della giusprivatistica' nei concorsi a cattedra (7)?

Stupisce che non siano ancora state sottolineate le pesanti e durevoli implicazioni del disimpegno della giuspubblicistica sulle problematiche inerenti al lavoro che avevano dominato gran parte del dibattito costituente. Di fatto, la giuspubblicistica si è auto-esclusa dal dibattito dottrinale e dalla lotta per l'attuazione di mezza costituzione delegando il ruolo d'interlocutore principale alla gius-privatistica. Sebbene la divisione di competenze si sia progressivamente irrigidita al punto di erigere uno steccato che viene tuttora considerato insuperabile, sarebbe comunque una stupidaggine fantasticare di un complotto per svuotare la Costituzione. È sufficiente limitarsi a constatare che la giusprivatistica ha scoperto tardivamente la Costituzione con la complicità della gius-pubblicistica che, col suo plateale disimpegno, ha contribuito in maniera forse decisiva al diffondersi dell'idea che un diritto del lavoro massicciamente « costituzionalizzato » sia meglio consegnarlo alla storia come un diritto con un grande futuro alle spalle. La sola scusante che la gius-pubblicistica potrebbe accampare per giustificare la sua inerzia nel dopo-costituzione è che ha molto da farsi perdonare. Infatti, la prima e unica volta che si era occupata della materia produsse danni gravissimi senza nemmeno accorgersene e anzi con la convinzione di assecondare il progresso della civiltà (non solo) giuridica. Accadde nell'Italia fascista dove, con l'istantaneità del caffè liofilizzato, una legge del 1926 aveva criminalizzato ogni forma di turbolenza sociale che superasse la dialettica degli interessi compatibile con le rigidità burocratiche di uno Stato piglia-tutto; rideterminato natura e ruolo del sindacato, facendone degli enti pubblici a presidio dell'interesse superiore della produzione nazionale, e sottoposto il contratto collettivo ad una accurata manipolazione genetica da cui è difficile dire se si è riavuto. Nel dopo-costituzione, il giudizio di disvalore che il diritto pubblico si era guadagnato durante l'orgia corporativa si riverberava inevitabilmente sulla gius-pubblicistica la quale, perciò, sembrò felice di potersi liberare dell'imbarazzante ricordo del ruolo ancillare precedentemente svolto chiudendosi in un

(7) GIUGNI (*Intervista*, cit., p. 447), fa riferimento alla « regola non scritta per cui in ogni concorso ci doveva essere una vittima sacrificale », un meccanismo che colpì prima lo stesso Giugni, poi Ghezzi. « In omaggio a questa stessa regola » nei concorsi successivi furono sacrificati — aggiunge — Persiani, Romagnoli e Ghera. Sulla vicenda concorsuale del 1970 in cui Romagnoli vinse la cattedra con Tiziano Treu e Luigi Montuschi, si cfr. anche Giuseppe PERA, *Intervista* (2006), in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 563-564.

silenzio che, se non esprimeva rimorso, sapeva comunque di ritorno al disinteresse del passato. Era proprio quel che occorreva per rinsaldare l'opinione che l'identità del diritto del lavoro si situava nell'alveo della codificazione civile del 1942 la quale, secondo la vulgata corrente, sarebbe miracolosamente riuscita a sottrarsi a pesanti compromissioni col regime. Del resto, persino i pochi giuristi del lavoro delle generazioni sopravvissute alla caduta della dittatura accettano di farsi marginalizzare e, intimiditi dalla bibliocastia anti-corporativa che furoreggia nel dopo-costituzione, come un noto personaggio pirandelliano assistono ai propri funerali senza opporsi al trionfo dell'opzione ideologica favorevole alla dissoluzione del diritto sindacale e del lavoro nel medesimo ambito privatistico per schiodarlo dal quale il fascismo giuridico aveva schiamazzato fino a perdere la voce — oltre che la faccia. Dopotutto, nessuno di loro possiede il carisma di Francesco Carnelutti. Lui solo può permettersi di manifestare sentimenti — nostalgia per ciò che la legge del '26 aveva dato e repulsione di ciò che ne aveva preso il posto e sarebbe accaduto in seguito — che gli altri tengono per sé o confidano agli amici. Come scrive col suo stentato francese durante il volontario esilio in terra elvetica, in un testo pubblicato nel 1945 col titolo *La guerre et la paix*, « le dessein méritait un sort meilleur et il faut souhaiter que dans l'œuvre de reconstruction de l'État italien il ne coure pas le risque de se perdre ».

Questi, in breve, il clima e lo scenario che condizionarono andamento ed esito dello scontro frontale che caratterizzò il primo congresso nazionale di diritto del lavoro tenutosi nell'Italia repubblicana a Taormina nel 1954: è là e in quell'anno che il primato del diritto privato e della gius-privatistica trovò la sua teatralizzante rappresentazione simbolica. Un testimone d'eccezione, Arturo Carlo Jemolo, scriverà che i congressisti si lasciarono « incerti e perplessi », disorientati dall'inusuale asprezza di un duello che aveva visto gli avversari schierarsi con una risolutezza che faceva torto alla loro probità intellettuale.

Allora giovanissimo, Giugni era tra gli spettatori che assisterono al confronto tra il gius-pubblicista Costantino Mortati, democristiano e dossettiano, e il gius-privatista Francesco Santoro Passarelli, democristiano e doroteo. Mortati è considerato unanimemente uno dei maggiori costituzionalisti del nostro Novecento e Santoro Passarelli uno degli ultimi grandi civilisti italiani la cui produzione scientifica, come dirà Luigi Mengoni, « segna il punto più alto raggiunto dalla linea di pensiero definita metodo tecnico-giuridico ». Gino vide il primo sferzare un'offensiva che, se vittoriosa, avrebbe consentito alla gius-pubblicistica di pilotare l'orientamento degli studi in materia sindacale e del lavoro « nello spirito della costituzione ». Al tempo stesso, però, vide con quale determinazione il secondo respinse l'aggressione. Il piglio era quello di chi ha visto le dottrine di diritto corporativo incartarsi su percorsi senza approdi verificabili e sa bene che nemmeno uno Stato onnivoro come quello fascista era riuscito a compromettere

l'egemonia della cultura gius-privatistica degli interpreti-tessitori che avevano tenuto a battesimo il diritto del lavoro dei primordi.

Infatti, Giugni intuì *illico et immediate* (come dirà molti anni dopo) che, da allora in poi, la distribuzione delle cattedre di diritto del lavoro sarebbe stata gestita dai gius-privatisti. La previsione si sarebbe rivelata esatta, perché in quella occasione si era acceso il disco verde che di fatto autorizzava l'assegnazione delle cattedre di diritto del lavoro all'area privatistica e questo era il punto di snodo cruciale. Per affermare l'assoluto predominio della mono-cultura giusprivatistica nei luoghi in cui vive il diritto del lavoro bisognava che i giusprivatisti s'impadronissero di quello in cui esso viene insegnato per formare la popolazione forense e giudiziaria.

La mia biografia accademica descrive la situazione in maniera esemplare. Ho vinto il concorso a cattedra di diritto del lavoro, però durante il triennio di straordinariato sono stato chiamato dall'Università di Modena per insegnarvi Istituzioni di diritto privato — cosa possibile, secondo la burocrazia ministeriale, perché per tre anni (1965-1968) ne avevo tenuto le lezioni in qualità di professore incaricato nell'Università di Urbino (sede di Ancona). Però, durante il soggiorno nell'ateneo modenese si verificarono due fatti accademicamente rilevanti. 1) In qualità di cattedratico gius-privatista entrai per sorteggio in una commissione di concorso nazionale per l'assegnazione di una ventina di cattedre di diritto privato. (Il che mi costrinse a leggere una quantità industriale di monografie prodotte dalla gius-privatistica. Pertanto, caro Giovanni, se i giudizi che formulo su di essa ti sembrano a volte venati da un po' di rancore, beh non posso negare che qualche motivo personale ce l'avrei). 2) Contemporaneamente, giunse a scadenza il periodo di straordinariato; il che mi costrinse a sostenere l'esame di ordinariato come gius-privatista e difatti venni giudicato da una commissione *ad hoc* composta da gius-privatisti, ma presieduta da Francesco Santoro Passarelli. Il quale — se è vero, come ho già ricordato, che influenzò profondamente l'orientamento degli studi in materia di diritto del lavoro — è del pari innegabile che lo fece più « nello spirito della libertà dei privati » che « nello spirito della costituzione ». Suo è il manuale che fino agli anni '80 del secolo scorso ha monopolizzato il mercato dell'editoria giuridica e le generazioni di studenti universitari che se ne servivano per prepararsi all'esame di diritto del lavoro hanno memorizzato che « alle norme regolanti direttamente il rapporto di lavoro la costituzione non apporta sostanziali innovazioni ». Senza neanche immaginare l'enormità della ricchezza del taciuto.

Sulla scorta delle cose finora raccontate, è lapalissiano che questo mio singolare *ping-pong* accademico tra diritto privato e diritto del lavoro non poteva ostacolare il mio trasferimento per chiamata dall'Università di Modena a quella di Bologna per insegnarvi (dal 1973 fino all'a.a. 2008-2009) diritto del lavoro.

Nel 2009 hai scritto che la diffusione della « sensibilità per il dato empirico », affermata col metodo del realismo giuridico, portava con sé non solo il vantaggio « di affrancare lo studio del diritto dalle morse del formalismo e del concettualismo giuridico » ma anche il rischio di « favorire una lettura efficientistica dei dispositivi di protezione dei valori etici », il rischio di « provocare l'infatuazione per il pragmatismo sperimentale » (8). Nell'introduzione a *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto* (1974) scrivevi: « Ho percepito l'ambiguità di un appello alla realtà sociale ed ho maturato la decisione di introdurre nei miei studi una pausa di riflessione per ricavarne elementi orientativi che aiutassero a evitare lo scadimento del discorso giuridico in una futurologia da strapazzo o peggio ».

La Tua 'pausa di riflessione' intendeva contrastare polemicamente la 'voglia di correre dietro ai fatti'? Quali erano per Te all'inizio degli anni settanta le ambiguità dell'appello alla realtà sociale?

La pausa di riflessione fu una misura di igiene mentale. Ho dovuto impormela perché mi ero persuaso che la Signora Storia si diverte a disseminare tranelli nella vasta area giuridica di cui mi occupavo praticamente dal giorno della laurea. In effetti, sono troppe le cose che troppo spesso non sembrano come sono e, poiché la loro crescente ambiguità mi disorientava, scelsi di allargarne l'orizzonte e ristabilire distanze.

Il ripensamento venne occasionato dalla percezione di un contrasto tra due circostanze apparentemente slegate. Sia durante la discussione che dopo l'approvazione parlamentare, lo statuto dei lavoratori era stato concordemente accostato alla legislazione del *new deal* voluta da Franklin Delano Roosevelt per riorganizzare la società industriale intorno ad un *big labor* contrapposto ad un *big business* — disposti entrambi a cooperare con un *big government*.

Da noi, però, e non solo da noi, negli anni '70 decolla, si diffonde e permane a lungo il metodo della concertazione sociale. Un metodo inconfondibilmente mittel-europeo che da noi raggiunge il suo apogeo sotto la regia di Gino Giugni in qualità di ministro del lavoro del governo presieduto da Carlo Azeglio Ciampi. Per questo, osserverà per primo Gaetano Vardaro, i discorsi giuridici pre- e post-statutari sono viziati da « un difetto di germanesimo ed un eccesso di anglo-americanismo ». « Esempio — scrive nel 1983 — è il mutamento di funzione subito nell'ultimo decennio dal concetto di sindacato maggiormente rappresentativo. Nato come criterio di effettività, logicamente e giuridicamente radicato nella stagione della legislazione promozionale, esso tende a trasformarsi in maniera silenziosa in una variante 'prassista' del sindacato riconosciuto » che si situa al centro dell'inattuato art. 39 della nostra Costituzione.

(8) *Giuristi del lavoro*, cit., p. 109.

Come dire che l'illusione di un *new deal* nostrano si è dileguata velocemente. Nonostante l'amnistia deliberata dal Parlamento a ridosso dello statuto col proposito di fare un falò delle 14 mila denunce penali contro operai e studenti autori di vere o presunte illegalità commesse in un clima arroventato che si vuole archiviare per ristabilire la normalità. Nonostante la firma di un rinnovo contrattuale che, costato una cifra-record di ore perdute per scioperi aziendali, nazionali ed anche generali, permetterà ai lavoratori metalmeccanici di lavorare di meno e guadagnare di più. Il fatto è che quello di casa nostra è un capitalismo senza capitali, affezionato alla rendita e ai comodi servizi in concessione pubblica; il *labor* si scopre grande, ma il *business* con cui deve confrontarsi gli ispira comportamenti accesamente antagonisti; il *government* soffre di una instabilità cronica: cambiano i governi, ma la linea politica resta eguale a se stessa. A mancare, però, è soprattutto una coscienza democratica diffusa. Infatti, il livello d'intensità raggiunto dal ciclo delle lotte sociali che i governanti si propongono di chiudere con lo statuto evoca non sola la grande paura che aveva suscitato il biennio rosso del primo dopoguerra, ma anche un nemico senza nome né volto cui le cronache giornalistiche e giudiziarie addebitano efferate «stragi di Stato». Si racconta che, raggiunto dalla notizia della tragedia di Piazza Fontana il 12 dicembre del '69 in apertura dell'ennesimo *round* del rinnovo del contratto nazionale per la categoria-pilota dei metalmeccanici al centro dell'autunno caldo, il ministro democratico-cristiano Carlo Donat Cattin incaricato della mediazione politica abbia esclamato: «o chiudiamo subito le trattative o arrivano i colonnelli».

È in un contesto come questo, inquinato nelle sue falde più sotterranee, che l'intensità con cui si pratica il culto del neo-corporativismo rimanda al modello-Weimar. Ma il riferimento è imbarazzante ed è prudente lasciarlo sotto-traccia, perché la Repubblica di Weimar con l'equivoca legalità costituzionale che, secondo la valutazione storiografica prevalente, ne accompagnò la fine è un esempio paradigmatico delle degenerazioni di una democrazia a vocazione corporatista. Pertanto, se solo la scaramanzia spiega e giustifica il «difetto di germanesimo» rilevato dal più geniale dei tanti allievi di Giugni, «l'eccesso di anglo-americanismo» non è meno intenzionale: avrebbe dovuto trasmettere la fiducia che lo statuto andasse incontro a un successo non inferiore a quello che si era guadagnato un celebre manufatto legislativo confezionato nel paese dove, a parere molti, sarebbero depositate le chiavi del futuro. Forse, non mi sbaglio a supporre che, in sintonia e per coerenza con i suoi studi in materia di diritto sindacale, Gino avrebbe preferito consegnarsi alla storia come il giurista più *new dealer* che il nostro paese abbia avuto; invece, la sua icona ne fa l'ultimo giurista weimariano. Dopotutto, si era sempre detto onorato di potersi considerare discepolo di Otto Kahn-Freund che si era formato nella scuola di Hugo Sinzheimer: del quale, non a caso,

Gino mi aveva consigliato la lettura in occasione dei nostri primi incontri.

Da sola, tuttavia, la contraddittorietà appena segnalata non sarebbe tanto pervasiva e dirompente da poter essere riconosciuta come la nota dominante del contesto in cui vive il nostro diritto del lavoro e, segnatamente, il diritto sindacale del dopo-costituzione.

Chissà cosa avranno pensato di me gli studenti che seguivano il mio corso. Come minimo avranno pensato che fossi un *fan* del fondatore del teatro dell'assurdo quando ascoltavano il mio racconto dell'art. 39 « inattuato, inattuabile e tuttavia attuale ». Alcuni mi guardavano trasecolati, non a torto. Per questo, mi industriavo a raccontare che le parti sociali avevano imparato ad appassionarsi al gioco consistente nel restare *fuori* della costituzione senza, per ciò stesso, mettersi *contro* e che vi erano state costrette perché nel retro-pensiero degli stessi costituenti che lo scrissero l'art. 39 è una inutile necessità. Naturalmente, mi ci voleva un po' di tempo per darne una spiegazione convincente. Perlomeno, il tempo di durata di una lezione accademica.

Crollato il fascismo, era pressoché inevitabile che nella transizione alla democrazia prevalesse l'incertezza e grande fosse lo spaesamento.

Il sindacato era tornato a essere un soggetto senza uno statuto giuridico che lo distinguesse dagli altri corpi intermedi e il contratto collettivo riprecipitava nella condizione in cui lo trovò il fascismo e da cui il fascismo lo aveva tirato fuori con un'energia e una lucidità ammirate dappertutto: nelle aule giudiziarie, nelle Facoltà di giurisprudenza delle Università del Regno, nelle piazze. Anche all'estero. Infatti, come il sindacato si porta dentro la bipolarità che ne fa un soggetto incaricato di rappresentare gli iscritti in base agli ordinari meccanismi previsti dal diritto civile e, al tempo stesso, portato a sostituirsi al legislatore per assicurare alla generalità dei lavoratori eguali trattamenti a parità di lavoro, così il contratto collettivo (specialmente, quello di categoria) ha natura duale: è un patto tra privati e insieme ha una valenza para-legislativa. Però, i conti hanno sempre faticato a quadrare. Lo Stato non ha mai smesso di detenere il monopolio del diritto positivo; può disporsi a delegarne la produzione soltanto a soggetti di cui abbia motivo di fidarsi; diversamente, vale il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge solamente tra le parti. Il fascismo è in grado di far tornare i conti con relativa facilità perché riconosce soltanto i sindacati che si lasciano ingolosire dalla legge del 1926 scritta dal giurista e ministro guardasigilli Alfredo Rocco. Una legge che valorizza al massimo le specificità che contraddistinguono il sindacato e il suo prodotto di più largo consumo, rispettivamente, nel panorama dei fenomeni associativi e nell'ambito delle manifestazioni dell'autonomia negoziale dei gruppi. Le valorizza però per strumentalizzarle, facendone un comodo pretesto per soddisfare la voracità di uno Stato padrepadrone. La difficoltà di far quadrare i conti, però, non può non ripresentarsi in tutta la sua grandezza in un regime di libertà sindacale.

I costituenti lo sanno, ma se la cavano addossando al legislatore il compito di andare alla ricerca di un equilibrio compatibile coi principi fondativi dei regimi democratici tra la dimensione privato-sociale e la dimensione pubblico-statale tanto del sindacato quanto della contrattazione collettiva. Come dire: i costituenti non vanno oltre un annuncio del tipo « armiamoci e partite » nel momento stesso in cui prefigurano un assetto dei rapporti tra Stato, sindacati e lavoratori senza precedenti nella storia dell'Italia unita.

Se si trascura questo aspetto essenziale della questione, si corre il rischio di sottoporre il progetto costituzionale ad una narrazione che ne enfatizza le affinità col precedente. È un rischio di cui, tutto preso dal dissacrante furore di deporre l'art. 39 in una bara da sigillare con cura, Federico Mancini non si curò scrivendo (nel 1963) la sua prolusione accademica in coincidenza con la presa di servizio nella cattedra di diritto del lavoro nella Facoltà giuridica bolognese divenuta vacante col passaggio di Carnacini alla cattedra che era stata di Redenti. Ma le affinità che enfatizzò erano involontarie e superficiali. Il fatto è che l'equilibrio tra la dimensione privato-sociale e la dimensione pubblico-statale che i costituenti impongono di instaurare nelle forme del diritto positivo non è *in rerum natura* e, comunque, si rivelerà impossibile dopo la rottura dell'unità sindacale originata dal Patto di Roma del 1944.

La Cgil unitaria si dissolve allorché l'anti-fascismo, che ne era stato il collante durante la Resistenza, perde la centralità nel pensiero che presiedeva all'azione politica e nel sentimento popolare che percorreva il dopo-Liberazione a vantaggio dell'anti-comunismo che, anzi, diventa il nuovo collante. Acuta infatti è la percezione della necessità di completare sul versante della rappresentanza sociale del lavoro la *conventio ad excludendum* pattuita tra i partiti che formano i governi centristi guidati dalla Dc nel clima della guerra fredda destinata a spaccare in due il mondo fino alla fine dell'ottavo decennio del secolo XX.

È per blindare un sistema politico bloccato che si opta per l'astensionismo legislativo. Una scelta cruciale che apre la strada alla de-costituzionalizzazione del sistema sindacale.

Come dire che, disapplicando l'art. 39, lo Stato finge di non voler ingerirsi nella dinamica sindacale; in realtà, si propone di controllarla con strumenti più efficaci e penetranti di quelli consentiti dai padri costituenti. In fondo, per stipulare contratti collettivi valevoli *erga omnes* (con un potere decisionale proporzionato alla propria consistenza associativa) ai sindacati sarebbe bastato superare una *test* di democraticità condotto sui loro statuti da qualche funzionario pubblico: il che dà la misura di quanta fiducia i padri costituenti riponessero nella libertà sindacale. Una fiducia illimitata. Una fiducia che, invece, i governanti dell'epoca non potevano permettersi. Tranne che nei confronti della Cisl: che era l'avamposto piazzato *in partibus infidelium* su

cui la Dc faceva assegnamento per dare al mondo delle imprese un competitore più collaborativo che conflittuale. Di sicuro, diffidavano della Cgil, appiattita nei confronti dei partiti di sinistra marxista il più grosso dei quali, il Pci, ne faceva la cinghia di trasmissione di una strategia politica di conquista del potere. D'altra parte, anche questo sindacato, il solo virtualmente interessato all'attuazione dell'art. 39 in ragione della sua superiore consistenza associativa specialmente nel settore industriale, si convinse in fretta che non era il caso di insistere. Sapeva che governi e Parlamenti non avrebbero dato l'OK all'attuazione dell'art. 39 se non marginalizzando il diritto di sciopero sia per alleggerirne il costo economico subito dalle imprese che per dissuadere il sindacato dal prendere iniziative contrastanti con la strategia dei partiti o, semplicemente, ne compromettessero il primato. Per questo, si diffuse l'opinione che meno si legifera meglio è. Per tutti. Né la Uil aveva interesse a contrastarla; a lei bastava consolidarsi, come in effetti le riuscì perché era sufficientemente scaltra per massimizzare i benefici connessi all'ambiguità di ruolo che solitamente contraddistingue le terze forze.

Ecco: è con parole simili a queste che per mezzo secolo ho descritto ai miei studenti le ragioni dell'inattuazione dell'art. 39, senza trascurare di informarli che il linguaggio corrente era criptico. Infatti, si preferiva dire che quella praticata era una contrattazione collettiva di diritto comune. Viceversa, per quest'ultimo la contrattazione collettiva era un'entità sconosciuta. Perciò, l'ammiccamento lessicale nascondeva la più elementare verità e la verità è che si era in presenza della privatizzazione integrale del fenomeno sindacale senza regole precostituite né presidi legali. Ma la necessità, come si suol dire, aguzza l'ingegno. Il proverbiale adagio vale anzitutto per la giurisprudenza che s'inventa argomenti capaci di risolvere problemi tecnico-giuridici che solo una legge sindacale di attuazione dell'art. 39 potrebbe risolvere. La supplenza giudiziaria infatti risolve il problema dell'inderogabilità del contratto collettivo, perlomeno da parte degli iscritti ai sindacati stipulanti, e quello della sua efficacia generale sia pure limitatamente alle tariffe salariali mediante un'interpretazione creativa dell'art. 36 cost. che riconosce il diritto ad una retribuzione giusta e sufficiente per ogni lavoratore. Nel complesso, la giurisprudenza ottiene un risultato prossimo a quello ottenibile attraverso il riciclaggio degli automatismi previsti dalla legge del 1926 e dunque mimava la medesima esperienza giuridica che, per quanto lontana dalla costituzione, le era più familiare. Ogni riciclaggio, però, è un ripiego. Per apprezzabile che possa essere la loro praticità, gli espedienti sono culturalmente poco dignitosi. Nel nostro caso, frequenza ed ampiezza dell'uso che se ne faceva testimoniavano che i sindacati erano mortificati dall'esiguità delle risorse offerte dalla tecnica giuridica disponibile: l'*habitat* nel quale dovevano agire era sospeso fra un passato che non voleva passare e l'indeterminatezza di un futuro che tardava a materializzarsi.

Il sindacato degli anni '50 non era tenuto a saperlo, ma si muoveva sul terreno più adatto a riattualizzare la teorizzazione di uno dei maggiori giuristi del Novecento sull'esistenza di ordinamenti ai margini di quello statale, giustapposti e paralleli al medesimo, se non proprio alternativi. Riflettendo sulla complessità dell'universo giuridico, sulla crisi dello Stato e del suo assolutismo, Santi Romano era giunto a scoprire che l'antica massima *ubi societas ibi ius* non significa soltanto che la società non può fare a meno del diritto prodotto dallo Stato: significa anche che la società produce diritto, sia pure extra-legislativo. E ciò perché la dinamica spontanea dei gruppi privati è in grado di costruire una legalità non meno vincolante, e talora più efficiente, di quella statale. Come dire che il sindacato degli anni '50 aspetta soltanto qualcuno capace di persuaderlo, e persuadere il ceto professionale operatori giuridici, che l'inattuazione dell'art. 39 non è un male in sé. L'attesa finirà quando, presagendo che un'organica legge sindacale sarebbe arrivata chissà quando, Gino Giugni dimostrerà che l'adesione acritica all'ottocentesca concezione stato-centrica del diritto penalizza arbitrariamente la vitalità dell'autonomia privato-collettiva, negandone l'attitudine a creare un ordinamento *iure proprio*. La sua non era che un'ipotesi di lavoro giustificazionista ed insieme predittiva. Ebbe successo perché si basava su presupposti condivisibili e largamente condivisi che aspettavano soltanto qualcuno che se ne assumesse la paternità. Il primo è che ad un movimento sindacale con enormi ritardi da colmare quanto ad esperienza di libertà ed autonomia fosse saggio concedere la *chance* di costruirsi la sua al di fuori di schemi regolativi prefabbricati all'esterno e calati dall'alto. Come dire: lungi dal piangersi addosso per le speranze suscitate dall'art. 39 e andate deluse, l'inattuazione della norma va caldeggiata in nome della stessa democrazia, scommettendo sulla voglia di un suo ente esponenziale di imparare a camminare senza stampelle legali. Pertanto, Giugni era interessato a valorizzare più la *felix culpa* di governi, Parlamenti e sindacati recalcitranti ad attuare l'art. 39 che a sfidare il legislatore a cimentarsi nell'attuazione di un progetto non meno ambizioso della quadratura del cerchio. Questo giurista, però, non sarebbe diventato l'*opinions leader* di intere generazioni se la scissione della Cgil non avesse ostacolato l'unità d'azione sindacale meno, molto meno di quanto prevedevano (o auspicavano) in molti.

Scusa l'interruzione, ma non capisco bene: la rottura dell'unità sindacale, hai detto poc'anzi, è il vero, insuperato ostacolo dell'attuazione dell'art. 39; adesso, però, dici che il pluralismo sindacale non equivale, nel pensiero di Giugni, e (mi sembra) nel tuo, a dis-unità. Come si conciliano le due affermazioni?

Domanda appropriata, ma il contrasto è più apparente che reale. La rottura, che si consumò nel 1948 per effetto (come ho già detto)

della pressione di fattori esogeni ed eventi esterni cui si deve il fatto che quella sindacale sia una storia minore, è figlia di un mondo spaccato in due. Però, il pluralismo sindacale che ne conseguì vide a poco a poco scolorirsi la valenza politico-ideologica della sua origine e si tramutò in patriottismo d'organizzazione. Un sentimento che, se accentua la caratterizzazione identitaria di gruppi intenzionati ad atteggiarsi come distinti competitori, tuttavia non fa perdere la consapevolezza di una vitale comunione d'interesse. Dovendo contrattare con la medesima controparte, non possono non capire che l'unità d'azione è la sola condizione che permette di stabilire un rapporto di potere meno sperequato di quello raggiungibile separatamente e dunque più vantaggioso per i destinatari finali della contrattazione. Il che, però, al tempo stesso si traduce in un aumento della profittabilità del servizio reso dal sindacato predisponendo le costose infrastrutture senza le quali i negoziati non potrebbero nemmeno cominciare.

Quella del sindacalismo del dopo-guerra — sostiene infatti Giugni intervenendo al Convegno di studi organizzato dalla Cgil per festeggiare il suo 30° compleanno — è « la storia di come sia cresciuta all'interno di un sistema pluralistico una condizione, se non anche un progetto, di unità sindacale. [...] Gli anni dal '60 al '70 io li vedo come gli anni in cui l'unità sindacale è nei fatti ». Giugni inforca occhiali con le lenti giuste: l'evoluzione del diritto sindacale era governata da una stabile coalizione delle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative che, per un attimo, negli anni '70 sembrò addirittura in procinto di trasformarsi in una federazione unitaria. Se agli studenti ne parlavo come di un club elitario ed esclusivo, Piero Boni, che è stato il n. 2 della Cgil ai tempi di Luciano Lama, ne parlava come della « quarta confederazione senza nome e senza bandiera ». La terminologia è troppo fantasiosa per poter essere adottata dalla Corte costituzionale, ma è questa l'impalpabile entità che la stessa Corte non esita a sponsorizzare come freno delle logiche aziendalistiche che disgregano l'intero e spezzano la coesione delle larghe solidarietà d'interessi di cui il club è espressione. Sull'attitudine dei sindacati di farne parte in qualità di carissimi nemici, sulla loro propensione a trattenerci dal farsi rovinosi sgambetti e ad optare per la tendenziale convergenza delle politiche rivendicativo-contrattuali Giugni è fiducioso. Non ha torto: sa che l'unità d'azione ha finito per acquistare una valenza para-costituzionale in quanto è valutata dagli stessi sindacati un succedaneo della mancata applicazione dell'art. 39. Nell'occasione poc'anzi menzionata lo ascoltai, non senza sorpresa, esprimersi così: « vi è oggi la possibilità — che in precedenza non c'era — di ricostruire intorno ad un filo unitario la vicenda complessa delle varie confederazioni ». Forse, giudicava già allora un anacronismo la molteplicità di strutture confederali e il suo permanere il retaggio di un sistema politico che si regge su pregiudiziali discriminatorie di cui si augurava il tramonto. Viceversa, l'ottimistica previsione sarebbe stata smentita dallo sgretolarsi dell'unico argine di

contenimento del processo di de-costituzionalizzazione del sistema sindacale. Difatti, lo smottamento produrrà situazioni ad un passo dall'anti-costituzionalità che minacciano la stessa libertà sindacale di cui le regole di un gioco durato per mezzo secolo avrebbero dovuto celebrare l'apologia. È la stagione degli accordi separati. Essa tocca il suo culmine con l'inaspettata eterogenesi dei fini subita dalla normacardine della legislazione di sostegno. Riformulato nel 1995 dal legislatore popolare allo scopo di allargare la cerchia dei sindacati con diritto di cittadinanza in azienda, nella Fiat di Sergio Marchionne l'art. 19 dello statuto dei lavoratori si trasformerà nel suo contrario: ossia, in un meccanismo di esclusione di un sindacato di cui nessuno contesta la rappresentatività. Infatti, in conseguenza della rottura del fronte sindacale, il rischio da neutralizzare è quello che l'interpretazione letterale dell'art. 19 determini non più il rigonfiamento artificioso dei soggetti ammessi nell'area del privilegio legale, bensì l'estromissione di chi ha diritto di starci. Per questo, l'Alta Corte si pronuncerà nel senso che, come la sottoscrizione formale e meramente adesiva al contratto non è sufficiente a fondare la titolarità dei diritti sindacali, così la mancata firma non può produrne la perdita. Diversamente, si legittimerebbe « una forma impropria di sanzione del dissenso che incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato » di dire no, se lo ritiene necessario. Al tempo stesso, l'atteggiamento consonante con l'impresa verrebbe premiato anche a scapito dei lavoratori cui è negata la libertà di scegliere la rappresentanza che vorrebbero.

Di recente, però, qualcosa è successo. O mi sbaglio?

No, non ti sbagli.

Uomo di idee semplici e passioni forti, Luciano Lama una volta disse che i sindacati sono come i castori: li guardi da lontano e ti sembra che non stiano facendo niente; poi, all'improvviso ti accorgi che hanno tirato su una diga. La medesima immagine mi è tornata in mente quando ho visto il monumentale immobilismo dei sindacati di fronte all'inattuazione dell'art. 39 interrompersi nell'arco del triennio, tra il 2011 e il 2014, durante il quale si sono svolte con la massima discrezione e pause sapienti le trattative del trittico interconfederale denominato, alla fine, Testo Unico sulla rappresentanza sindacale. Confesso che la sua sottoscrizione mi colpì perché mi ero ormai persuaso che tra la posizione di chi ne aveva subito o sollecitato il rinvio come una realistica necessità e quella di chi voleva farne lo strumento che consentisse di accantonare definitivamente la questione, avesse finito per prevalere la seconda. Meglio tardi che mai, mi sono detto, prendendo atto che il sindacato riconosceva di non poter continuare a sottrarsi a verifiche riguardanti il fondamento della sua legittimazione a partecipare da protagonista a processi di produzione di norme valevoli nei confronti di moltitudini di cittadini che non gli hanno conferito

alcun mandato rappresentativo. Infatti, ha promesso a se stesso di non lasciarli più nella condizione di non sapere chi rappresenta chi né come possano essere regolati i dissensi inter-sindacali per evitare che diano luogo a traumi destabilizzanti; chi è legittimato a contrattare, con quale efficacia e quale responsabilità nei confronti della controparte e dei rappresentati. A tutti questi interrogativi il corposo documento del 2014 fornisce indubbiamente risposte (o principi di risposta). Però, è presto per dire che esageravo a ritenere insuperabili le resistenze ad attuare l'art. 39. Infatti, la sottoscrizione del maxi-accordo non ne comporta l'immediata operatività. Il cantiere è ancora aperto e il completamento di questo *work in progress* procede a rilento: può persino darsi che si sia arrestato e, comunque, i pochi che sanno non parlano. Sono tutti indizi da cui trapela che l'art. 39 continua a spaventare. Però, fa più paura l'intenzione del governo in carica di stabilire il salario minimo legale. Una misura del genere metterebbe fuori gioco la contrattazione nazionale, in pericolo la stessa esistenza dell'organizzazione ed a nudo il suo costoso sovra-dimensionamento.

A proposito del ruolo della Trimestrale nello scorcio finale degli anni sessanta e nei primi anni settanta, hai parlato prima dell'affermarsi di una « scuola di pensiero giuslavoristica » in rottura con la tradizione. Che cosa intendi per scuola di pensiero? Il riferimento va alla scuola bolognese?

È una scuola in cui s'insegna che il diritto che dal lavoro prende il nome non può essere del lavoro più di quanto sia al tempo stesso del capitale e che la sua strutturale ambivalenza è all'origine della tendenza della cultura giuridica a dividersi sull'asse destra/sinistra. La giustifica e, anzi, finisce per imporla. Il motivo è auto-evidente: il conflitto d'interessi di cui il diritto del lavoro è strumento di composizione si trasferisce pari pari dal piano della sua produzione al piano dell'interpretazione delle norme. Qui, cambiano i duellanti, ma le ragioni del contendere permangono intatte. « Non saprò mai se sono un giurista prestato alla politica o un politico prestato al diritto », diceva di sé Gino Giugni al quale, nel 2000, dedicai uno scritto col titolo *Elogio del compagno professore*. Con la franchezza che gli è abituale, Luigi Mariucci ha confidato alla sua rivista: « il diritto del lavoro ha costituito un succedaneo della mia inclinazione alla politica » ed « ha funzionato come può funzionare il metadone per un tossico-dipendente ». « Il giurista fa politica », è la secca affermazione di Federico Mancini, « e i suoi tempi sono quelli della politica ». Non è detto però che la consapevolezza della politicità della materia sia indispensabile per diventare un giurista del lavoro che conta nel dibattito pubblico. Anzi, se non la sorveglia criticamente e ne ha in eccesso, può accadere che si trasformi involontariamente in un giurista-militante. Ma non è di una figura del genere

che si sente la mancanza. Ciò di cui c'è enorme bisogno è l'onestà intellettuale verso se stessi e verso gli altri.

Infatti, è con la stessa onestà che talvolta mi diverto a cercare affinità e differenze tra mestieri che sembrano non avere nulla in comune, quelli di attore e giurista positivo. Li unisce certamente il fatto che entrambi interpretano testi scritti (generalmente) da altri, salvo che il primo può rifiutarsi di interpretare un testo che non gli piace, mentre il secondo non può fare altrettanto. Pur essendo costretto ad attenersi, però, il giurista conosce margini di creatività negati all'attore. E ciò perché, a differenza del manufatto letterario, quello normativo non vive senza interpretazione. La quale è sì soggetta a regole legali, ma anche queste regole sono oggetto d'interpretazione. Infatti, l'esegesi non è soltanto letterale: può essere evolutiva o sistematica, orientata alle conseguenze o adeguatrice, variamente ridisegnando ogni volta l'orizzonte di senso dell'enunciato normativo. Dire questo non significa che sia lecito l'arbitrio interpretativo. Significa solamente che successo e insuccesso dell'interpretazione dipendono dalla quantità dei consensi i quali a loro volta dipendono dalla condivisione della sensibilità culturale e del patrimonio conoscitivo con cui l'interprete tiene conto di come fatti estranei al testo scritto impattano sul medesimo; fermo restando che l'unico limite all'arbitrio, come insegna Guido Alpa, è il *self-restraint* dettato da valori deontologici e meta-giuridici. Anche questa è una buona ragione che concorre a spiegare perché il giurista si trovi nella pratica impossibilità di nascondere da che parte sta. Non può perché il testo che deve interpretare si riconnette con l'ambiente esterno e lì destra e sinistra non sono soltanto categorie da codice della strada. Casomai, è adesso che cominciano ad esserlo; ma questa è un'altra storia.

Una scuola di pensiero si distingue nettamente dalle comuni scuole accademiche. È aristocratica e insieme informale, mentre le altre sono baronali nell'accezione resa impopolare dai racconti di abusi e soprusi. È laica, mentre le altre sono bigotte nel senso che venerano il capostipite e la sua parola, e perbeniste nel senso che flirtano con logiche di stampo mafioso, ma indossano il doppiopetto. Coltiva la meritocrazia e l'amore per il lavoro benfatto, mentre l'arrivismo corsaro e narcisista porta le altre a sentirsi riconosciute e premiate solamente se portano in cattedra (come si suole dire in gergo) il maggior numero possibile di propri candidati indipendentemente dal loro valore: nient'altro che questo è il modo col quale preferiscono manifestare la propria esistenza e misurare la propria vitalità.

Se ho tracciato questa tipologia delle scuole accademiche è perché ho visto da vicino come agiscono ed ho fatto parte di un gruppo di lavoro con le caratteristiche di una scuola di pensiero. Anche se, come tale non ha resistito a lungo, a differenza di quella che Giugni fondò nell'Università di Bari. La causa della sua prematura sparizione non mi

è mai apparsa tanto chiara come adesso. La causa, dico subito, è stata la congenita fragilità che rischiò perfino di non farla nascere.

L'affermazione ufficiale della scuola bolognese si ha con il Commentario dello statuto (a firma Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli). Che cosa intendi per «congenita fragilità»? Esistevano diverse anime all'interno della scuola? ⁽⁹⁾

Le diversità erano sia di temperamento che di scelte inerenti al futuro individuale e dunque anche a legittimi calcoli d'interesse. Cerco di spiegarmi.

A ragione, tutti pensano che la scuola abbia monumentalizzato il suo atto di fondazione col ponderoso volume della collana edita dalla Zanichelli, l'arcinoto *Commentario Scialoja-Branca del c.c.*, dedicato al commento dello statuto dei diritti dei lavoratori e uscito nel primo semestre del 1972. Nessuno, però, sa che Federico Mancini, unico destinatario della proposta editoriale, ne informò immediatamente me soltanto e nessuno ha mai avuto motivo di sospettare che fosse orientato ad associare nell'impresa me soltanto. Cosa che, quando me ne mise al corrente, mi turbò, anzitutto perché era interpretabile come sintomo di una inaspettata mancanza d'interesse al perfezionarsi della gestazione della scuola di pensiero di cui (come dicevo poco fa) erano rinvenibili tracce significative nella *Trimestrale*. Io invece ci credevo e non volevo privarmi del piacere che mi avrebbe procurato la stesura collettiva del commento della normativa statutaria: il sottile piacere di sentirmi parte di un gruppo espressivo di una cultura giuridica di cui mi riconoscevo produttore e insieme consumatore. Per questo, insistetti e, mi piace sottolinearlo, convinsi facilmente Federico ad estendere la proposta agli altri giuslavoristi fortemente integrati nella *Trimestrale*. Il loro contributo, dovette ammettere anche lui *re melius perpensa*, avrebbe sensibilmente accorciato i tempi della pubblicazione e la tempestività ci avrebbe consentito di influenzare gli svolgimenti del dibattito giuridico-politico e la progettazione delle decisioni giudiziarie. Inoltre, era chiaro che l'assenza in copertina di Giorgio Ghezzi non sarebbe passata inosservata e l'impatto del libro ne avrebbe risentito negativamente. Senza dire, poi, che da studioso serio e coscienzioso qual era Giorgio si sarebbe responsabilmente assegnato un compito circoscritto in ragione della carica appena assunta di assessore comunale. Analogamente, il fatto che Luigi Montuschi, l'ultimo giuslavorista bolognese selezionato da Carnacini, si apprestasse ad aprire uno studio professionale gli avrebbe suggerito di limitare l'impegno editoriale, concentrandolo in

⁽⁹⁾ Un accenno alle tensioni e alle convergenze presenti nella scuola riguardo al 'Commentario' è in Federico MANCINI, *Intervista* (1993), ora in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 500.

pratica sull'art. 7 st. lav. (era ancora fresca di stampa la monografia sul potere disciplinare con cui aveva appena vinto il concorso). Così, in effetti è andata. Montuschi commentò una manciata di norme (la più « pesante » delle quali era, per l'appunto, l'art. 7) e Ghezzi poco più di una mezza dozzina di norme il cui comune denominatore consisteva in ciò: pur non essendo tutte norme di dettaglio, commentarle non richiedeva un largo dispendio di tempo né prolungati soggiorni in biblioteca. La parte restante della normativa statutaria venne divisa equamente tra me e Federico, entrambi professori a tempo pieno.

È la prima volta, caro Giovanni, che rivelo questo aspetto della vicenda-commentario e, se tu non mi avessi proposto questa intervista, avrei continuato a tacerne per lo stesso motivo per cui si esorcizzano i fantasmi. Se, dopo averne taciuto con tutti per tanti anni, adesso rompo il silenzio è solo per dar conto (a te, ma un po' — lo confesso — anche a me stesso) delle ragioni del veloce declino della scuola di Bologna. Ragioni, alla fin dei conti, riconducibili alla circostanza che le sue fortune non sono mai state realmente al centro degli interessi del suo *leader* riconosciuto. Infatti, qualche anno dopo il suo carisma Federico l'avrebbe speso altrove, lontano da istituzioni come quelle universitarie in crescente degrado e comunque incapaci di ricompensarlo se non in esigua misura, e il suo successo d'immagine l'avrebbe capitalizzato in appropriati investimenti ad alto rendimento da ogni punto di vista. Salpato da Bologna per attraccare al CSM, al termine del mandato avrebbe dovuto, secondo le previsioni, approdare alla Corte costituzionale in quota PSI. Viceversa, la tempesta perfetta che si scatenò inopinatamente nelle aule parlamentari gli impedì di raggiungere il porto previsto e lo costrinse a cambiare rotta: sbarcò in Lussemburgo, dapprima come avvocato generale e poi come giudice della Corte di Giustizia europea.

Fu un lungo viaggio e Federico non si voltò mai indietro. Neanche una sola volta. Il fatto è che non aveva abbandonato soltanto l'ambiente universitario. Perduto ogni interesse per il diritto del lavoro, si comportava come se avesse voluto cancellare il ricordo di essere stato un protagonista della ripresa degli studi giuridici nella materia. Difatti, mai rialzerà la saracinesca che, quasi in uno slancio liberatorio, aveva tirato giù per separarsi dal micro-cosmo che si era formato con lui e attorno a lui.

Emblematico il suo disimpegno nella seconda edizione del commento dello statuto dei lavoratori che aveva certificato la nascita della scuola bolognese. La prima edizione era da tempo introvabile e si comprende perché l'editore fosse interessato a proporle una nuova. A dar retta a ciò che lui stesso scrive nel risvolto di copertina del primo volume della nuova edizione, quello del 1972 è « una delle opere giuridiche del decennio più consultate e citate » (fa piacere sentirselo dire, anche se è solo pubblicità). Suddivisa in due volumi, il primo (1979) si arresta all'art. 13 e il secondo (1981) all'art. 18. Entrambi recano il nome di Mancini, perché suoi *ab initio* erano i commenti degli

artt. 11, 17-18. Ma il nuovo commento sia dell'art. 11 sia dell'art. 17 è la riproduzione testuale del vecchio e del commento dell'art. 18, la cui nuova versione consta di circa 100 pagine, sono manciniani soltanto due paragrafi (nell'insieme una decina di pagine). La seconda edizione non va oltre questo tornante. Un po' perché non pare destinata a bissare il successo della prima. E un po' perché l'espedito praticato per continuare ad esibire in vetrina il nome di Mancini non può più funzionare: i commenti che gli spetterebbero sono numerosi e devono essere rifatti; ma Federico non ne ha tempo né voglia.

Immagino quel che stai pensando. Pensi che la dissoluzione della scuola conseguente a un'insuperata crisi che era anche crisi d'identità, sia addebitabile soltanto a chi rimaneva. Verissimo. Ma la *leadership* non si acquista né *iure hereditario* né con atti *inter vivos*. Si conquista; e finisci per conquistarla davvero se gli altri sono disposti a riconoscerli un corredo di attitudini che sono come il coraggio secondo don Abbondio: se uno non ce l'ha, non se lo può dare. Del resto, anche se l'ipotesi non è consolatoria, è presumibile che nemmeno la continuata presenza di Federico avrebbe risparmiato alla scuola di finire nella centrifuga dei concorsi a cattedra che fa dei professori universitari facenti parte delle relative commissioni dei faccendieri in cerca di alleanze a qualunque prezzo. Già allora, lo sfascio dell'Università era tanto irresistibile da trascinare con sé anche i migliori e Federico non poteva non averne un lucido presentimento. Oltretutto, era al corrente di insanabili divergenze affiorate dentro le mura domestiche. Di esse non vale la pena parlare, ma è opportuno farne cenno perché contribuiscono alla sua disaffezione alle cose sulle quali mi hai invitato a parlare. È lecito supporre infatti che il deteriorarsi dell'ambiente non fosse estraneo al suo disamoramento.

La Tua collaborazione con Mancini s'infiattò all'inizio degli anni settanta. Quali erano le caratteristiche del vostro rapporto scientifico? Come ha inciso sulla tua formazione e sulla Tua idea del diritto del lavoro?

Fra il 1970 e il 1972, tra Federico e me si attiva un sodalizio del quale posso dire quel che prima dicevo del sodalizio con Giugni: mi lusingava perché diseguale e, ciononostante, non ho mai provato un sentimento di soggezione. Il solo ricordarlo mi riempie di gioia, perché per creatività, operosità e sincronia delle interazioni era perfetto e comunque non è stato eguagliato dai sodalizi di cui ho fatto parte in epoca successiva. (Nella seconda metà degli anni '70, esce per i tipi del Mulino — co-autore Tiziano Treu — una storia della strategia dei sindacati nel dopo-costituzione che oggi mi pare irrimediabilmente vizziata in radice dall'infondatezza della presunzione che fosse declinabile al singolare e negli anni '80 la Zanichelli pubblica la prima edizione di un manuale di diritto sindacale e del lavoro — co-autore Giorgio Ghezzi — di cui suppongo mi chiederai qualcosa in seguito).

Per due anni, il livello di produttività del sodalizio si mantenne elevato. Vi contribuì anche l'ideazione di una ricca antologia della dottrina giuridica in materia di diritto sindacale pubblicata nel 1971.

Il volume rientrava nel programma di un'iniziativa editoriale del Mulino suggerita dal gruppo di giuristi (tra i quali Federico ed io stesso) raccolti intorno alla neonata *Politica del diritto*, diretta da Stefano Rodotà. Essi si proponevano *inter alia* di mettere a punto un'alternativa al metodo della lezione cattedratica contestato dal movimento studentesco esploso tra il '67 e il '68 nelle Università del centro-nord che reclamava un'organizzazione della didattica articolata in gruppi di studio. Nei nostri propositi, l'antologia era lo strumento adatto per seminarizzare l'insegnamento. Quindi, era dichiaratamente sperimentale, perché avrebbe voluto sostituirsi al manuale, il cui genere letterario la prefazione ridicolizzava con una caricatura che ne fa il luogo nel quale « noi professori usiamo celebrare in corpo otto i nostri riti iniziatici ». (La prefazione è a doppia firma, ma l'elegante cattiveria ha l'inconfondibile *imprinting* manciniano).

Il sodalizio con Federico ha segnato una tappa fondamentale nel mio processo di formazione, perché mi diede la possibilità di lavorare gomito a gomito con un intellettuale d'eccellenza, sbarcato una dozzina d'anni prima di me nel mondo del diritto (anche lui probabilmente) più per necessità che per scelta. Difatti, proprio perché il mondo del diritto gli andava stretto non esiterà a confessare l'indicibile sofferenza che dovette sopportare piegandosi all'imperativo categorico di « imparare il passo dell'oca » per spianare la via che l'avrebbe portato in cattedra (il che accadde nel 1962) ed è per lo stesso motivo che, d'intesa con Giugni, si batteva per ridefinire i confini di quel mondo. Come dire: Federico si era visto costretto a destreggiarsi in una situazione che gli ricordava quella degli eretici italiani del Cinquecento, i quali — secondo la descrizione che ne ha tratteggiato Delio Cantimori — « tenevano celata la propria fede, aspettando per manifestarla che cessasse il timore del martirio e facendo intanto ossequio alle autorità ecclesiastiche ».

La mia immensa fortuna è averlo intensamente frequentato quando era già fuori del tunnel e il fiume carsico — come lui stesso chiamava la sua impazienza a trasgredire i canoni della dogmatica — poteva liberamente affiorare e scorrere in superficie. Fortuna non solo mia, peraltro. L'hanno condivisa e apprezzata in tanti. I suoi studenti, anzitutto. E i suoi più motivati laureati, che intraprenderanno la carriera universitaria sotto la sua regia.

Laureati motivati che desideravano ardentemente far parte di una « scuola di pensiero ».

« I miei boys », li chiamava Federico sorridendo. Con loro andava d'accordo. Anche quando avevano opinioni diverse. Riusciva persino a farli andare d'accordo tra loro, come sa fare soltanto un padre inteso

non nel senso (a lui sicuramente sgradito) di autorità-autoritaria, bensì nel senso dell'Antico Testamento, dove *pater* è sinonimo di fondatore di una comunità. Quella di cui i *boys* volevano far parte. Difatti, vi entreranno; ma di lì a poco le fondamenta sarebbero crollate e sarebbero rimaste soltanto macerie. Per questo, sarebbe stato possibile soltanto mitizzarla, come è certamente successo a tutti i *boys*. Un paio di loro, però, rifiutò di cibarsi di nostalgia e non cedette allo sconforto. Non che Guido Balandi e Luigi Mariucci lo abbiano combattuto credendo in prodigi del tipo Araba Fenice. Piuttosto, ci tenevano a dimostrare — anzitutto a se stessi — che il loro interesse per il diritto del lavoro non era strumentale; che consideravano una tappa, non il capolinea, l'acquisito *status* di professori straordinari (1985) e che la deriva dell'istituzione universitaria non giustificava propositi di resa. Non erano nemmeno dei sognatori o degli irrequieti. Casomai, incubi e irrequietezze avevano cominciato a disturbare il diritto del lavoro, provocando un malessere diffuso. Anche tra gli interpreti. Persuasi che, in assenza di contro-misure adeguate arrivassimo tutti disarmati ad appuntamenti decisivi, con la fibra del « lupo di mare », icasticamente riprodotto nel fulmineo *flash* di Giuseppe Ungaretti, Guido e Gigi persuasero anche me che bisognasse attrezzarsi per resistere le retrovie di una cultura giuridica del lavoro tra i cui esponenti si distinguevano quelli che sgomitavano per partecipare ad un'avvilente orgia senza fine di concorsi a cattedra (nel giro di pochi anni triplicarono).

Hai disegnato un percorso che va dalla 'scuola bolognese' alla fondazione di « Lavoro e diritto ».

In effetti, Balandi e Mariucci mi proponevano con insistenza di promuovere un'iniziativa editoriale che agisse da fattore di riaggregazione programmaticamente aperta ad apporti stranieri e diventasse un luogo di ricerca frequentato da giuristi del lavoro che si riconoscessero in una certa idea di diritto del lavoro. La stessa che aveva caratterizzato un tratto non irrilevante del lungo itinerario percorso dalla *Trimestrale* e, nella prima metà degli anni '80, si era manifestata ancora più diffusamente e con maggiore continuità in *Politica del diritto* dopo la decisione presa (non ricordo per quali motivi) da Stefano Rodotà di dividerne con me (e Franco Bricola) la direzione. Sia l'una che l'altra rivista erano, per giuristi del lavoro come me e come loro, un veicolo accogliente ed insieme penalizzante, perché un ospite non ha il potere di disporre della casa dove è alloggiato. Alla contraddizione io mi ero abituato, ma per loro era un'anomalia. Durata fin troppo, dicevano. E avevano ragione. Però, li avevo avvertiti con la franchezza che è la cifra stilistica dei nostri rapporti, mi sarei comportato come il babbo che compra per il figlio la bicicletta tanto desiderata: adesso che ce l'hai, pedala. Peraltro, la cosa non poteva certo indispettirti o intimorirti.

Difatti, erano e sono degli ottimi passisti. Specialmente Guido, che ha ininterrottamente posto la rivista al centro della sua attività di (impaggiabile) organizzatore di cultura, non solo giuridica.

Come dire: anche se per trent'anni figuravo d'essere il direttore del periodico, perché l'editore (il Mulino) mi conosceva bene e si fidava di me, il mio ruolo è stato in realtà quello di averla messa al mondo, nel senso che ho facilitato il parto come una levatrice; ma la creatura non l'ho fecondata io. Battezzammo la rivista *Lavoro e diritto* (consorella della più anziana *Arbeit und Recht* vicina al DGB, il maggiore sindacato tedesco, e della *Trabajo y derecho* nata in Spagna un paio di anni fa) e nel novembre dell'anno scorso ne abbiamo festeggiato il 30° compleanno con un Convegno.

Lavoro e diritto si presentò sin da subito come una rivista progettuale, caratterizzata da un'apertura nei confronti della dimensione storica e della comparazione. Particolarmente fitto il colloquio con la giuslavoristica spagnola.

C'è una frase che riassume il senso dell'itinerario scientifico-culturale compiuto coniugando la dimensione del diritto comparato e la dimensione della storia giuridica: « ci piacerebbe che di questa rivista un giorno si potesse dire: si occupa del presente, è attenta ai cambiamenti dell'oggetto della sua osservazione, ma non ne dimentica le radici ». Poiché la pronunciammo in sede di presentazione di *Lavoro e diritto*, è bello poterla riprendere trent'anni dopo cambiandone l'intonazione. Da ottativa che era si è convertita in assertiva. Per favore, però, non chiedermi quando. Certo, non d'incanto né all'improvviso, bensì attraverso un processo di crescita collettiva fatta di considerazione degli altri e valutazione della necessità del loro contributo. Nessuno di noi, infatti, poteva considerarsi autosufficiente. Il progetto editoriale originario andava realizzato coinvolgendo giuristi affermati o ancora ai primi passi, selezionati tenendo conto che non fingano di non sapere che destra e sinistra non sono soltanto categorie da codice della strada. Bisognava pilotarne e controllarne il *turn-over* per mettere la persona giusta nel posto giusto al momento giusto. Nel suo svilupparsi, il progetto andava continuamente ridisegnato, tenendo conto del mutare dei profili culturali e delle propensioni dei nuovi arrivati. Insomma, « il vero protagonista della storia che abbiamo vissuto », come direbbe Antonio Tabucchi, « non siamo noi, è la storia che abbiamo vissuto ».

Nello stesso arco di tempo in cui nasceva la rivista, ebbi la fortuna (Dio mio, quanta ne ho avuta) di conoscere un personaggio straordinario che mi offrì l'opportunità d'intestarmi, più o meno come era accaduto con *Lavoro e diritto*, un'iniziativa che non avevo deciso da solo né autonomamente.

Amico di Salvador Allende, Pedro Guglielmetti era arrivato in Italia come esule e prestava servizio nel Centro OIL di Torino (adesso

è in pensione). Giugni, cui dapprincipio si era rivolto, lo indirizzò a me. Pedro mi cercò e mi propose di organizzare presso l'Università di Bologna un *curso* per esperti latino-americani in diritto del lavoro e relazioni industriali. Di questa specie di *master* della durata, per molto tempo, di tre settimane (ora ridotte a due) non posso raccontarne le vicissitudini. La sua storia interna sarebbe troppo lunga. Ti prego, perciò, di accontentarti di sapere che è stato il più rocambolesco e felicemente riuscito tiro di una biglia di *flipper* che mi sia capitato di effettuare in vita mia. La prima edizione si svolse a Bologna in coincidenza con le celebrazioni del IX centenario dell'ateneo (1988) e si replicò per un quinquennio. Poi, il *flipper* andò in *tilt*. Dopo tre anni, però, il *curso* riprese in forma rinnovata e dura tuttora, anche se per svariate ragioni si tiene in Spagna.

Era d'obbligo che te ne parlassi, perché esso si pone in piena sintonia con l'orizzonte di senso della nostra conversazione. L'originalità del *curso* sta in ciò: i partecipanti provengono da tutti i paesi del continente latino-americano e la partecipazione segna la nascita di rapporti destinati a consolidarsi anche in ragione della comune appartenenza ad un'associazione costituita (più di vent'anni fa) dagli *ex becarios* che annualmente promuove un *encuentro* organizzato dagli *ex* del paese ospitante. L'esperienza realizza un modello di comparazione in presa diretta tra sistemi giuridici che, benché limitrofi, di norma si ignorano e si sviluppa attraverso un intreccio di scambi continuativi all'interno delle coordinate culturali che sono disegnate durante il *curso*. Così, quando negli ambienti universitari dell'America Latina, senti parlare di un *curso de derecho del trabajo* che si replica ogni settembre in Europa senza ulteriori specificazioni, è probabile che i parlanti si riferiscano a quello iniziato nella mia Università più di trent'anni fa. Ma io non ne sono *el fundador* (anche se tutti, là, hanno l'abitudine di chiamarmi così); l'ideatore e il vero animatore « in servizio permanente effettivo » è Pedro.

Comunque, strada facendo, il *curso* ha finito per trasmettere un'immagine di sé che ne fa una propaggine della scuola di pensiero che, forse troppo presto, abbiamo considerato estinta; oppure, sì, quest'ultima è morta davvero precocemente, ma svolge la funzione della società *pecunia-opera* di cui ti ho già parlato. Lo dico sommessamente, perché la cosa ha del fiabesco: sarebbe come scoprire, ma è successo soltanto a Ippolito Nievo, che « Rinaldo può vivere anche molti secoli dopo le crociate ».

E il 'curso' fece nascere nuove collaborazioni e consolidò rapporti già esistenti con giovani giuristi spagnoli.

Da circa vent'anni il *curso* si è innervato su un mio sodalizio *extra-moenia* che ha arricchito grandemente la mia formazione. Alludo ai dioscuri di Madrid. Là risiedono Antonio Baylos e Joaquin Aparicio,

titolari di cattedra di diritto del lavoro nell'Università di Castilla-La-Mancha (in una delle quattro sedi della quale, Toledo, da alcuni lustri si svolge il *curso*). Ed è là, a Madrid, che li ho conosciuti nel 1982, perché il loro tutore accademico *pro tempore* ne aveva accolto il suggerimento di invitarmi a un seminario della Complutense. Mi dissero di aver letto con *mucho gusto* qualcosa di mio, ma pare che li avesse favorevolmente impressionati soprattutto l'intervento che avevo svolto in un *meeting* tenutosi a Siviglia (1978) sulla Costituzione della Spagna post-franchista nei giorni in cui le *Cortes* ne stavano ultimando i lavori preparatori. Lo aveva organizzato il cattedratico locale, Miguel Rodríguez Piñero col quale avrei poi stretto una solida amicizia, invitando gli autorevoli membri del Gotha europeo del diritto del lavoro. (Se c'ero anch'io era solamente perché Miguel aveva autorizzato Giugni e Mancini ad estendere l'invito ad un « giovane in gamba »).

Col passare del tempo, il rapporto con Antonio e Joaquin è venuto assumendo il carattere della *fraternitas* non solo per le indubbie affinità elettive, ma anche per le molte esperienze di lavoro e di studio che abbiamo condiviso e condividiamo tuttora: il *curso* di cui ho appena finito di dire, collaborazioni editoriali, specialmente con la loro *Revista de derecho social* dove appaiono con una certa regolarità miei scritti (tradotti prevalentemente da Baylos), la partecipazione a ricerche sulla storia del diritto del lavoro spagnolo (in questo momento è in corso di svolgimento una ricerca sulla transizione dal franchismo alla democrazia) e ad eventi organizzati dall'organizzazione sindacale CC.OO., nonché dalla Fondazione Primero de Mayo, con le quali i dioscuri madrileni intrattengono intensi rapporti.

Ti proporrei di tornare ancora agli anni settanta e ai primi anni ottanta. Qual era lo statuto 'vissuto' e commentato nel vivo dei dibattiti degli anni settanta? Quale lo statuto riletto negli anni successivi? Una 'svolta' del diritto del lavoro (e nel Tuo percorso di studi) era già percepibile a dieci anni dallo Statuto dei lavoratori, nelle sue prime rughe?

Talvolta, ho il sospetto che cadenze e movenze del mio rapporto col diritto del lavoro abbiano avuto un andamento poco lineare: strade che convergono e assonanze che suggestionano soprattutto perché hanno il sapore dell'improvvisazione, automatismi che scattano senza preavviso, ma al momento giusto. Tuttavia, è possibile individuare non tanto svolte in senso proprio quanto piuttosto cambi di passo. A svoltare, semmai, è il diritto del lavoro ed è un'autentica inversione di tendenza: il lavoro è sotto attacco e c'è chi sta preparando il trionfo, anzitutto sul piano politico-culturale, dell'offensiva contro il movimento sindacale. In tutti i paesi industrializzati, ne è rinvenibile il momento o evento emblematico.

Nell'America reaganiana, uno sciopero dei controllori si conclude con un licenziamento di massa. Nella Gran Bretagna thatcheriana, uno

sciopero dei minatori è stroncato con metodi para-militari. In Italia, l'episodio più simbolico e traumatizzante si consuma a cavallo tra il 1979 e il 1980, giovandosi di una teatralizzazione non meno appariscente di quella che emerge dalle cronache al di là dell'Atlantico e della Manica. Il luogo è la Fiat di Cesare Romiti. È Torino, nelle cui strade sfila in corteo « per la libertà di lavoro e contro lo strapotere dei sindacati » una folta rappresentanza della maggioranza « silenziosa » che l'autunno caldo del '69 aveva ammutolito e gli spari delle P.38 terrorizzato. È l'aula giudiziaria ove si svolge il processo dei 61 licenziati dalla Fiat perché sono sospettati di collusione con le Br.

In effetti, i 61 creavano problemi un po' a tutti. Alle gerarchie aziendali, ai vertici (specialmente confederali) del sindacato e del Pci che a livello nazionale stava sperimentando la tenuta del compromesso storico. Ai 100.000 (e passa) abitanti del pianeta-Fiat e a chissà quanti italiani. I 61 si rifiutavano di considerare esaurito il ciclo conflittuale che s'incarnava nel sindacato dei consigli. La loro intransigenza contraddiceva la *ratio* politica della normativa statutaria adottata dal legislatore un po' per necessità e un po' per convinzione. Pensava che fosse necessario per aiutare il sindacato a riassorbire un'ondata ininterrotta di rivendicazioni scopertamente classiste ed era convinto che lo statuto avrebbe contribuito a trasformare, insieme al sistema delle imprese, l'intera società italiana, incentivando l'uno e l'altra a vedere nel sindacato un legittimo interlocutore e nel diritto del lavoro — il che non era mai successo — la possibilità di mantenere la promessa del 2° comma dell'art. 3 cost.

Non tutti i 61 erano delegati di reparto, di linea, di gruppo omogeneo. Però, appartenevano alla razza di quelli che nel quotidiano controllavano le condizioni di lavoro facendone oggetto di un'ossessiva micro-contrattazione sostenuta da una conflittualità permanente. Come dire: avevano il torto di interpretare lo statuto in maniera percussiva, come se fosse stato messo a loro disposizione per destabilizzare il potere aziendale. Per questo, la Fiat cercava l'occasione buona per dimostrare la fallacia del riformismo del legislatore statutario e la sua controfattualità, come testimoniava la giurisprudenza spericolata di giudici che, a dare retta ai *mass-media*, indossavano la banditica maschera di « pretori d'assalto. Ai loro occhi — come dirà Luigi Mengoni con un sarcastico risentimento poco conciliante con la mitezza del suo carattere — il sindacato appariva « come agli occhi di Dio apparve l'Inghilterra nel glorioso 1689: la guardò e vide che tutto era bene ». L'occasione, come ho già detto, maturò a cavallo tra il 1979 e il 1980. Ma la Fiat era interessata non tanto a disfarsi legittimamente di debitori di lavoro inadempienti quanto piuttosto a dare in pasto all'opinione pubblica la notizia che il sindacato usava lo statuto in modo sbagliato ed a convincerla che tra il disordine nella fabbrica e il disordine fuori si era stabilita una connessione, almeno indiretta. Essendo questo il vero obiettivo, occorre che il clima interno si deteriorasse fino a marcire,

anzitutto perché ciò avrebbe aggravato l'imbarazzo del sindacato a difendere in giudizio quanti sarebbero stati incolpati dell'insostenibilità della situazione ambientale. Per la Fiat quindi era importante ritagliarsi la parte di chi, dopo aver sopportato un'infinità di soprusi, a un certo punto non ce la fa più e, battendo i pugni sul tavolo, urla «basta: è ora di finirla». Insomma, fa scoppiare il petardo col maggiore fragore possibile per richiamare l'attenzione della sinistra politica e vedere l'effetto che fa sulle maestranze, sul sindacato, sulla città di Torino, sui *mass media* e su un'opinione pubblica incline a farsi persuadere che, dopo l'assassinio di Aldo Moro, la società fosse ormai priva di mezzi di difesa. Pertanto, ciò che stupisce non è il licenziamento dei 61; piuttosto, colpisce il ritardo nell'intimarlo e colpisce il *quomodo* è intimato. Infatti, il licenziamento disciplinare era viziato dalla palese violazione della puntigliosa normativa statutaria che procedimentalizza l'esercizio del potere disciplinare. È come se la Fiat ne scontasse in anticipo l'invalidazione giudiziaria. Infatti, il vizio formale della decisione di licenziare i 61 è funzionale all'obiettivo più immediato: accertare come reagisce il sindacato quando dei lavoratori sono accusati di un eccesso di militanza sindacale. Il calcolo si rivelerà esatto. Il sindacato decide di subordinare la sua disponibilità a presentare un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* a nome e per conto dei 61 alla dichiarazione sottoscritta da ciascuno di essi che condanna l'uso della violenza nella lotta sindacale. L'espedito è escogitato allo scopo di tutelare il buon nome del sindacato che ci tiene ad essere considerato un competitore ligio alle regole che inciviliscono anche il più aspro scontro ed insieme selezionare, tra i rappresentati, quelli che lottano lealmente distinguendoli dai devianti. Per quanto comprensibile, è la spia di un profondo disagio. In sostanza, equivale ad ammettere che la materia scotta e il sindacato, che ne è pienamente consapevole, si asterrebbe volentieri. Se potesse. Ma non può, perché — come Ghezzi racconterà nel *Processo al sindacato* (1981) da lui vissuto dal di dentro — il processo che sta per celebrarsi ha natura più politica che giudiziaria. A ben vedere, questo è il solo esito collaterale che la Fiat poteva ripromettersi, perché la lite giudiziaria era perduta in partenza. Vi sono però soccombenze che valgono una vittoria. Infatti, la Fiat prenderà serenamente atto del decreto pretorile d'urgenza emanato a norma dell'art. 700 c.p.c. che, dichiarati nulli i licenziamenti, ricostituisce *de iure* rapporti di lavoro cessati *de facto*. Ma non si rimangia la decisione. Anzi, non impiega più di un minuto a reiterarla licenziando nuovamente i 61. Insomma, riparte immediatamente, sgommando come fanno i bulli del volante. Stavolta, però, li licenzia in maniera formalmente corretta, perché ha raggiunto la certezza che il sindacato non si tirerà indietro e accetterà di condurre il dibattito sul terreno da lei scelto: tracciare in astratto il confine tra lecito e illecito nei conflitti di lavoro. Come dire: ha raggiunto la certezza che la sorte dei 61 non interessa al sindacato fino al punto di legarvi la sua. Il che apparirà più chiaro a tutti in seguito, quando il

sindacato azionerà l'art. 28 non tanto per tutelare i 61 quanto piuttosto per tutelare se medesimo. Diversamente, non si asterrebbe dal chiedere al giudice di completare la rimozione degli effetti della condotta della Fiat ordinando, ove ne accertasse l'antisindacalità, la reintegra dei licenziati che, nel caso di specie, costituirebbe la più adeguata misura di riparazione. E l'ambiguità del *petitum* non può non aumentare la visibilità della circospezione con cui il sindacato si muove sin dall'inizio dell'intera vicenda; una vicenda che si chiude nella primavera del 1980 senza che il sindacato proponga opposizione al decreto che respinge il suo ricorso, come se avesse una gran fretta di voltare pagina e una gran voglia di non parlarne più.

Ho dovuto indugiare nel racconto della drammatica controversia, perché la sua instaurazione, il suo sviluppo e il suo esito segnano « la » svolta. Infatti, quello è il contesto in cui nasce l'idea che quello del lavoro sia un diritto giovane invecchiato precocemente. « Lo statuto ha delle rughe », scrive Mancini sul giornale di Eugenio Scalfari; e non erano nemmeno trascorsi dieci anni. Io, invece, non ci sto ad assumere l'aria del figliol prodigo che torna dal padre e gli confessa i danni che ha causato alle stesse idee di progresso per seguire le quali se ne era andato di casa. Ritengo che il ruolo del giurista del lavoro non sia quello di inseguire i fatti con l'intento di giustificarli e razionalizzarli o, tutt'al contrario, polemizzare con loro, finendo così per abbaiare alla luna. « Nell'interesse della materia », come amava dire Giugni, credo che il giurista del lavoro farebbe cosa buona e giusta se si abituasse a decifrare il futuro allungando lo sguardo sul passato non solo per capire quanta parte di esso non vuole passare, ma anche per non cadere in revisionismi senza memoria che slittano nel trasformismo. O, all'opposto, per non sponsorizzare fughe in avanti. Come capitò a Giorgio Ghezzi. Il quale, ripensando nel 1996 alla trilogia di suoi scritti apparsi sulla *Trimestrale* tra il 1967 e il 1970 che esaltavano le potenzialità neorivoluzionarie presuntivamente acquisite dal diritto del lavoro durante l'autunno caldo, riconoscerà onestamente di averlo fatto in base ad « un'ingiustificata ipostatizzazione di linee di tendenza desunte da dinamiche rivendicative di troppo breve periodo [...] nonché sostanzialmente ristrette ad esperienze spontanee di autotutela collettiva ».

Nasce da questi avvenimenti il Tuo « cambio di passo »?

Esso si produce nella prima metà degli anni '80, con l'avvicinarsi della fine precoce del nuovo inizio del diritto del lavoro segnato dallo statuto del 1970. Per quanto rallentato e ammorbido, il declino era sotto gli occhi di tutti coloro che volessero vedere: la legislazione c.d. dell'emergenza della seconda metà degli anni '70 era soltanto la punta dell'*iceberg* e la vicenda dei 61 lasciava presagire che niente sarebbe più stato come prima. « È stato bello », scrivevo, « ma è durato poco »; avrei, però, potuto scrivere con la medesima sincerità: era troppo bello

per essere vero. In realtà, era cominciata la transizione che ci avrebbe portato dove siamo oggi. Non posso dire che ne avessi la netta percezione. Tuttavia, ne recano una visibile traccia due scritti pubblicati, rispettivamente, su *Politica del diritto* e sulla *Trimestrale: L'Amarcord del diritto del lavoro* (1982) e *Il diritto del lavoro tra disincanto e riforme senza progetto* (1983); ai quali si sommano *Alle origini del diritto del lavoro: l'età pre-industriale*, nella *Rivista italiana di diritto del lavoro* (1985) e « *Noi e loro* »: *diritto del lavoro e nuove tecnologie* (1986), ancora sulla *Trimestrale*. Dall'insieme dei saggi trapela che avevo già in testa (e nel cuore) l'idea di scrivere il libro che, una decina di anni dopo, il Mulino vorrà mandare alle stampe col titolo *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*. Un titolo che non mi ha mai convinto del tutto: avrei preferito quello che sarà utilizzato nel 1997 nella traduzione spagnola, a cura del Consejo economico y social: *El derecho, el trabajo y la historia*.

A lasciar presagire che 'niente sarebbe stato più come prima' nel Diritto del lavoro s'inserì tragicamente anche il terrorismo.

Il momento in cui è apparso chiaro a tutti che niente avrebbe più potuto essere come prima è arrivato quando al tuono a sinistra che attraverso sul finire degli anni '60 i nostri cieli seguirono gli anni di piombo durante i quali gli spari delle P. 38 ammutolirono tanto i giuristi del lavoro quanto gli operai. Da quel momento, anche la conflittualità sindacale più sana e meno inquinata dall'ideologia — quella, per intenderci, che funzionava da fattore di accelerazione del progresso sociale — ha esitato a manifestarsi, come se temesse di essere fraintesa e al penoso silenzio nelle fabbriche ha fatto riscontro il pensoso silenzio dei giuristi del lavoro. Pensoso perché, sia pure ciascuno a modo suo, si videro costretti a rivisitare criticamente l'entusiasmo col quale avevano partecipato alla stagione del disgelo costituzionale e del riformismo sociale culminato nella legislazione statutaria.

Può darsi che tutte le corporazioni di giuristi abbiano conosciuto giorni migliori di quelli attuali. Però, la corporazione dei giuristi del lavoro ha addirittura subito lutti, perché la storia vi ha fatto irrompere la più demenziale caricatura della lotta di classe. All'inizio degli anni '80, il bersaglio dell'irrazionalità sanguinaria è Gino Giugni, che subisce un attentato andato a vuoto unicamente per l'imperizia degli esecutori. Letali invece saranno le schegge impazzite che colpiscono Massimo D'Antona (1999) e Marco Biagi (2002). Per quanto diversi nell'approccio al diritto del lavoro, condividevano la passione civile di progettarne il futuro. Una passione che è una componente virtualmente costitutiva della vocazione al ruolo di intellettuali d'area giuridica: Massimo ha scritto che il giurista « somiglia ad un ingegnere che edifica coi materiali che gli offre il linguaggio i ponti sui quali scorrono le comunicazioni tra diritto e società ».

L'inizio degli anni ottanta è caratterizzato dalla collaborazione con Giorgio Ghezzi che diede vita al Manuale edito con la casa editrice Zanichelli. C'è un qualche rapporto tra la stesura del Manuale e quello che ha definito il tuo cambio di passo?

Ho cominciato a scrivere il manuale di diritto sindacale e del lavoro con Giorgio Ghezzi nel 1981. Di lì a poco, però, le modifiche del quadro normativo e del suo contesto mi imposero il « cambio di passo » di cui ti parlavo poc'anzi. Infatti, mentre nelle prime edizioni affiora quasi con riluttanza, nelle successive edizioni, come dirò tra un attimo, emergerà corposamente.

Del manuale in due volumi (il primo vede la luce nel 1982 e il secondo nel 1984) la Zanichelli pubblica ben quattro edizioni nell'arco di circa 15 anni (senza contare gli *Aggiornamenti* in volumetti separati che arrivano al 2000) e le nuove edizioni (specialmente le ultime, del 1995 e del 1997) esigono un ampio rifacimento che richiede tempo, prosciuga energie e determina gli stati d'animo nevrotizzanti propri di chi sa di costruire su un terreno che sta franando. Le prime edizioni, infatti, recano ancora ampie tracce dell'idea interamente novecentesca che la disciplina-*standard* del contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, sottoposto a regole tendenzialmente uniformi e sindacalmente protetto, potesse funzionare come prototipo delle discipline dei rapporti contrattuali in cui si effettua lo scambio tra lavoro e retribuzione. Nelle ultime edizioni, invece, si afferma l'opposto: il contratto di lavoro stabile e *sine die* aveva cessato di funzionare da stella polare dei contratti di lavoro *lato sensu* e dunque anche del diritto del lavoro legificato, giurisprudenziale e negoziato in sede sindacale.

Alla lunga, il fatto che il cantiere restasse sempre aperto e i lavori non finissero mai costituì uno dei principali motivi per cui, varcata la soglia del nuovo secolo, considerammo esaurita l'impresa-manuale. Di motivi per mollare, però, ce n'erano altri. Di per sé, la stessa scelta di proporre a Giorgio di confezionare insieme un manuale in periodi della nostra vita che vedevano lui impegnato a Montecitorio e me alle prese del secondo triennio consecutivo di presidenza di Facoltà, non era certo la più felice delle scelte possibili. Senza dire, poi, che pur non avendo ancora piena consapevolezza della criticità della situazione in cui si trovava il diritto del lavoro, ero assalito dal dubbio che il peggio dovesse ancora venire. Approfondendosi, questa contraddizione mi apparirà sempre meno tollerabile fino a obbligarmi a domandare a me stesso il perché della scelta. La risposta che sto per esporti è quella che mi diedi. Ed è impietosamente sincera.

In primo luogo, avevo introiettato la credenza vetero-professorale che la scrittura di un manuale completasse nel migliore dei modi il *curriculum* di chi ha insegnato per decenni all'Università; e sapevo che anche Giorgio la pensava così. Però, giudicavo troppo onerosa un'avventura individuale e Giorgio era il *partner* ideale. Non solo era per me quello che Federico diceva di considerarsi nei suoi confronti: un fratello

maggiore. Il fatto è che in lui vedevo quello che tutti vedevano e Giovanni Tarello riassumeva così: «la punta avanzata della corsa a sinistra» di quell'entità che un tempo era stata la scuola di pensiero bolognese.

In secondo luogo, venni preso dall'irragionevole desiderio di dimostrare che un manuale può non essere soltanto un noioso testo d'esame. Cosa pressoché impossibile, perché l'alto potenziale costrittivo e prescrittivo che caratterizza questo genere letterario ha la proprietà non solo di intristire lo studente, ma anche di azzerare la creatività degli autori. Ciononostante, le sfide intellettuali mi piacciono e quella di tentare di scrivere un manuale in contro-tendenza finì per sedurmi. Per questo, sia pure non senza un filo di sado-masochismo, mi fece sorridere la garbata ironia dell'*incipit* della recensione di Giugni: «chi abbia dimestichezza con le opere degli autori non ha difficoltà ad attribuire all'uno o all'altro ogni capitolo. Gli autori non sono Fruttero e Lucentini e neppure i fratelli Taviani».

Il lavoro in Italia. Un giurista racconta *compare a metà degli anni novanta. È un libro che nasce da lontano, maturato a partire, come hai detto, dall'inizio degli anni '80, e che s'inserisce appieno nel dibattito di fine secolo sull'identità disciplinare della giuslavoristica.*

Ho desiderato scrivere *Il lavoro in Italia* più di qualsiasi altro libro, antecedente o successivo. Ma la sua gestazione è stata lentissima. Anche per questo, forse, tra quelli che ho scritto è il libro che amo di più. Scriverlo mi ha addestrato a valutare il nuovo che avanza senza perdere la memoria di un passato bisognoso di essere ripensato, sia pure senza nostalgia. Dopotutto, se non può dirsi che il nuovo sia figlio del diritto del lavoro del Novecento, nemmeno può dirsi che sia arrivato contro di lui. La verità è che, di strada, il diritto operaio delle origini ne ha fatta tanta. Ha incivilito il vincolo di dover dipendere da altri per poter lavorare che demoli modelli di vita sia individuale che collettiva. Pur essendo veicolato da un irriducibile antagonismo d'interessi, si è sforzato di comporre le fratture sociali provocate dall'industrializzazione per attutirne gli effetti più destabilizzanti. Ha costituito parte integrante dello statuto dell'impresa fordista che glorificò l'*homo faber* per poterne disciplinare col suo consenso i comportamenti in conformità con gli *standard* di prestazione imposti al lavoro organizzato. È diventato il diritto del secolo. Un secolo che ha visto maturare le condizioni di base in mancanza delle quali mai e poi mai si sarebbe potuto rivendicare con successo che lo Stato monoclasse divenisse lo Stato pluriclasse che è ora. Infatti, se le nostre democrazie sono sopravvissute e si sono consolidate, lo devono anche alla capacità del diritto del lavoro di mantenere la promessa di consentire l'accesso al popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose alla forma di cittadinanza che Marshall definiva «industriale» forse perché odorava

di petrolio e sudore, carbone e vapore di macchine o perché tutti gli indicatori macro-economici convergevano nella medesima direzione all'interno delle coordinate tracciate dall'espansione del processo di industrializzazione sostenuto dalle politiche keynesiane d'intervento statale.

È proprio a partire dalla metà degli anni '90 che si avvia il dibattito sulla crisi del diritto del lavoro. Contestualmente, proprio in coincidenza con la pubblicazione del Lavoro in Italia, il principale filo conduttore dei Tuoi scritti è dato dalla necessità di (tornare a) spostare l'accento sulla cittadinanza. Evidente è la polemica contro il mercato, contro il processo di de-costituzionalizzazione del diritto del lavoro e la marginalità della tutela giurisdizionale dei diritti.

L'Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva di Gino Giugni (1960) si apre con queste parole: « Il diritto del lavoro, da più di dieci anni, vive in condizione di attesa ». Attesa di una legge sindacale organica che non sarebbe mai arrivata. E difatti, la monografia avrebbe ottenuto un ineguagliato successo di pubblico e di critica (come si usa dire di un *film* premiato con l'Oscar) perché il suo autore fu il primo giurista italiano a presagire che il provvisorio sarebbe diventato permanente e sulla base di questa premessa teorizzò che al diritto sindacale e del lavoro sarebbe toccato conoscere miserie e grandezze dei processi di giuridificazione spontanea. Per questo, scandalizzò un 'trentanovista' convinto come Giuseppe Pera: a Gino Giugni, che gli aveva mandato riservatamente il dattiloscritto in lettura preventiva per averne il parere, sconsigliò di pubblicarla. Adesso, invece, non scandalizzerebbe nessuno una monografia di diritto del lavoro che si aprisse con la parafrasi dell'*incipit* della più importante monografia di diritto del lavoro della seconda metà del Novecento italiano: « Il diritto del lavoro, da più di venti anni, vive in condizione di attesa della sua morte annunciata ».

A ben vedere, però, la disagevole condizione non è affatto una novità. Il diritto del lavoro è sempre stato paragonabile ad un edificio situato in una zona ad alto rischio sismico, perché è sempre stato costretto a confrontarsi con logiche di mercato capaci di farlo collassare. Pertanto, poiché il devastante sisma che lo ha colpito in questi ultimi anni e in tutti i paesi dell'Unione Europea è stato preceduto da numerosi segnali, il minimo che può dirsi è che l'allarme è stato sottovalutato. Ed io credo di sapere perché. Il fatto è che i segnali d'allarme erano filtrati da un diaframma costituito da fideismi che oggi mi sembrano perfettamente speculari e simmetrici al catastrofismo dell'attuale disincanto. Infatti, se le prime volte che mi recavo in America Latina per partecipare agli *encuentros* degli *ex becarios del curso* non sbagliavo a credere di avere compiuto un viaggio più attraverso il tempo che nello spazio, sbagliavo a immaginarmi di essere entrato in contatto col passato remoto di quello che doveva considerarsi

il più euro-centrico dei diritti nazionali. Viceversa, sbarcavo nel suo futuro prossimo nel suo stesso luogo d'elezione. Per questo, in occasione dei più recenti soggiorni, l'aver in tasca il biglietto del volo di ritorno non mi procurava più la tranquillizzante sensazione che provavo negli anni '80. Originata da un senso di superiorità al limite della supponenza, la sensazione — di cui oggi arrossisco — era quella di possedere la certezza che quel *ticket* mi avrebbe permesso di tornare in un angolo del pianeta dove il diritto del lavoro che insegnavo ai miei studenti non sarebbe mai stato maltrattato: non poteva né doveva essere maltrattato.

In che senso fideismi e catastrofismi sono speculari e simmetrici?

Nel senso che quanto più a un diritto venuto al mondo per aggiustarlo un po', e non per rifarlo da cima a fondo, viene attribuita la prodigiosa virtù di realizzare aspettative poco meno che grandiose tanto più lo si idealizza, finendo così per allontanarlo dalle sue reali dimensioni; le quali hanno poco da spartire con l'epicità, moltissimo invece con la cronaca quotidiana. Come dire che la cultura giuridica animata da propositi di segno progressista si è fatta del male da sola. Dopotutto, i successi migliori li ha ottenuti quando, nell'impossibilità di arrestare o contrastare l'ininterrotto processo di trasformazione di una società ad ordinamento capitalistico, ha avuto il coraggio morale e la spregiudicatezza intellettuale occorrenti per renderlo socialmente sostenibile e perfino desiderabile, assecondando gli sforzi che gli esseri umani devono compiere per adattarvisi. Non è molto, ma è tutto.

Questo in effetti è accaduto e me ne considero responsabile.

La 'dimensione epica' del diritto del lavoro non riesce più a fissare nessi tra disincanto e ragionevoli utopie?

« Ricostruire » è la parola d'ordine che risuona dopo ogni terremoto. Declinata come un imperativo morale, essa risponde all'esigenza di rassicurare gente spaventata. Nel nostro caso, il clima sociale che si è gradualmente formato durante lo sciame sismico che ha investito il diritto del lavoro è la risultante di un *mix* di apatia, sfiducia, rassegnazione, conformismo, paura. Soprattutto, paura. Quella di chi, esposto al ricatto occupazionale, ritiene accettabile anche un lavoro scandalosamente sfruttato. Debole e intermittente, invece, è l'opposizione apertamente conflittuale.

È intellettualmente onesto riconoscere che la sfida della ricostruzione trova tutti impreparati. In primo luogo, le rappresentanze istituzionali del lavoro. La sinistra politica, che ha fatto la fine del soldato di cui si sono perdute le tracce: c'è chi dice che sia morto da eroe e c'è chi dice che abbia disertato. I sindacati, che si rinchiudono all'interno di perimetri aziendali-corporativi e riscoprono, magari coi brividi del neofita, la convenienza di forme di partecipazione che un recente

accordo tra la Confindustria e le maggiori confederazioni sindacali considera espressione di una « cultura del coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro » (*sic*). Dal canto loro, i giuristi del lavoro non sono meno disorientati. Il che non meraviglia: avevano già dimostrato di essere privi della cultura dell'emergenza sismica che suggerisce come comportarsi quando la scossa tellurica arriva. Figurarsi adesso che bisogna ricostruire! Infatti, molti di loro accarezzano l'idea che si possa ricostruire il diritto del lavoro dov'era e com'era, quando ancora « la storia non era finita » — per riprendere una notissima e discussa espressione di Francis Fukuyama. Ma quella di decontestualizzare la forma novecentesca del diritto del lavoro per poterla riprodurre, eguale nel diseguale, è un'idea meta-storica.

Occorre dunque dire addio al diritto del lavoro del Novecento?
Tutto lascia presagire questo finale.

Il « dove » del diritto del lavoro non è più quello dell'epoca in cui traghettò il popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose dalla condizione di sudditi a quella di cittadini. Non può esserlo perché la globalizzazione dell'economia ha de-territorializzato il sistema delle sue fonti di produzione, cancellando letteralmente i confini degli Stati-nazione ciascuno dei quali è destinato a cedere quote crescenti di sovranità democratica alla *business community* dei nostri giorni, che è l'erede della *societas mercatoria* medievale.

Né più realistica è la proposta di ricostruire il diritto del lavoro com'era.

Due sono le componenti fondamentali del diritto del lavoro del Novecento. In primo luogo, esso non si sarebbe formato con le caratteristiche che abbiamo conosciuto (anzitutto, uniformità e inderogabilità) se il modo di produrre nella fabbrica fordista non si fosse imposto anche come un modo di pensare, uno stile di vita, un modello di organizzazione della società nel suo complesso. In secondo luogo, il diritto del lavoro non avrebbe assunto la forma vincente che ha potuto esibire di se medesimo, se la Russia sovietica non avesse intimorito l'Occidente capitalistico e, indirettamente, non lo avesse persuaso a essere tollerante nei confronti del riformismo delle forze politiche e sociali che sponsorizzavano un diritto a misura d'uomo.

Pertanto, sia il passaggio alla società post-industriale che l'implosione dell'Urss hanno spinto moltitudini di comuni mortali che, per guadagnarsi da vivere, devono lavorare all'altrui servizio ad incamminarsi dentro un gigantesco processo di mutazione antropologico-culturale. A tutto ciò, poi, si deve sommare il fatto che nemmeno il capitalismo è quello dell'età dell'industrializzazione. Si è finanziarizzato e, nel passare dall'economia di scala all'economia di scopo in un mercato globalizzato, ha cambiato lo stesso lavoro e la concezione che se ne ha. Ormai, perduti il profilo identitario e l'unità spazio-temporale

che aveva in passato, anche il suo futuro non è più quello d'una volta. Al lavoro culturalmente e politicamente egemone della società industriale che si declinava al singolare è subentrata la galassia dei *petits boulots*. Minuscoli. Eterogenei. Precari. Come dire: la strategia ispirata al principio di ricostruire il diritto del lavoro com'era dà per scontato ciò che non lo è affatto. Presuppone che tutti i discorsi (quello giuridico incluso) presto o tardi ripartiranno da dove si sono interrotti, come se il virtuoso rapporto d'interazione tra economia e democrazia che si protrasse durante i gloriosi trent'anni fosse caduto in uno stato di latenza provvisoria e, benché inabissato, sia destinato a riaffiorare. Presuppone che, col cessare dello sciopero degli investimenti senza precedenti che ha indebolito il sistema produttivo, all'economia reale sarà restituita la centralità che aveva. Presuppone che il volume di produzione aumenterà creando nuova occupazione, mentre nel medio-lungo periodo la prospettiva è, se non la decrescita, la crescita-zero o una crescita rallentata a causa delle compatibilità ambientali e della finitezza delle risorse naturali; e, comunque, l'innovazione tecnologica creerà meno posti di lavoro di quelli che divora. Presuppone che il lavoro occasionale, usa-e-getta, a chiamata sia un fenomeno transitorio e l'espansione dell'*Uber economy* o dell'economia voucherizzata possa essere arrestata con divieti legali, per eticamente doverosi che possano apparire.

Scrivendo riguardo all'art. 8 della legge 138 del 2011 [la contrattazione « di prossimità » che può derogare in peius a gran parte della legislazione del lavoro e ai contratti nazionali di categoria] hai invitato a storicizzare la norma per cogliere la presenza, 'non solo nei governanti', di una concezione proprietaria della contrattazione collettiva, di una dimensione patrimonialistica e mercatistica degli interessi in gioco. La questione interpella — hai aggiunto — tutti gli operatori giuridici perché costringe a fare i conti con gli effetti preterintenzionali di un paradigma disciplinare legato a una fase ormai superata della cultura giuridica. Quali sono le responsabilità della cultura giuridica, quali gli effetti preterintenzionali?

Forse era scritto che al diritto del lavoro toccherà morire come era nato: in maniera anonima e semi-clandestina. Così, se allora nessuno si accorse che stava venendo al mondo, adesso nessuno ha informazioni precise del contrario. Infatti, secondo l'art 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 che ratificò un decreto-legge emanato nei giorni del *ruit hora* dell'ultimo governo Berlusconi, la contrattazione « di prossimità » (ossia, aziendale o territorialmente circoscritta) può derogare a gran parte della legislazione del lavoro, sancendo la caduta del predicato dell'inderogabilità *in peius* delle regole prodotte dalla più blasonata delle fonti di produzione normativa costituzionalmente legittimate, nonché l'evaporazione del principio per cui a lavoro uguale devono corrispondere uguali diritti, economici e non.

La norma pesca nel profondo perché, iper-valorizzando la dimensione privatistica, patrimonialistica e mercatistica degli interessi in gioco, interpella tutti gli operatori giuridici. Li interpella perché non possono dirsi estranei al processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire il lavoro, le sue regole e la sua rappresentanza sociale, dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato ed ha finito per incentivare i sindacati a farsi una concezione proprietaria della contrattazione collettiva. Non che, ci tengo a sottolineare, l'art. 8 ne rappresenti l'inevitabile punto d'arrivo, come se non fosse altro che il suo necessario completamento. Ciò non toglie che la radicalità della scelta normativa è troppo spudorata per non suscitare il bisogno di chiedersi chi o che cosa l'abbia in qualche modo preparata e dunque se abbia radici nella politica del diritto che ha egemonizzato il dopo-costituzione in materia sindacale e del lavoro. In effetti, non mancano indizi che invogliano a storicizzare la norma, situandola all'interno di un più ampio orizzonte di senso ove è dato reperire la chiave di lettura che permette di riconoscervi l'estremizzazione della logica sulla quale si è costruito l'impianto politico-culturale di un'intera esperienza giuridica.

Gli indizi sono dunque da ricercare nel dopo-costituzione: alludi alla scissione tra pubblicisti e privatisti, al ruolo giocato dagli innovatori?

Il primo indizio è che lo stesso Giugni si domandava, più stupefatto che soddisfatto, come mai la sua *leadership* culturale si fosse affermata più facilmente e più rapidamente del previsto. Certo, era giusto che stravincesse « il più bravo di tutti », come riconosceva lealmente Giuseppe Pera, o che la Cisl di Giulio Pastore e Mario Romani tifasse per lui: aveva bisogno di darsi un'identità e la rivalutazione dei corpi intermedi cari alla cultura cattolica, coesistente alla teorizzazione di Giugni dell'ordinamento intersindacale, era proprio ciò che quel sindacato voleva che si facesse. Sì, sono risposte plausibili. Ma quella risolutiva è che una vera contesa culturale non poteva esserci per il semplice motivo che non c'è stata nemmeno una vera sconfitta della gius-privatistica; o, più esattamente, era una sconfitta che permetteva alla gius-privatistica di ri-legittimare il pieno controllo della provincia che aveva cominciato a colonizzare nel tardo Ottocento. Per questo, Mario Rusciano potrà dottamente parlare di Santoro Passarelli e di Giugni come di esponenti di culture giuridiche del lavoro « sincronicamente complementari ». In realtà, la gius-privatistica ha dei continuatori negli stessi messaggeri del nuovo e i giuristi che al seguito di Giugni prendono posto nella cabina di regia dell'evoluzione della cultura giuridica del lavoro sono più spregiudicati dei predecessori. Enfatizzano la superiorità dell'autoregolazione sociale rispetto all'eteronomia legislativa e anzi, visto che il contesto storico-politico favoriva un uso più distorsivo che corretto del dato costituzionale, finiscono per rimpicciolire la trasgressività della de-costituzionalizzazione della materia

sindacale e del lavoro al punto di ravvisarvi (come ironizza Riccardo Del Punta) « una forma superiore di attuazione costituzionale ». Non provano nemmeno un serio imbarazzo a considerare bene economico tutto ciò che è fonte di arricchimento: a cominciare dal lavoro che, secondo i più riveriti testi, « non è una merce ». Tuttavia, ciò che più li univa è ciò che non potevano dirsi e comunque non si dissero. Il non-detto è che un diritto del lavoro al passo con la Costituzione, e alla sua altezza, non è la risorsa di cui ha bisogno l'economia capitalistica. A distanza di tempo, quindi, appare sempre più chiaro che l'agenda politico-culturale che non riconosce la priorità all'allineamento con la Costituzione del diritto del lavoro è la medesima che nel dopo-Liberazione pospone l'istanza di defascistizzare l'ordinamento giuridico argomentando, peraltro non senza qualche buona ragione, che è malata di massimalismo. Ma è anche la medesima che aveva attribuito alla Carta del lavoro del 1927, ossia all'atto fondativo del regime fascista, una portata superiore a quella del discorso d'investitura di un *premier* che, convinto di durare chissà quanto, presenta il suo governo con un documento politico-programmatico nel quale sono prefigurati i lineamenti che uno Stato da rifare andrà assumendo. Gonfio di effetti-annuncio, lasciava tutto nella vaghezza in modo da (se non anche al fine di) rendere incerta la verifica degli adempimenti, complicata l'identificazione degli inadempienti e impossibile la loro punizione. Non c'è nulla, quindi, assolutamente nulla di paragonabile al rigore tecnico della legge dell'aprile del '26 redatta da un decisore politico, Alfredo Rocco Guardasigilli del Regno di fresca nomina, cui sono familiari gli stilemi della professione giuridica. Infatti, alla perentorietà di una legge che — azzerato il conflitto collettivo veniva e addomesticato il sindacato — preclude al diritto individuale del lavoro gli itinerari evolutivi che soltanto la libera misurazione dei rapporti di forza è in grado di tracciare fa riscontro l'intonazione ideologico-discorsiva della risoluzione deliberata da un organismo privo di competenza legislativa come il Gran Consiglio del fascismo che rinvia all'esperienza successiva la conoscibilità di quanto di essa sarebbe stato percepito come un impegno vincolante. Non a caso, la monografia più importante del ventennio, scritta da Paolo Greco nell'ambito di un prestigioso *Trattato di diritto civile*, tratta la Carta del lavoro a stregua di un contenitore di principi generali cui l'ermeneutica assegna solitamente un rilievo residuale. Il che non era affatto sbagliato e anzi era metodologicamente corretto. Vero è che la deliberazione venne pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, ma ciò significava soltanto che si attribuiva a questo veicolo cartaceo l'attitudine a solennizzare un evento che doveva segnare inizio di una nuova era. È invece inammissibile che sia voluto far fare alla Carta del 1948 la stessa fine della Carta del 1927 la cui valenza è, a voler concedere tutto, soltanto para-costituzionale. Un conto infatti è negare l'idoneità a disciplinare il divenire giuridico ad un atto che si colloca oltre il

perimetro della positività giuridica; ben altro è sbatterne fuori l'atto fondante della medesima.

Aiutami a comprendere meglio. Qual è la Tua lettura del rapporto tra giuspubblicistica e giusprivatistica nella fase di affermazione del diritto del lavoro nell'Italia repubblicana?

Mi viene spontaneo rispondere così: il rapporto è segnato dalla reciproca incomunicabilità, un vero e proprio *black-out*, perché giuspubblicistica e giusprivatistica agivano su campi distinti e secondo logiche separate. La secca risposta non può sorprenderti dopo ciò che ti ho detto poco fa. Ma mi rendo conto che ti sono debitore di qualche chiarimento.

La giusprivatistica aveva ravvisato fin dalle origini un'indiretta conferma della legittimità del suo possesso del diritto del lavoro nell'indifferenza che verso il medesimo manifestava la coeva giuspubblicistica. In effetti, gli schemi cognitivi di quest'ultima erano stati costruiti nel corso di una tradizione disciplinare risalente all'epoca in cui lo Stato svolgeva il ruolo di gendarme per garantire l'ordine pubblico minacciato da classi sociali pericolose. Si direbbe, pertanto, che — una volta chiusa la parentesi del fascismo giuridico — la giuspubblicistica riprese le vecchie abitudini mentali pur in presenza di un documento costituzionale che ha fatto del lavoro l'elemento fondativo della Repubblica. Tanto, deve aver pensato, alla modernizzazione avrebbe provveduto la parte più avanzata della cultura giuridica del lavoro. Così facendo, però, sottostimava l'inclinazione di quest'ultima ad accreditare un colossale pregiudizio favorevole all'idea, più mitica che storicamente accertata, che il diritto privato assicurasse un ordine naturale delle cose alternativo all'ordine artificiale creato dal diritto pubblico. Infatti, il clima politico-culturale che aveva vinto il virus trasmesso dal fascismo giuridico avrebbe rinvigorito grandemente la tradizione mono-disciplinare che comprimeva le regole del lavoro negli appositi involucri confezionati dai privati nell'esercizio di un potere di auto-determinazione che la retorica degli interpreti considerava come la più sacra manifestazione dell'individualismo economico e giuridico. A rigore, quindi, toccava proprio alla giuspubblicistica dimostrare che il diritto pubblico partorito da uno Stato democratico non poteva essere di per sé sinonimo di autoritarismo, di indebite interferenze dall'alto e dall'esterno, di riduzione degli spazi di libertà individuale e collettiva.

Se comprendo bene, nell'odierno smantellamento del diritto del lavoro s'insinua il peso dell'uso 'residuale' della Costituzione fatto dai 'messaggeri del nuovo' negli anni cinquanta e sessanta? Non ti pare di fissare un nesso troppo forte (e, se posso dirlo, eccessivamente autocritico) tra 'delegittimazione della Costituzione' e costruzione disciplinare del diritto del lavoro nell'Italia repubblicana? E d'altronde non ti pare che

l'impossibilità di una netta rottura con la tradizione disciplinare costituisca una conferma dell'evoluzione del diritto del lavoro caratterizzata da microdiscontinuità?

La micro-discontinuità del diritto del lavoro, ossia la sua costante evolutiva, non è un dato di per sé positivo: a volte, chi si accontenta non gode per niente, alla fine. Con ciò non intendo negare che abbia permesso al diritto del lavoro di guadagnarsi la gratitudine delle moltitudini che, non potendo né scegliere né rifiutare i cambiamenti, ma soltanto subirli, sono messe nella condizione di disporre del tempo dell'adattamento: un fattore decisivo nei processi di transizione. Dopotutto, i comuni mortali gradiscono cambiare adagio il modo di pensare e di vivere; mentre detestano di essere trattati come creta nelle mani dello scultore. Tuttavia, la ragionevolezza della costante evolutiva del diritto del lavoro può essere interpretata anche come una spia, se non di cedevolezza, della propensione a cercare accomodamenti, anche a costo di sfidare il rischio dell'irreversibilità degli effetti collaterali di lungo periodo, in omaggio al principio per cui ciò che è urgente deve prevalere su ciò che, pur essendo meno urgente, è importante in linea di principio. Tuttora persistenti, infatti, sono gli effetti prodotti non solo dal *black-out* che portò la giuspubblicistica ad appaltare alla gius-privatistica lo studio sistematico del diritto sindacale e del lavoro, ma anche (per dirla con Piero Calamandrei) dall'ostruzionismo delle maggioranze governative che imposero un blocco della Costituzione. Un blocco durato per alcuni decenni; gli stessi che avrebbero dovuto essere impiegati per ripianare un colossale *deficit* di coscienza democratica e cultura civica. Certo, ha del prodigioso che le duecento parole della prima parte della costituzione siano riuscite, malgrado tutto, a conservare il fascino di un racconto popolare. Infatti, se oggi la Costituzione scende nelle strade, vuol dire che i padri costituenti guardavano lontano e che, come sostiene Stefano Rodotà, anche « i diritti sulla carta sono un forte strumento di mobilitazione politica ». Ciononostante, si fa fatica a immaginarsi come il paese sarebbe cresciuto, e cosa sarebbe oggi, se l'attuazione del progetto costituzionale avesse potuto contare su di una partecipazione di massa, trasversale e non episodica, come quella che registrano le cronache dei nostri giorni. Probabilmente sarebbe un paese migliore e, sicuramente, diverso. In effetti, a causa di una ritardata percezione popolare della necessità di metabolizzare il sistema di valori cui si ispira la Costituzione, il terreno nel quale essa affonda le sue radici non è stato fertilizzato come in teoria avrebbe dovuto succedere. Anzi, è stato inquinato; e finora non è stato possibile bonificarlo completamente.

È solo con lo statuto dei lavoratori che si fissa allora un momento di incontro tra le diverse anime della giuslavoristica, un momento di realizzazione del dettato costituzionale?

La domanda contiene in sé la risposta. Ma il punto è che, se è vero che con lo statuto dei lavoratori il diritto del lavoro è diventato

maggiormente, non è vero che lo statuto fosse il coerente svolgimento, lo sbocco naturale e il coronamento della cultura giuridica dominante. Come ho già detto, quest'ultima diffidava della tesi secondo cui tra il diritto del lavoro e la Costituzione dovesse stabilirsi la stessa relazione d'intimità che sussiste tra la grammatica e la lingua. Pertanto, esonerato il primo dalla coazione ad adeguarsi alla seconda, l'uso che i messaggeri del nuovo raccomandavano di fare della costituzione non è paragonabile a quello che la carovana dei Re Magi seppe fare della stella cometa. Piuttosto, può dirsi che i messaggeri del nuovo erano favorevoli a un uso della Costituzione, se non proprio residuale, paragonabile a quello che della linea Maginot si proponeva di fare l'esercito francese nella prima guerra mondiale. Il che è esattamente quel che accade adesso. Adesso che lo stanno smontando un pezzo alla volta, è dietro di essa che il diritto del lavoro si vede costretto ad asserragliarsi, senza però garanzia di non essere travolto. Basterebbe pensare all'uso capovolto dell'art. 4 cost. ad opera della più recente legislazione (il c.d. *Jobs Act*), secondo la quale quanto più si abbassano gli *standard* protettivi degli occupati tanto più si alzano le probabilità di occasioni di lavoro dei disoccupati. Vero è che l'esperienza dimostra come la previsione sia sostenuta dalla stessa logica di chi è disposto a giurare che, tagliando i capelli a chi ne ha, i calvi vedranno crescere i propri. Sta di fatto però che, nella misura in cui è strumentale all'effettività del diritto al lavoro di tutti, acquista un'insperata copertura costituzionale lo smantellamento del diritto del lavoro.

« *Umberto Romagnoli, custode per antonomasia della storicità, ergo dell'apertura al mutamento della materia (ma anche critico feroce dei 'revisionismi' senza memoria)* », il giudizio è di Riccardo Del Punta ⁽¹⁰⁾.

Il giudizio di Del Punta è una delle più riuscite istantanee che mi ritraggono allo scrittoio. Infatti, la custodisco in un album segreto che mi piace sfogliare quando mi assale la malinconia.

Nel leggere oggi lo statuto dei lavoratori dove sta il confine tra necessaria apertura al mutamento e revisionismo senza memoria?

Molti dicono che lo statuto li dimostra tutti, i suoi quarantacinque anni. Ma ragionano così soltanto perché sono prigionieri di un sillogismo che è facile confutare.

Premessa maggiore: lo statuto chiuse un ciclo di inattese lotte operaie di cui la storiografia parla come del « secondo biennio rosso ». Premessa minore: il referente dello statuto era la fabbrica fordista. Ergo, lo statuto è un ferrovicchio. Il sillogismo è falso e la deduzione che se

⁽¹⁰⁾ R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 290-291.

ne ricava una sciocchezza, perché lo statuto non ha mai legato la sua vitalità a un modo di produrre storicamente determinato. Si riconnette, invece, a valori di carattere permanente e universale la cui vulnerabilità al contatto con le ragioni dell'impresa era simboleggiata dal fordismo, ma che vanno protetti indipendentemente dal variare nel tempo e nello spazio del modello dominante di produzione e organizzazione del lavoro. Pertanto, la ragione vera della richiesta di rottamare lo statuto bisogna cercarla altrove ed è questa: perdita della rappresentanza politica, il popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose dispone soltanto di una rappresentanza sindacale rissosa — ed è anche per questo che non ha più la forza contrattuale di prima.

Ecco perché quarantacinque anni non bastano per esprimere un giudizio definitivo sullo statuto. Non bastano perché la linea di politica del diritto anticipata dallo statuto non ha avuto gli svolgimenti che meritava. Insomma, c'è un Nuovo Mondo che sta ancora aspettando il suo Colombo.

In questa rivista ⁽¹¹⁾ hai scritto che 'tornare allo statuto' è sfida al futuro, 'nuovo inizio' legato al 'non detto': in primo piano non c'è lo statuto che « contribuì a stabilizzare la subalternità dell'individuale al collettivo organizzato », ma lo statuto come « input normativo per andare oltre la concezione del rapporto di lavoro come regolazione dell'impianto privato-contrattuale di un rapporto di mercato ».

Lo statuto, scrisse Massimo D'Antona, « è la legge della cittadinanza del sindacato in azienda ». Ma anche Massimo sapeva che lo statuto esprime la consapevolezza che l'impatto delle regole del lavoro sulla vita delle persone eccede il quadro delle relazioni che nascono da un contratto tra privati. Pertanto, anche Massimo sapeva che lo statuto trasferisce nell'ambito di un rapporto instaurato da un contratto di diritto comune il principio costitutivo della società contemporanea che fa del lavoro il passaporto per la cittadinanza. Lo statuto lo ha declinato in chiave di divieti rivolti al datore di lavoro: divieto di perquisire il dipendente, di impadronirsi dei suoi stili di vita e dei suoi stessi pensieri, di discriminarlo; divieto di punirlo se non con modalità capaci di incivilire un primitivismo come il cumulo in un medesimo soggetto dei ruoli di accusatore, giudice e parte lesa. Come dire: lo statuto sancisce la non-espropriabilità anche nel luogo di lavoro di diritti che spettano al lavoratore in quanto cittadino. Per questo, lo statuto è la legge delle due cittadinanze. Del sindacato e, al tempo stesso, del lavoratore in quanto cittadino di uno Stato di diritto. Infatti, il legislatore statutario riconosce al lavoratore più di ciò che può dare un contratto a prestazioni corrispettive. Molto di più; e può farlo perché

⁽¹¹⁾ « Quaderni fiorentini », 39 (2010), p. 515 e ss.

prende sul serio un evento che a molti sembra tuttora secondario o addirittura un'esagerazione retorica: issandosi nelle zone alpine del diritto costituzionale elaborato nel secondo dopo-guerra fino a diventare, da noi, il formante dello Stato, il lavoro è entrato nell'età della sua de-mercificazione.

Il discorso pone al centro la cittadinanza. È l'inversione del percorso dallo status al contratto?

Non era mai successo che il diritto del lavoro — né quello legificato né quello giurisprudenziale né quello di cui è artefice il sindacato — pretendesse di ricalibrare il centro gravitazionale della figura del cittadino-lavoratore spostando l'accento dal secondo sul primo: ossia, dal debitore di lavoro sul cittadino. E ciò perché « nella prima modernità », come ha scritto Ulrich Beck, « dominava la figura del cittadino-lavoratore con l'accento non tanto sul cittadino quanto piuttosto sul lavoratore. Tutto era legato al posto di lavoro retribuito. Il lavoro salariato costituiva la cruna dell'ago attraverso la quale tutti dovevano passare per poter essere presenti nella società come cittadini a pieno titolo. La condizione di cittadino derivava da quella di lavoratore ». La stessa autonomia negoziale privato-collettiva ha metabolizzato in fretta il metodo, non opportunistico né contingente, di un pragmatismo sensibile ad una concezione manageriale del lavoro. Anzi, la condivide a tal segno da interpretarla in maniera dogmatica, assumendo cioè che la dimensione mercatistica dello stato occupazionale-professionale acquisibile per contratto non può non schiacciare la dimensione politico-istituzionale dello *status* di cittadinanza acquisibile secondo i principi del diritto pubblico. « Per molto tempo », confesserà Vittorio Foa, « abbiamo visto nell'operaio solo un operaio da difendere nel suo rapporto col lavoro e da rappresentare nei suoi soli interessi materiali, e non abbiamo visto gli altri versanti della sua vita ». Per questo, è il suo disincantato commento, non avremmo dovuto stupirci che a un certo punto abbia smesso di ascoltare i nostri discorsi. Il fatto è che erano discorsi solidali con una logica produttivistica ed efficientistica che dà per scontato il sacrificio dello *status* di cittadinanza a vantaggio dello stato occupazionale-professionale.

Dunque, è sufficiente uno sguardo d'insieme sul passato che aveva alle spalle per porre in luce come lo statuto fosse privo di antecedenti normativi. In effetti, aveva gettato le premesse necessarie per imprimere una violenta torsione all'evoluzione del diritto del lavoro. L'avrebbe voluta non più polarizzata sullo scambio contrattuale di utilità economiche. Non più dominata dalla necessità di disciplinare i comportamenti del lavoratore dipendente in conformità con le esigenze della produzione. L'avrebbe voluta più attenta ai valori extra-contrattuali ed extra-patrimoniali di cui il lavoro è portatore.

Viceversa, l'esortazione del legislatore statutario a ripensare le concessioni che si stabiliscono tra lavoro e cittadinanza è caduta nel vuoto: soltanto Massimo D'Antona intuì che, per il diritto del lavoro, era « una questione di ridefinizione strategica ». Perciò, quella che lo statuto racchiude è una virtualità rimasta inespressa perché ha spaventato l'impresa più di quanto non abbia sollecitato il sindacato. Infatti, tanto l'impresa quanto il sindacato si sono sottratti alla sfida a rilegittimarsi mediante l'adeguamento dei rispettivi modelli di comportamento alla trama dei diritti del lavoratore dipendente valorizzati da Bruno Trentin nella sua ideale *Città del lavoro*: a cominciare dal « diritto di essere informato, consultato, abilitato ad esprimersi nella formazione delle decisioni che riguardano il suo lavoro » e, aggiungo io, la sua regolazione. Un diritto che trasforma il suddito in cittadino. Un diritto funzionalmente polivalente e strutturalmente multi-direzionale. Ossia, un diritto esigibile nei confronti non solo dell'impresa, ma anche del sindacato. E ciò perché il sindacato, non diversamente dall'impresa, rientra nella categoria delle autorità private principalmente in ragione dell'efficacia vincolante posseduta *de iure* o *de facto* dalle regole del lavoro che contribuisce a produrre.

La virtualità inespressa dello statuto si lega fortemente dunque al ruolo del sindacato. Il dibattito sulla rappresentanza sindacale ha diviso (e continua a dividere) i giuristi.

I giuristi (quelli del lavoro inclusi) si occupano moltissimo di quel che il sindacato fa. Pochissimo di quel che è. Anche per questo, si ascoltano spesso giudizi come questi: « è un sindacato molto rappresentativo, ma è un cattivo rappresentante » oppure « è poco rappresentativo, ma è un efficiente rappresentante ». Il fatto è che rappresentatività e rappresentanza entrano in rotta di collisione sia quando il sindacato è vittima di una *overdose* di universalismo — che può indurlo persino a trascurare l'aggiornamento dell'anagrafe degli iscritti — sia quando ubbidisce ad una logica chiusa di gruppo, facendo sua una concezione della rappresentanza rigidamente ricalcata sull'ordinario modello privatistico. Si dirà che, stante la forma storica che ha assunto nel nostro paese, il sindacato non è seccamente ridicibile né al primo né al secondo tipo. Casomai, è un ibrido. Tant'è che me ne sono fatta presto un'idea simile a quella che esibisce di sé il centauro della leggenda: metà uomo e metà cavallo. Che, per l'appunto, è un ibrido di successo. Suggestivo finché si vuole, ma problematico perché, quando la straordinaria creatura si ammala, non si sa se chiamare il medico o il veterinario. Per fortuna, la questione non è all'ordine del giorno, perché il sindacato ritiene di avere una salute di ferro: con un passato di cui gloriarsi come il suo, sembra convinto di avere un futuro di cui fidarsi e, in una situazione di opacità come quella attuale, conosce l'arte della rimozione.

Nondimeno, fin dall'inizio ho trovato insoddisfacente l'angolo visuale prevalente nell'annoso dibattito dottrinale sulla rappresentanza sindacale che si trascina stancamente col ritmo dello *stop and go*. Infatti, l'ottica adottata (anche in giurisprudenza) privilegia esclusivamente l'aspetto della rappresentanza sindacale che ne fa il congegno in assenza del quale la contrattazione collettiva non potrebbe neanche funzionare; punto e basta. Non che si possa dubitare di questo suo carattere strumentale e della sua indispensabilità. Però, l'ottica è riduttiva e, al di là delle intenzioni, amputa l'orizzonte di senso in cui si situa la rappresentanza sindacale, perché sfiora appena i nodi della sua legittimazione democratica e li lascia nello sfondo. Va detto però che il sindacato ci ha aiutato a sbagliare. Se è vero che quello che supera la congiuntura italiana degli anni 1960-70 è il sindacato rinnovato dei consigli di fabbrica, agente del cambiamento e soggetto generale, è del pari vero che non sempre si comporta coerentemente con la consapevolezza, che dice di avere, di non poter vivere in autonomia rispetto ai lavoratori che intende rappresentare. L'intero capitolo III della mia prima monografia l'ho scritto perché ero attratto dalla centralità della democrazia — come prassi essenziale affinché le rappresentanze siano davvero tali — e, per contrastare le naturali derive burocratizzanti dell'organizzazione sindacale, richiamavo l'attenzione sulla qualità del clima associativo che si forma al suo interno. Ma questo è anche il capitolo meno letto di *Il contratto collettivo di impresa*. Fatto sta che, già allora, mi faceva una certa impressione che un'imponente tradizione di pensiero (anche) giuridico dimostrasse di saper apprezzare, nel sindacato, più che altro la capacità di assicurare la governabilità della fase post-contratto, esercitando il dovere d'influenzare i rappresentati a comportarsi in conformità agli impegni presi dall'organizzazione.

Si può dire, insomma, che lo statuto dei lavoratori lanciava una sfida che non è stata raccolta. Ma è possibile 'tornare allo statuto' ignorando le sue rughe, i tanti mutamenti presenti nella « realtà giuridica effettuale »?

Se la sfida lanciata dallo statuto non è stata raccolta, bisogna chiedersi perché. A mio avviso, alla pregiudiziale ostilità dell'impresa si è sommata la freddezza o il disinteresse o la sospettosità o la pigrizia mentale (o tutte queste cose insieme) del sindacato. In proposito, assume un valore simbolico la controversia che seguita a lacerare il mondo sindacale in ordine all'ammissibilità di procedimenti di validazione consensuale dell'esito contrattuale di conflitti di lavoro riguardanti intere collettività. La controversia è tuttora irrisolta.

Peraltro, alla fine precoce del nuovo inizio segnato dallo statuto ha contribuito anche la cultura giuridica che, quando si occupa del sindacato, dimostra di saperne apprezzare soltanto la capacità di assicurare la *governance* della fase post-contratto. Viceversa, una Costituzione come la nostra che attribuisce al sindacato la funzione di un

legislatore privato vieta ai giuristi di glorificarlo a stregua di una creatura angelicata dotata d'intrinseca democraticità o, al contrario, accreditarlo come un soggetto maturo e responsabile soltanto se dimostra di operare all'interno di una concezione proprietaria dell'interesse collettivo e, in buona sostanza, dei diritti di cui dispone. Non a caso, i padri costituenti subordinarono il conferimento ai sindacati di una potestà para-legislativa a un obbligo da cui invece sono esonerati i partiti politici: l'obbligo di darsi « un ordinamento interno a base democratica » (art. 39, comma 3). Quindi, proprio perché la Costituzione fa del sindacato un soggetto che agisce in qualità di un tutore piuttosto che di un rappresentante in senso tecnico-giuridico, è costituzionalmente corretto desumerne che il livello di democraticità dell'esercizio del potere contrattuale collettivo dipende dall'intensità (continuità, trasparenza, incisività) della partecipazione al processo decisionale assicurata ai destinatari della contrattazione collettiva che, per lo più, sono estranei alla vita associativa del sindacato.

Se non fosse di questo parere anche l'Alta Corte, non se ne comprenderebbe l'insistenza con cui si richiama all'esigenza che i rapporti tra lavoratori e sindacato siano presidiati da « regole ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia »: la prima volta, nella forma di un *obiter dictum* contenente un monito al legislatore (sent. 30/1990) e, da ultimo, nella forma di un'*addictio* adeguatrice di una norma statutaria strapazzata dal legislatore popolare nel 1995 la cui dizione testuale permetteva, in un mutato contesto ambientale, inaudite violazioni dei più elementari principi della democrazia sindacale (sent. 231/2013).

Del resto, il legislatore statutario non si proponeva obiettivi qualitativamente differenti: « il disegno di legge che il mio ministero sta elaborando », diceva Giacomo Brodolini, « si propone di fare del luogo di lavoro la sede della partecipazione democratica alla vita associativa e della formazione di canali democratici tra il sindacato e la base ». Lo statuto però ha omesso di definire la posizione dei rappresentati di fronte al rappresentante: infatti, pur prevedendo l'attivazione di istituti di democrazia diretta come l'assemblea e il referendum, non impone alle rappresentanze sindacali aziendali di usarli per verifiche del consenso. Vero è che, se debitamente contestualizzata, l'omissione non è priva di plausibili giustificazioni. Ciò non toglie che questa sia la ruga dello statuto.

Una ruga resa sempre più vistosa dalle trasformazioni del lavoro, dell'organizzazione produttiva e del sindacato.

Lo statuto è invecchiato non solo e non tanto a causa della metamorfosi del lavoro e dell'organizzazione produttiva quanto piuttosto a causa del mutamento antropologico-culturale che ha interessato la platea cui si rivolge il sindacato di oggi e di domani. Infatti, le istanze

di auto-determinazione di fronte ad ogni potere, anche il più protettivo e benevolo, che percorrono l'universo giovanil-femminil-scolarizzato-precarizzato e/o micro-imprenditoriale rendono palese l'inadeguatezza di una normativa che ha premiato un sistema sindacale fondato su vincoli di appartenenza identitaria che si sono spezzati e chissà se potranno riformarsi. Imprevedibilmente diversificato e frantumato, esso intima al sindacato di interrogarsi sul punto se l'amore per la specie — il lavoro dipendente a tempo pieno e indeterminato — non lo abbia portato a perdere di vista il genere e, adesso che il lavoro si declina al plurale assai più di quanto non potesse accadere in precedenza, chiedersi se l'obbligo imposto alla Repubblica di tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni non faccia parte del nucleo duro della costituzione (art. 35, co. 1).

Il tritico confederale assemblato nel T.U. del 2014 è animato dalla trasparente intenzione dei contraenti di prefabbricare la piattaforma, l'ordito, l'impianto di un intervento legislativo che da più parti si ritiene auspicabile. Io tuttavia sono del parere che, anche qualora tale evento si producesse, il problema di come impostare la rappresentanza sindacale si porrebbe egualmente. Infatti, la rappresentanza sindacale è in crisi non solo a causa del vuoto di diritto in cui la contrattazione collettiva vive nel dopo-costituzione, ma anche (e forse soprattutto) perché ha perduto affidabilità come veicolo delle istanze dei rappresentati. Il T.U. è ricco di soluzioni giuridico-formali nel tentativo, in sé encomiabile, di far uscire il contratto collettivo da una crisi dipendente dall'eccesso d'informalità che caratterizza il dopo-costituzione. Però, esso non affronta in maniera risolutiva la crisi della rappresentanza sindacale. La sola fessura da cui trapela la consapevolezza della sua esistenza è costituita dalla previsione che i contratti nazionali saranno sottoscritti « previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori a maggioranza semplice ». Mettiamo pure da parte le perplessità causate dall'indeterminatezza delle procedure e dalla vaghezza della loro obbligatorietà. Accantonare invece non si può la circostanza che nell'insieme il T.U., dando il massimo risalto alla « esigibilità » del contratto collettivo, celebra l'elogio dell'efficacia cogente degli impegni contrattuali e sponsorizza il decisionismo dei vertici nientemeno che al livello che sembra destinato a diventare il cuore del sistema. Stabilisce, infatti, che i contratti aziendali sono efficaci per tutto il personale « se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rsu » e, se firmati da rsa, sono sottoponibili a verifica entro certi limiti ed a certe condizioni. Non può certo sorprendere che il T.U. affronti il problema della rappresentanza sindacale nell'ottica della contrattazione collettiva per garantirne l'ordine. Anzi, desta sensazione che nei *summit* confederali che hanno confezionato il tritico sia furtivamente affiorata una percezione della necessità della sua democratizzazione. Questo, infatti, è un problema che appartiene ad una dimensione schiettamente endo-associativa e la controparte non c'entra per nulla né ha qualcosa da

insegnare. Quindi, l'auto-riforma del sindacato è senz'altro la via migliore. In astratto. In concreto, però, sono trascorsi più di tre anni e non si colgono segni significativi dell'interesse del sindacato ad ispezionare il lato nascosto della rappresentanza che è suo compito esercitare

Anche il futuro non è più quello di un tempo: è necessario dunque un nuovo inizio, un nuovo paradigma giuslavoristico. Ma con quali compagni di viaggio? Entro una società sempre più individualistica e 'desocializzata' è possibile avere ancora un paradigma giuslavoristico?

È difficilissimo. Però, conforta la certezza che nessuno riuscirà mai a fare del deterioramento generalizzato degli standard protettivi spettanti al cittadino in quanto lavoratore un pretesto per revocare il passaporto che consentì di accedere allo *status* di cittadinanza. Piuttosto, si diffonderà la percezione — che infatti affiora già nelle varie e ancora confuse proposte di un reddito di cittadinanza — della necessità di ricalibrare il centro gravitazionale della figura del cittadino-lavoratore spostando l'accento dal secondo sul primo: ossia, dal debitore di lavoro sul cittadino in quanto tale. Nel linguaggio degli ingegneri-architetti che hanno un po' di familiarità con la cultura dell'emergenza sismica, si potrebbe parlare di ri-localizzazione del diritto del lavoro.

Stando così le cose, l'alternativa che inchioda il pensiero giuridico-politico si profila con sufficiente chiarezza. O si accontenta di razionalizzare la regressione del diritto che dal lavoro ha preso il nome allo stadio di diritto di una transazione economica; e in questo caso aderirà ad una concezione parentetica dell'intervallo di tempo che separa la sua fine dal suo inizio, quando c'era soltanto il diritto del contratto di lavoro. Oppure, e tutt'al contrario, si ribella all'idea che il diritto del lavoro, se ha un futuro, non può averlo se non nel suo passato, come se la fine non potesse non ricongiungersi sempre all'inizio e il principio segnare sempre l'itinerario percorribile. In questo caso, si impegnerà affinché gli effetti del formidabile cortocircuito determinato dall'incontro del diritto del contratto di lavoro con le costituzioni del secondo dopoguerra (e, segnatamente, con l'autonomia collettiva in una cornice di libertà sindacale garantita) possano continuare a prodursi per vie e con modalità consone alle radicali trasformazioni subite dalla società e tuttavia capaci di contrastare — nei limiti del possibile — l'egemonia della cultura dominante. È, però, indispensabile che il pensiero giuridico-politico si procuri fin d'ora le antenne che gli permettano di elaborare la strategia necessaria per respingere le minacce alla democrazia cui ha diritto il lavoratore in quanto cittadino e assicurarne la vitalità che non ha mai avuto.

Il dato da cui ripartire è che il diritto del lavoro del '900 ha consegnato alla storia delle idee giuridiche un referente sociale che si distingue nettamente da quello del diritto del contratto di lavoro. Non

è il suddito *capite deminutus* dell'età pre-industriale, durante la quale il lavoro era culturalmente insignificante e politicamente ininfluenza, né l'eroe controvoglia dell'industrializzazione simboleggiato dall'operaio. Non è l'artigiano espropriato della libertà di decidere cosa, come e quanto produrre né il produttore deresponsabilizzato a cui si richiede più obbedienza che consenso. È il cittadino che si obbliga per contratto a vestirsi da produttore per poter acquistare il pacco-standard di beni e servizi il cui possesso gli permette di essere o (il che è lo stesso) crederci un cittadino nella pienezza delle sue prerogative. Un cittadino sempre meno disposto a sacrificarne qualcuna via via che interiorizza una concezione del lavoro come forma o modalità di esercizio del diritto di cittadinanza. Questo c'era nella valigia del diritto del lavoro che si presentava alla dogana del nuovo secolo e questo gli hanno permesso di portare con sé. In effetti, aveva contribuito a educare moltitudini in fuga dalla povertà pericolosa di mendicanti e vagabondi, facendo della povertà laboriosa la condizione subordinatamente alla quale lo Stato monoclasse avrebbe concesso al popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose il passaporto che gli consente di accedere allo *status* di cittadinanza di cui il costituzionalismo democratico della contemporaneità è stato il garante. È quindi arrivato il momento di riaffermare che l'evento è simile nei suoi effetti al gesto di Eva, dopo il quale il mondo non è stato più lo stesso; e ciò perché è figlio di un'opzione culturale e valoriale capace di resistere alla pressione esercitata dall'opposta opzione che riduce gli incontri del diritto col lavoro ad altrettante occasioni per perfezionare una tecnica regolativa d'immodificabili rapporti tra diseguali. Come dire: se il lavoro industriale ha raggiunto l'apogeo della sua emancipazione allorché le leggi fondative delle democrazie occidentali ne hanno fatto la fonte di legittimazione della cittadinanza, nella società dei lavori i diritti di cittadinanza appartengono anche a chi cerca lavoro e non lo trova, a chi lo perde e a chi, più per necessità che per scelta, ne fa tanti e tutti diversi. Insomma, non tutto è reversibile e sarebbe giusto riconoscere che il punto di non ritorno lo stabilì il diritto del lavoro del Novecento.

Nessuna nostalgia, dunque, della dimensione 'epica' del diritto del lavoro?

Mi sono stufato di montare la guardia a un diritto del lavoro che sta sparendo, ma non ho motivo di rimangiarmi la biografia intellettuale. Casomai, mi congratulo con me stesso per essermi proposto di fare ciò che potevo per togliere il diritto del lavoro dalla condizione in cui l'avevo trovato: la condizione propria del figlio di un dio minore.

Adesso però mi rendo conto che seguire a raffigurare il diritto del lavoro come il prodotto e insieme il veicolo delle grandi svolte della storia fino a farne una chiave di lettura privilegiata è un lusso che non posso più permettermi. Giudico prioritario domandarsi, con Hannah

Arendt, « cosa succede a una società fondata sul lavoro se il lavoro viene a mancare » o è sempre meno regolare e dignitoso. Diversamente, le mie parole non parlerebbero a una quantità crescente di uomini e donne di cui la letteratura della contemporaneità racconta la storia: una storia di vite spezzate che si assomigliano come gocce d'acqua, di « ricatti subiti, contratti non rinnovati 'per esigenze di mercato', mancanza di tutele », di « trentenni che vivono come studenti e di coppie che rimandano giorno dopo giorno il momento in cui fare figli ». D'altra parte, non solo il capitalismo, ma anche il lavoro non è più quello d'una volta. Oggi, infatti, non ce n'è più una nozione condivisa e al lavoro si adatta quel che Sant'Agostino diceva del tempo: se non mi chiedi cos'è, lo so; ma, se devo spiegartelo, ho dei problemi. Nemmeno di questa certezza perduta, però, è il caso di nutrire nostalgia. A ben vedere, l'idea di lavoro con la *elle* maiuscola e la virtù salvifica che gratificava il lavoro egemone della società industriale era mutuata dall'ideologia borghese della laboriosità non meno che dall'ideologia operaia del riscatto e dunque non era figlia di molte madri, e non tutte oneste. Né l'apologia che ne hanno fatto le religioni, quella cattolica non meno di quella protestante, ne ha impedito lo sfruttamento più brutale. Anche per questo, non è da eretici credere che la gente abbia col lavoro un rapporto che ricorda quello del bimbo con la scuola dove non va se proprio non deve; né dire « chi chiede un lavoro chiede un salario » è da visionari profanatori di tabù. Insomma, non sta mica scritto che la secolarizzazione del lavoro ne sminuisca per forza il diritto. Se ne aspetti, piuttosto, la trasformazione in un ordine normativo attento più al lavoratore in quanto cittadino che del cittadino in quanto lavoratore. Le parole sono le stesse, ma gli accenti sono diversamente distribuiti in modo da far capire che nella biunivoca correlazione tra lavoro e cittadinanza è successo qualcosa d'ineludibile: la metamorfosi del lavoro, che ne ha cambiato la percezione sociale, non è ininfluente sullo *status* di cittadino e su come fruirne. Insomma, la direzione di senso in cui sta camminando la società moderna è segnata da un movimento inverso a quello che ne segnò l'inizio, come se l'itinerario percorso avesse un andamento più circolare che rettilineo. Se la modernità è cominciata col passaggio dallo *status* al contratto cui un pensatore del calibro di Henry Maine non esitò ad attribuire una valenza progressista, il cerchio si sta chiudendo col ritorno allo *status*. Che non è più quello delle società castali; è lo *status* di cittadinanza presidiato dalle democrazie costituzionali. In effetti, l'inclusione sociale è un obiettivo troppo importante per la convivenza civile per seguitare a subordinarne il raggiungimento ad una categoria del pensiero come il lavoro, adesso che si declina al plurale, si cerca e non si trova o lo si perde facilmente. L'obiettivo è raggiungibile se la cittadinanza viene sganciata dalle variabili modalità del rapporto di lavoro in essere e dunque viene considerata non già come un *posterius*, bensì un *prius*. Non si creda però che la giuridificazione dei lineamenti della società industriosa sia

predeterminata dalle Costituzioni. Essa si modellerà su quel che sta raggomitato nel sottosuolo e che gli scavi porteranno alla luce durante questo passaggio d'epoca di cui non si vede né la fine né lo sbocco. Tanto, l'inevitabile non succede mai, ha detto qualcuno; l'imprevisto sempre.

Lecture

New Horizons in Spanish Colonial Law. Contribution to transnational Early Modern Legal History, Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (Eds.), Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, 2015.

Este es un libro para aprender sobre la historia de la historiografía del derecho indiano. Los compiladores, junto con algunos autores, se han encargado de señalar minuciosamente la evolución de este campo historiográfico. En cada uno de los recorridos trazados, se dejan traslucir los problemas, tanto académicos como políticos, a los que los historiadores se fueron enfrentando en los casi cien años de historia del concepto. Vemos así que las opciones teóricas de los historiadores del derecho, muchas veces estuvieron tanto y más comprometidas con unas necesidades históricas de modelos de comprensión del tiempo presente, elecciones que se tornaron más evidentes en la hermenéutica del derecho en la década del '50, o en la transformación hacia estudios críticos y pluralistas de la década del '90.

A lo largo de estas genealogías, se puede ver esbozada la trayectoria que ha tenido la comprensión del orden jurídico, evolucionando desde la que se necesitaba para la construcción decimonónica de los Estados nacionales, esto es, una visión estable, centralizada, que otorgaba un lugar primordial al derecho como ley positiva; hacia una comprensión de la cultura jurídica más plural y más dúctil, mucho más adecuada a la concepción vigente durante el último tramo del siglo XX, cuando la figura del Estado empezó a resentirse en su protagonismo frente a otras entidades, u otras fuentes de poder. Esto ha ayudado a los académicos a elaborar marcos teóricos que se mostraron más precisos a la hora de explicar un orden del mundo sin el Estado, antes de esa invención gigantesca, a la que se le puso fecha de nacimiento, a partir de la redacción de los textos constitucionales, pero que al mismo tiempo se la hizo dueña de una genealogía inmemorial, tan eterna como el agua y el aire. Las nociones de Estado y de derecho positivo centralizado, se convertirían en una especie de agujero negro historiográfico, que se tragaría todas, o casi todas, las formas de interpretación de la realidad distintas a sí mismas. Tanto los viejos como los nuevos paradigmas reconocen nombres propios de mucho peso, pero para esta compilación se ha destacado especialmente uno, reconocido como una figura central en la renovación del campo historiográfico.

Este libro tuvo su origen en un homenaje realizado a la figura y trayectoria del argentino Víctor Tau Anzoátegui. Él fue quien tuvo la sensibilidad y el mérito de identificar y darle sentido a un modo de funcionamiento jurídico preconstitucional, caracterizado por el pluralismo de las fuentes del derecho y de los múltiples ámbitos jurisdiccionales. En sus libros más celebrados, como *Casuismo y Sistema* (1992) y *Nuevos Horizontes en el Estudio del Derecho Indiano* (1997), Tau había percibido la constricción de estudiar al mundo americano bajo el dominio español en los términos de un derecho centralizado, advirtiendo que era necesario abordar el nudo gordiano del modo casuista de resolución de los conflictos jurídicos e institucionales, no sólo como una excepción o una desviación a la regla, sino como una mentalidad operativa. Así lo resalta Ezequiel Abásolo (*Victor Tau Anzoátegui and the Legal Historiography of the Indies*), en la semblanza que hace de la obra de Tau. No se trataba solamente de una cuestión heurística, sino que exigía un replanteo de fondo acerca de la cultura dentro de la que se hallaba esa concepción de normatividad. Esta novedad proponía dejar de lado la comprensión del derecho en términos positivos y nacionales, para componer una cultura jurídica, nutrida de fuentes normativas tan múltiples como los criterios posibles a utilizar para su conjugación discreta, en un determinado espacio puntual, local.

La mayoría de los autores reunidos en este volumen han considerado la necesidad de dilucidar, en primer lugar, los modos históricos de comprender el derecho europeo, para recién después ingresar al mundo jurídico propiamente americano. Esta posición tiene, de más está decirlo, razones tanto históricas como propiamente originadas en la discusión académica. Las primeras, que saltan a la vista del lector más desprevenido, responden a que el orden normativo puesto en práctica en las ciudades españolas en América, era una especie de prolongación del derecho vigente en Castilla. Lo que no es ni ha sido tan evidente, es la inmensa maraña de complejidades que eso significaba. Este problema es muy bien asumido por Rafael García Pérez (*Revisiting the America's Colonial Status under the Spanish Monarchy*), cuando reflexiona sobre el valor del término « colonia », utilizado por la historiografía para definir la relación política de las Indias con la monarquía de los Austrias. El autor cambia el eje del debate, al considerar las situaciones de otros reinos incorporados a Castilla también por accesión, lo que significaba que mantenían sus privilegios, libertades y derechos originales. Diferencia, apropiadamente, los territorios donde el cristianismo ya estaba consolidado, de aquellos recientemente incorporados al ordo católico universal.

Para el segundo tema, cabe colegir las marcas de origen del concepto de « derecho indiano », que se dieron en un contexto que entendía al derecho como esencialmente verticalista, nacional y positivo. De esa elaboración epistemológica, ligada muy de cerca a unas necesidades políticas, se encarga con mucha claridad Luigi Nuzzo

(*Between America and Europe. The Strange Case of the derecho indiano*), en un artículo provocador, cargado de cuestionamientos a situaciones políticas internacionales y no sólo a las pertenecientes al medio académico, que tienen respuestas por lo menos incómodas, para el orden actual. Después de complejizar el concepto de derecho para las poblaciones indígenas del siglo XXI, el autor analiza lo que ha sido la tradición de derecho española, la alemana y la italiana, involucradas, a mediados del siglo XX, en los procesos políticos de unificación nacional. Señala, agudamente, la estrategia de asumir un derecho común, el *ius commune*, como un marco de inclusión plenamente europeo, en la construcción de una memoria histórica supranacional, dentro de la cual se pudiera resemantizar las subjetividades locales.

La variedad de artículos reunidos en esta compilación, abren el juego a lecturas diversas, tanto sobre los múltiples puntos de partida, las diferencias de conceptos, como sobre las conclusiones a las que arriban o buscan arribar. Especialmente, invitan a reflexionar sobre la metodología de la historia del derecho indiano, proponiendo algunas, criticando otras, pero coincidiendo en la necesidad de delimitar y actualizar un campo específico para el derecho americano de los siglos modernos.

El libro contiene propuestas analíticas de derecho comparado. Richard Ross (*Spanish American and British American Law as Mirrors to Each Other: Implications of the Missing Derecho Británico Indiano*) muestra alguna de sus ventajas y algunas de sus limitaciones, de una manera muy estimulante. Compara la utilización o no, así en la América británica como en la hispana, de un concepto unificador de la praxis jurídica, como lo es el de «derecho indiano», tanto histórica como historiográficamente; innecesario en la primera, que se mostraría como una sola *nación*, necesario en la segunda, que era múltiple. También advierte cómo el antiguo constitucionalismo británico difícilmente puede ser reducido a uno, si se incorpora el factor del espacio de producción y de vigencia. Su trabajo nos hace reflexionar sobre el cuidado que hay que tener a la hora de comparar elaboraciones jurídicas, hechas a partir de situaciones imprecisas o muy diferentes entre sí, como la legislación generada en virtud del status de los colonos británicos de un lado o sobre el estatus de los indios, del otro.

Con otra propuesta comparativa, Pihlajamäki (*The Westernization of Police Regulation: Spanish and British Colonial Laws Compared*) desarrolla una valoración del casuismo de gran riqueza conceptual, aunque tomando como punto de partida un concepto situado en las antípodas de aquel utilizado por Tau. Este autor identifica con sutileza la necesidad de flexibilidad de la norma para resolver la multiplicidad de casos que se presentaban en la extensa geografía americana, tan diversos en su forma como en su origen, emparejando estas respuestas jurídicas a la regulación de policía. Señala que esta técnica fue muy utilizada por los colonos británicos y españoles, puesto que considera que la rigidez normativa de los estados absolutos europeos de la

temprana edad moderna, no poseía otro tipo de dispositivo lo suficientemente plástico como para lograr la organización de la población y la creación de marcos municipales de derecho, como los necesarios en América.

Compartiendo el marco teórico pluralista, Brian Owensby (*The Theater of Conscience in the "Living Law" of the Indies*) se dedica a estudiar el teatro de la conciencia, en su muy prolijo estudio sobre el derecho vivido en Indias, observando de qué manera el derecho de la modernidad temprana encontraba en la conciencia, especialmente en la del rey, un elemento vital para fundar todo el edificio de la justicia. El autor propone como hipótesis que los abusos de los oficiales de gobierno del rey, en los que éste depositaba su conciencia, junto a los de los particulares que actuaban con licencia del monarca, han sido la más profunda amenaza para la construcción de un orden social en el Nuevo Mundo.

En una línea diferente, Tamar Herzog (*Did European Law Turn American? Territory, Property and Rights in an Atlantic World*) se plantea una pregunta muy sugerente, sobre la utilización del derecho en el proceso de desposesión de los indios y la transformación de la figura de la propiedad de la tierra. Busca responderla, sobre todo, a la luz de las campañas de repoblación de los siglos XVII y XVIII. El concepto de « bien común » que ella utiliza como un oportuno observatorio, es un significativo sobre el cual los significados fueron mostrándose, no sólo como distintos sino casi como opuestos, desde la época de las definiciones de Solórzano Pereyra hasta la de Jovellanos. Ese concepto estaba unido intrínsecamente a la evolución de la comprensión de la economía, sin que haya casi similitudes entre el bien común de la economía católica y el bien común de la economía política, tan diversos como los conceptos de propiedad de la tierra que involucraba cada uno.

El volumen se completa con dos artículos, que aún tienen la fuerza suficiente como para empujar el horizonte hacia adelante. Me refiero a los trabajos de Marta Lorente, sobre la herencia del derecho colonial en los derroteros constitucionales después de 1808, y el del propio Tau Anzoátegui, sobre el derecho provincial y local. Ambos parten de tomarse « en serio » las consecuencias de asumir una cultura jurídica plural, descentralizada, cuyo objetivo era resguardar no sólo el orden jurídico de la monarquía católica, sino también, en primer lugar, el orden local de cada territorio.

La primera consecuencia, la más evidente, es la cantidad innumerable de fuentes del derecho, que se desbarrancan sobre la cabeza del historiador del derecho americano de los siglos modernos. Para asumirlo con rigurosidad, Tau Anzoátegui (*Provincial and Local Law of the Indies. A Research Program*) propone un método. En primer lugar, reducir el territorio desde el que se produce el derecho a la mínima unidad posible, que él considera como provincial y local. Propone acercarse, no sólo a los diferentes niveles de la estructura normativa y

doctrinal, sino, sobre todo, a la mentalidad de la sociedad y a la multiplicidad de poderes jurisdiccionales, incluido el paternal, para trazar así un marco de referencia socio-jurídico desde la praxis, que permita atender a la diversidad de realidades, que se hacen evidentes al asumir, entre otras cosas, la autonomía político-legal de cada espacio local.

Es importante comprender que el derecho indiano se mantuvo vigente más allá de las emancipaciones nacionales, hasta los albores del siglo XX. Marta Lorente (*More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808*), en un trabajo interesado más en la historia de la cultura constitucional, pone la lupa sobre los llamados « vestigios » o remanentes coloniales en los derechos nacionales. Señala un hecho histórico innegable, esto es, que los primeros textos constitucionales, a ambos lados del Atlántico, estaban dando validez constitucional a elementos propios de un antiguo estado de las cosas. Otro punto es la estabilidad de la tradición casuística, todavía en el siglo XIX, que afectaba y anulaba el nuevo modo de concebir el poder político, en tanto determinaba los instrumentos necesarios para ejercitarlos. Se pregunta si acaso la historia del derecho no deba realizar algunos cambios sustanciales en su práctica epistémica, para asumir que algunos postulados que se consideraban certeros, son, en realidad, todavía preguntas abiertas.

Como suele ocurrir con las compilaciones de diversos autores, resulta difícil reducir todas las contribuciones a una sola hipótesis de trabajo, ni siquiera a una sola teoría. Su multiplicidad, aunque sea puesta de manifiesto es trabajos de desigual factura, nos demuestra que una obra de estas características no sólo era necesaria para poner en un solo lugar, al alcance del investigador, las transformaciones disciplinares y conceptuales que ha ido sufriendo este campo iushistoriográfico específico, sino también para ampliar el horizonte en todas direcciones. Hacia adelante, en el tiempo; hacia los costados, en la interdisciplinariedad, y hacia arriba, en los resultados.

ROMINA ZAMORA

Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912, a cura di Cristophe Jamin, Frédéric Audren e Sylvain Bloquet, Paris, Dalloz, 2015.

Cristophe Jamin, parlando dell'opera monumentale di Géný, sottolinea come essa non sia il risultato di un *progetto*, ma semmai il punto di arrivo di un *percorso*, di una *traiettoria*, di un *tragitto*. Una

traiettoria che si definisce un po' alla volta attraverso una moltitudine di *tours* e di *détours*.

Si tratta di un'opera colossale di cui Gény non è propriamente l'autore. Questo perché l'autore si 'costruisce', acquista consapevolezza di se stesso, getta luce sulla propria storia personale, via via che l'opera cresce e prende forma. Jamin non a caso ci ricorda che Gény, da principio, non aveva in mente di scrivere un trattato. O addirittura pensava di non scrivere affatto, ma semplicemente di approfondire la questione per un desiderio di arricchimento personale.

Sappiamo che Gény e Saleilles discutono insieme di metodo verso la fine di dicembre del 1896. La questione affiora per la prima volta con chiarezza nella lettera del 24 gennaio 1897.

In questa fase, dopo aver letto la recensione di Saleilles all'ultimo lavoro di Capitant, Gény afferma candidamente che in tema di metodo c'è poco da fare se non ripetere le idee formulate dal collega e amico.

Senonché, nella stessa lettera, Gény manifesta l'intenzione di approfondire la questione per la sua formazione personale, per arricchire i suoi studi e per conferire loro un orientamento inedito. Il risultato è una immersione totale in letture di carattere metodologico in compagnia delle quali il grande giurista lorenese trascorre l'inverno 1896/1897.

Nella lettera del 1 marzo 1897 torna sulla questione del metodo: i frutti sono evidenti: Gény ha già in testa le linee generali del lavoro che intende svolgere. Ed è evidente che non si tratta più di uno studio destinato a restare nascosto, condotto al solo scopo di una crescita scientifica esclusivamente personale.

Colpisce la lucidità con la quale, già in questa fase, Gény individua gli elementi decisivi del lavoro da svolgere.

Il punto di partenza è rappresentato dalla diagnosi cruda della situazione presente, un *topos* nella riflessione di molti *juristes inquiets* dell'epoca: il pervertimento subito dal Codice e dal ruolo della codificazione. Duole ammetterlo, ma le previsioni infauste di Savigny si sono rivelate più che fondate: l'ordinamento giuridico francese è caduto nella trappola prefigurata a suo tempo dal padre della Scuola storica.

Qual è allora la soluzione?

Il diritto scritto è insufficiente. Tuttavia un mero ritorno al diritto consuetudinario appare del tutto implausibile.

Ecco la strada da percorrere: elaborare, al di là delle formule scritte, un diritto più vivo, più « souple », un diritto che non invecchierà mai perché sarà sempre capace di trasformarsi e di auto-rigenerarsi.

Non sarà il diritto consuetudinario di Savigny. Sarà un diritto consuetudinario « nouveau style », costruito a partire dai dati offerti dalla « science sociale », un diritto in grado di adattarsi per sua stessa natura al mutare del contesto economico-sociale di riferimento.

Questo *droit nouveau* ha però bisogno di un metodo capace di sostenerlo e di promuoverlo. Ecco il problema.

L'idea iniziale di Gény è quella di affrontare la questione in un saggio, da pubblicare nella *Revue Internationale de l'Enseignement*. Ma le cose non vanno secondo i piani stabiliti. Alle soglie dell'estate del 1897, Gény ha a mala pena terminato la *pars destruens*. E già così, il manoscritto è sufficiente a riempire più di 50 pagine a stampa. Nel mese successivo (luglio del 1897) il 'saggio' ha già raggiunto le 140 pagine. Con tutta evidenza, il progetto iniziale, ovvero la pubblicazione di un semplice articolo di carattere generale è già naufragato.

Che cosa è successo?

All'improvviso, il progetto, per così dire, 'esplode' tra le mani al suo autore al punto che egli ne perde il controllo. Gény ci appare sempre di più impegnato in una sorta di serratissima lotta corpo a corpo con il proprio lavoro. Il demone che ha evocato senza saperlo si rivela incontrollabile. L'opera sembra animarsi e assumere una vita propria. Inesorabile, essa possiede l'autore con la forza di una misteriosa Ananke, e lo porta con sé lungo un cammino accidentato, fatto di entusiasmi, di cadute, di slanci, di frustrazioni.

Agli occhi di un esploratore della Terza Repubblica o di un cultore della *Belle Epoque*, la vicenda di Gény ricorda molto da vicino quella di uno dei mostri sacri della letteratura europea del XX secolo.

Neppure Marcel Proust, da principio, aveva intenzione di scrivere un'opera monumentale. La sua idea era semplicemente quella di scrivere un saggio. Un saggio impegnativo, certamente. Ma nulla più di un saggio.

Tale saggio avrebbe dovuto avere un oggetto circoscritto, apparentemente semplice; si sarebbe dovuto limitare a esporre una tesi, chiara e precisa. Il suo obiettivo doveva essere quello di confutare le idee fondamentali di Sainte-Beuve in tema di creazione artistica, e precisamente di creazione letteraria.

Sainte-Beuve, com'è noto, riteneva essenziale la conoscenza del dato biografico per la comprensione dell'opera d'arte. La creazione artistica non è mai disgiunta dalla vita concreta, dalla parabola esistenziale dell'autore. Si tratta di due profili intimamente legati. L'uno non si comprende, o si comprende solo a metà, in assenza dell'altro.

L'idea di Proust era diametralmente opposta. L'opera letteraria, in quanto opera d'arte, è il prodotto di un processo di sublimazione dell'io-individuale (« un livre est le produit d'un autre moi que celui que nous manifestons dans nos habitudes, dans la société, dans nos vices [...] »).

Ne consegue che l'opera letteraria non sarà mai 'soltanto' il riflesso della vita del suo autore. Anzi, non di rado, la conoscenza della vita dell'autore di un'opera letteraria rischia di gettare un'ombra di fraintendimento sulla comprensione del contenuto autentico dell'opera stessa. Questa, in poche parole, la tesi di Proust.

Senonché, a un certo punto, succede qualcosa di singolare. Il *Contre Sainte-Beuve*, per così dire, 'esplode' tra le mani del suo autore.

Tanto per cominciare, in quelle pagine non troviamo affatto una netta divisione tra biografia e critica, e neppure una divisione tra letteratura e critica letteraria. In primo luogo, Proust si avvicina a remoti episodi della propria infanzia e li racconta: il bacio della buona notte, la spiaggia normanna, i ricordi d'infanzia. In secondo luogo, nei frammenti del *Contre Sainte-Beuve* compaiono già i nomi dei personaggi che troveremo nella *Recherche*: i Guermantes, la marchesa di Villeparisis, un primo abbozzo di Gilberte Swann.

A questo punto sorge spontanea una domanda: questi personaggi appartengono davvero (o meglio, appartengono ancora) al *Contre Sainte-Beuve*, o sono già abbozzi di un'opera che sta inesorabilmente prendendo forma?

Lo stesso Proust, del resto, in una lettera al direttore del *Mercur de France* definiva il suo libro un romanzo, e per di più estremamente impudico.

Quindi, riassumendo, quella che doveva essere un'opera di critica letteraria, un saggio sulla metodologia della produzione artistica, contiene, neanche troppo in controluce, i frammenti dell'opera futura. Che sarà l'opera di una vita.

Questa parentesi proustiana, benché assai distante dall'universo del diritto, non è tuttavia priva di senso. Tale vicenda, come quella di Géný, dimostra la naturale tendenza delle questioni metodologiche a trasformarsi in questioni esistenziali. Ogni discorso sul metodo, in altre parole, finisce per investire, nella sua interezza, la personalità umana e scientifica di chi vi si applica.

Si tratta di un profilo evidenziato a suo tempo da Natalino Irti ⁽¹⁾.

Irti ha paragonato il metodo a un «detersivo chimico», che avrebbe l'ambizione di pulire e di rendere nette e decorose le norme, raccogliendole infine in una sorta di superiore unità. In questo senso, il metodo ambisce a porsi come strumento asettico e rigorosamente a-temporale.

Si tratta di una concezione che non regge alla prova dei fatti: la a-temporalità del metodo genera ben presto nei giuristi disagio e malessere, poiché si rivela in contraddizione con lo scopo cui il metodo tende. Ovvero, l'organizzazione e l'accrescimento del sapere. Nel momento in cui i giuristi sottraggono il metodo alla sua insostenibile a-storicità e lo calano nel tempo, il metodo diventa il problema del metodo.

Il metodo si trasforma in un problema perché esso diventa, per così dire, un modo di essere dei giuristi. Non è più uno strumento anodino applicabile a tutti i bisogni, ma diventa uno strumento di auto-comprensione, un continuo interrogarsi sulla propria temporalità: «Il metodo non ci appare più come un utensile, qualcosa con cui

(¹) Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma, 2004, p. 5 e ss.

operiamo su qualcosa, ma la nostra stessa auto-comprensione. Non uno strumento, che venga ad uso del giurista, e risponda a canoni immobili ed a-storici, ma intima consapevolezza della situazione. Alla visione ausiliaria va contrapposta una visione, per così dire, *temporale ed esistenziale*, tutta immersa e calata nella storicità delle forze, da cui il mondo è agitato e diviso » (2). Questo succede perché chiunque si occupa di metodo, in qualsiasi ambito, scopre ben presto che il metodo non è una via già tracciata. Al contrario, il metodo è una via che « passa attraverso di noi e la meta dipende dalla direzione dei tempi ».

Se ciò è vero, dobbiamo credere che Gény, imboccata la strada della riflessione metodologica, finisca per interrogarsi sulla sua temporalità.

E trovandosi a vivere in una temporalità quanto mai complessa, non c'è da stupirsi se il piccolo saggio iniziale si trasforma rapidamente in una sorta di chimera mostruosa che prende possesso del suo creatore e lo accompagna per tutta la vita.

La temporalità nella quale vive Gény e sulla quale inevitabilmente si interroga è particolarmente complessa. È una temporalità nella quale l'appello al metodo, inteso come volontà di ricercare un significato complessivo, ha ancora senso: i grandi miti post-rivoluzionari (la sovranità statale, la razionalità dei Codici) traballano, ma sono ancora in piedi. È però una temporalità già segnata da fortissime antitesi, che può descriversi sinteticamente per coppie dicotomiche: storia/ragione, fatti/sistema, concetti giuridici/dinamica sociale, movimento/istituzione (carisma/istituzione, come avrebbe detto Sabatier).

Coppie dicotomiche sulle quali la dottrina posteriore, anche italiana (per tutti: Emilio Betti e Salvatore Pugliatti) si interrogherà a lungo, e rispetto alle quali la riflessione di Gény rappresenta una tappa davvero decisiva.

La temporalità di Gény è dominata da un imperativo. Ovvero dall'esigenza di governare giuridicamente il movimento. Fioccano a questo punto gli interrogativi: com'è possibile raggiungere tale obiettivo? Una concezione sistematica del fenomeno giuridico è ancora razionalmente sostenibile? Ha ancora senso elaborare una teoria generale, oppure qualsiasi discorso teorico-generale è condannato a crollare come un castello di carte dinanzi a una dinamica sociale convulsa in preda a una accelerazione inarrestabile?

Quel che è certo è che se la scienza giuridica, nel suo insieme, non cambia, è destinata a inaridirsi e a morire (Lettera del 29 Aprile 1900: « Le gros de nos chefs de file ne paraît pas s'apercevoir que c'est fini des études de droit, au point de vue scientifique, si l'on ne décide pas à secouer la routine ancienne et à constituer de nouveaux cadres pour contenir tout un ordre de recherches à peines entrevues jusqu'alors »).

(2) Cfr. *ivi*, p. 15.

L'unica strada, per l'appunto, è quella del metodo inteso come dimensione esistenziale. Occorre cioè ripensare il proprio essere-nel-tempo come giuristi attraverso la riflessione metodologica per far sì che l'esercizio del proprio *munus* non tradisca le aspettative emergenti da una società in ebollizione. Il che significa essere in grado, attraverso un diritto *nouveau style* di tradurre nelle categorie della razionalità giuridica gli stimoli, le esigenze, le contraddizioni che provengono dal contesto politico-sociale.

Il tutto senza dare l'impressione di una risposta episodica, frammentaria, occasionale. Ma, al contrario, elaborando una risposta che tragga la propria forza e credibilità da una concezione sistematica del fenomeno giuridico, alla quale i nostri eroi credono ancora.

Dall'epistolario emerge un dato assai significativo: l'assoluta concordia e comunanza di vedute che unisce i due amici e colleghi. È evidente che Gény e Saleilles lavorano a un progetto comune, del quale condividono interamente gli obiettivi, al di là delle differenze di dettaglio. Gény, non a caso, definisce ripetutamente « notre cause » il progetto al quale i due stanno lavorando. « Cause » da promuovere e da affermare contro i conservatori, i cosiddetti « partisans de la routine ».

Identico è anche lo scenario psicologico, lo stato d'animo che fa da premessa al programma. La consapevolezza cioè di vivere in un'epoca di « transition prolongée ». Un'epoca nella quale il compito del giurista non consiste più « à suivre la ligne droite, toujours en vue de l'œil, ma a tâtonner au jour le jour à travers la complication des idées naissantes ».

« Tâtonner au jour le jour » nel tentativo di governare il movimento significa ripensare il ruolo della scienza giuridica e in generale di tutti gli attori presenti sul palcoscenico del diritto. Se da un lato a balzare in primo piano è la dimensione applicativa, dall'altro il ruolo principale della scienza viene colto nella funzione di elaborare quelle che Gény chiama « directions générales », e Saleilles chiamerà « constructions générales ».

Significativa da questo punto di vista è la piena adesione alla concezione del diritto di Eugen Huber testimoniata ad esempio dalla lettera del 14 Maggio 1902: « Au surplus, notre science peut-elle prétendre à autre chose qu'à fixer des directions, et ne faut-il pas, à l'exemple des Suisses, tenir que le droit ne se réalise complètement qu'en s'incorporant aux faits dans les espèces concrètes? ».

Nella lettera del 19 Maggio e del 10 Agosto del 1900, Gény formula quasi lo slogan del progetto comune: lo scopo dev'essere quello di rendere possibile il « progrès du droit positif par la pénétration de la vie sociale »; detto altrimenti, è necessario « ébranler notre juridisme dans le sens de la vie et de l'action ».

Lo strumento privilegiato per raggiungere gli obiettivi prefissati è la simbiosi con la sociologia (lettera del 21 Febbraio 1900). Essa rappresenta dal suo punto di vista la via preferenziale per creare diritto

nuovo al di là della legge (o nel recinto della legge reso elastico dalla interpretazione).

Gény nota infatti come la filosofia contemporanea, nei suoi rappresentanti più vivaci e consapevoli, si occupi ormai quasi esclusivamente di *psicologia fisiologica* e di *sociologia*. La psicologia fisiologica è stata sufficientemente esplorata grazie agli studi di diritto penale e penitenziario. Non così nel caso della sociologia: in questo ambito nessuno si è ancora seriamente occupato di *sociologia pratica*. I cultori della sociologia non riescono a passare dalle teorie generali all'applicazione concreta, dal pensiero all'azione. Non vi riescono perché ignorano le condizioni di applicazione dei loro principi. E tali condizioni si rinvengono soltanto nel diritto positivo. Solo il diritto può rendere viventi e concretamente operanti le teorie dei sociologi.

È fondamentale per questo accogliere quanti più giuristi possibile attorno a questo progetto. Gény pensa di ricorrere, come *trait d'union*, al carisma e all'autorevolezza di Gabriel Tarde, le cui ricerche intersecano il diritto e la sociologia in un confronto e in una sintesi assai efficaci. In sostanza, il progetto che ha in mente Gény deve ispirarsi a un'idea estremamente semplice, che egli formula con lucidità in questa lettera: « Le droit étant la science sociale positive ne se peut alimenter qu'aux sources de la sociologie. Celle-ci est nécessaire pour mettre en valeur tous les règlements humains ».

Per dare concretezza e visibilità a tale progetto, è opportuno pensare alla creazione di un organo ufficiale: in questa lettera Gény evoca per la prima volta l'idea di dar vita a una associazione con lo scopo di promuovere il progresso giuridico e lo sviluppo delle ricerche scientifiche.

L'oggetto e lo scopo della futura *Société d'études législatives* vengono chiariti nella lettera del 3 Maggio del 1900. Essa deve avere l'obiettivo di promuovere il progresso del diritto positivo in Francia. Gény indica le forme (le fonti) attraverso le quali il diritto positivo si manifesta e progredisce, in ordine decrescente di importanza: la legislazione, specie qualora venga elaborata scientificamente; la giurisprudenza, quando da essa si sviluppano delle linee interpretative uniformi suscettibili di essere condensate in teorie generali; la pratica e la consuetudine, che possono talora essere ordinate e indirizzate scientificamente; la dottrina, l'insegnamento, la ricerca disinteressata. Entrano poi in scena l'economia politica, la sociologia e in generale le fantomatiche *sciences sociales*. Dal momento infatti che il diritto positivo non è altro che la messa in pratica di determinate idee morali, l'interlocuzione con le *sciences sociales* si rivela irrinunciabile. Con la precisazione che le scienze sociali devono essere studiate in un'ottica prettamente strumentale, ovvero al fine di renderle concrete e operanti nella vita pratica, attraverso una loro traduzione in chiave giuridica.

Ai nostri occhi non è un caso che la realizzazione del progetto scientifico di Gény sfoci nella creazione di un organismo istituzionale

del tipo della *Société d'études législatives* e si chiarisca ulteriormente proprio nel momento in cui si definiscono gli obiettivi di tale associazione. Si tratta anzi di un particolare decisivo. In realtà, infatti, alla base di tale progetto vi è l'affermazione del ruolo di avanguardia svolto dalla dottrina.

Gény si rende conto che la dialettica conservazione/progresso tipica della dinamica giuridica è interna alla comunità degli interpreti. Ed è a tale comunità che devono essere affidate le chiavi dell'ordinamento. Si opera in tal modo una sorta di riappropriazione del principio di evoluzione e del principio di legalità da parte della comunità dei giuristi, in seno alla quale viene ricollocato il baricentro del sistema. L'affermazione del primato della scienza consente infatti di neutralizzare la contraddizione in apparenza più difficile da superare, ovvero l'esigenza di conciliare « l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire avec la suprématie légale ». In questo modo si raggiunge un compromesso che sembrava impossibile: si concilia il principio di evoluzione con il principio di gerarchia delle fonti, mentre la riflessione metodologica perde per così dire il suo carattere centrifugo e svela la sua logica interna: l'attribuzione alla dottrina del compito di ordinare l'insieme delle fonti, di custodire la legalità, di assicurare l'efficienza evolutiva del sistema.

In primo luogo, la dottrina svolge questo ruolo di avanguardia attraverso la elaborazione di adeguate « constructions générales ». Si tratta di modelli teorici il cui obiettivo è predeterminare le condizioni dell'evoluzione organica del sistema/ordinamento nonché tradurre in formule di carattere razionale gli elementi di interpretazione ricavati dalla osservazione del contesto economico-sociale.

Il ruolo della dottrina va perciò incontro a un mutamento radicale. Essa non è più la guardiana dell'ortodossia legale contro l'« opportunisme flottant des tribunaux »; diventa invece l'attore istituzionalmente deputato al controllo e all'indirizzo di un opportunismo che si rivela al contrario « heureux », in quanto fattore indispensabile di progresso giuridico. Le costruzioni generali di origine dottrinale preconstituiscono in tal modo le basi indispensabili per predeterminare le modalità di sviluppo del diritto giurisprudenziale, ovvero per il corretto svolgimento della « fonction historique » del giudice.

In secondo luogo, il ruolo di avanguardia della dottrina si manifesta attraverso la progettazione della legislazione futura e quindi nell'ambito specifico della riforma legislativa. La comunità dei giuristi, in quanto custode dell'ordinamento, si riscopre protagonista del processo nomopoietico. Si riappropria del diritto nella sua manifestazione più autorevole e formale, la *loi*.

Come si vede, da uno studio iniziato in sordina, a titolo esclusivamente privato, si sviluppa un programma scientifico ambiziosissimo, teso a ridefinire i ruoli, le relazioni, le responsabilità, di ciascuno dei protagonisti dell'universo giuridico.

Che ne è, a distanza di oltre un secolo, del progetto visionario elaborato da un giurista appartato nella solitudine di uno studio lorenese?

Gény probabilmente non ignorava che la libertà inaudita dischiusa dalla *libre recherche scientifique* avrebbe finito per esporre la maggior parte dei suoi colleghi a un *horror vacui* non tollerabile. Ma forse neanche nei suoi incubi peggiori avrebbe immaginato che alla vecchia ed esangue esegesi se ne sarebbe sostituita un'altra, non meno pervasiva e tenace. Un'esegesi che alla legge, quale oggetto prediletto ed esclusivo dei suoi affanni, avrebbe sostituito le sentenze dei giudici, risolvendo in esse l'ambito ben altrimenti vasto e stimolante della *science sociale*, che della *libre recherche* di Gény, con tutta la sua insostenibile libertà, rappresentava un capitolo così significativo.

MARCO SABBIONETI

NICOLAS ROUSSELLIER, *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIXe-XXIe siècles*, Paris, Gallimard, 2015.

Il volume di Roussellier è destinato a rimanere un punto di riferimento e a fornire un modello di metodologia della ricerca, non solo in Francia, ma nel continente europeo, su un tema ormai decisivo: la storia politica del potere esecutivo, del governo di uno Stato. Le storiografie occidentali, quindi anche quella italiana, non dispongono ancora di numerose opere monografiche dedicate a questo argomento nel suo complesso. In Italia, l'ultimo, e unico, tentativo rimane forse quello di Ettore Rotelli ⁽¹⁾ nei lontani anni Settanta.

L'obiettivo del volume è di afferrare la trasformazione del potere esecutivo in tutte le sue dimensioni per comprendere come processi e confronti politici abbiano largamente preceduto gli sviluppi giuridici e costituzionali. Il lavoro è diviso in due grandi periodi e quindi da una fase spartiacque, che separa la stagione repubblicana del rifiuto ideologico del « potere personale », dall'inizio della lenta *remonte* della Presidenza della Repubblica fino all'affermazione della « *démocratie exécutive* », in realtà già incubatasi dai primi decenni del XX secolo, negli ultimi anni della Prima Guerra mondiale.

⁽¹⁾ *La Presidenza del Consiglio. Il problema del coordinamento amministrativo centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, Giuffrè, 1972 a cui sono seguiti dagli anni Novanta in poi alcuni lavori prettamente politologici: S. VASSALLO, *Il governo di partito in Italia (1943-1993)*, Bologna, il Mulino, 1994 e da ultimo M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, Bologna, il Mulino, 2015.

Nell'analisi scrupolosa e ponderosa di Roussellier, che sorregge tutto il lavoro, l'indagine si sostanzia sulla convinzione che l'Esecutivo non rappresenti solo una « funzione » inserita pienamente in una storia dalle molteplici dimensioni, ma un « modo di pensare » il potere politico. Tale convinzione è supportata dal tentativo di estendere il più possibile la conducibilità degli strumenti di indagine della storiografia politico-istituzionale, con lo scopo di analizzare e studiare anche la « politica costituzionale » come fenomeno sempre in movimento e meno vincolato ai *valeurs* normativi fissati nei testi costituzionali, come richiederebbe l'approccio dei giuristi, ma con il quale tuttavia l'a. spesso intreccia le proprie analisi. E questa è senz'altro una delle ragioni più persuasive della ricerca.

Per Roussellier è essenziale scavare in profondità e indagare sia le istituzioni « al lavoro » su larga scala, sia il ruolo dei « fatti materiali », degli aspetti simbolici delle politiche pubbliche, analizzando i modi di operare di coloro che poi incarnarono le istituzioni stesse e le loro logiche d'azione. Per questi motivi il volume riesce abilmente a tenere unite, saldandole, la storia delle rappresentazioni collettive con quella delle idee e delle istituzioni; incrociando in questo modo anche l'evoluzione del pensiero politico-costituzionale repubblicano da Gambetta a De Gaulle, con il consolidamento della relazione tra potere civile e potere militare, insieme allo sviluppo dell'alta amministrazione.

Quest'ultimo argomento risulta centrale, come vedremo, nella prima porzione del lavoro, anzi, rimane fondante, e fondativo. Secondo l'a., l'evoluzione del diritto amministrativo pur non appartenente alla tradizione repubblicana (quest'ultima spesso a favore addirittura della soppressione del Consiglio di Stato), diede nei decenni terminali del XIX secolo « credibilità allo Stato amministrativo », proprio perché il suo sviluppo da una parte aveva nel tempo depurato l'amministrazione da pratiche « arbitrarie », dall'altra aveva rafforzato la protezione dei cittadini, segnatamente delle élites borghesi, contro l'arbitrio del potere (p. 181) ⁽²⁾.

L'esperienza repubblicana, tra il 1870 e il 1880, quella della « generazione Gambetta », fu intenta a ricercare un equilibrio tra parlamento e governo, tra la forza delle leggi e il potere, o la potenza dello Stato, e orientata spesso verso la riflessione sul ruolo che avrebbero dovuto occupare lo Stato e l'amministrazione, però senza cristallizzare sul piano teorico una solida forma di Esecutivo, mentre invece

(2) Come è noto, l'eredità rivoluzionaria aveva radicato per diversi decenni l'idea che il potere di governare dovesse essere condotto da un esecutivo depotenziato, così come il sistema giudiziario potesse essere uno strumento istituzionale che si attenesse alla stretta esecuzione delle leggi. Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

cercò di sostanziare ideologicamente un Legislativo ⁽³⁾ (bicamerale) con le sembianze della *Nation assemblée*, quasi in senso fisico, piuttosto che metaforico, base fondante di tutto l'impianto politico-costituzionale.

Tuttavia, i repubblicani non risolsero mai il « rompicapo del potere esecutivo » ⁽⁴⁾ lasciando, quasi paradossalmente, ai monarchici di definirlo durante la redazione della Costituzione, repubblicana, del 1875 ⁽⁵⁾.

Era la politica che avrebbe dovuto imporre e favorire, secondo i repubblicani, il governo del popolo *par lui-même*, servitore della *représentation nationale* all'interno di una sistema che avrebbe attribuito stretti limiti al ruolo politico del potere; però — e qui sta già il grande problema — all'interno di un contesto istituzionale in cui l'amministrazione era potente e ben organizzata, ereditata dalla storia dei decenni precedenti.

La centralità della *Nation assemblée* avrebbe quindi determinato il controllo delle funzioni del potere esecutivo evitando, nello stesso tempo, l'invasione politica dello Stato amministrativo. I socialisti — quindi la versione più radicale del movimento repubblicano — andavano oltre; sostenevano che la costruzione del *gouvernement du peuple* avrebbe dovuto condurre al dissolvimento del potere esecutivo, così come di quello amministrativo, magari attraverso anche la soppressione dei prefetti e l'elezione popolare dei giudici. Però questa tradizione repubblicana *anti-administrative* resistette solo fino agli anni Settanta dell'Ottocento (p. 226).

In realtà bisogna anche aggiungere che questo volume evidenzia bene come dagli anni Settanta agli anni Trenta del Novecento, le assemblee legislative della Terza Repubblica abbiano certamente creato, attraverso una forte capacità di lavoro (poco studiata dai giuristi e dagli storici, lamenta l'a.), l'impianto legislativo delle grandi riforme, riducendo l'invasività delle pressioni da parte delle amministrazioni centrali

⁽³⁾ Era un sistema bicamerale, su una differente base elettorale, ma il mandato dei senatori e dei deputati era diverso: nove anni per i primi, quattro per i secondi. La Costituzione della Quarta Repubblica ne modificherà lievemente la durata, portandola a 5 anni per i deputati dell'Assemblea Nazionale.

⁽⁴⁾ Era pensato come un tipo di potere che si accontentava d'imporre dei servizi amministrativi, immaginati come neutri, obbedienti alla volontà del popolo *assemblée*.

⁽⁵⁾ Il potere esecutivo era centrato sul governo, piuttosto che sul Presidente del Consiglio, e sul ruolo decisivo di alcuni ministri. Il Presidente della Repubblica, che non partecipava direttamente al processo di decisione, poteva nominare e revocare l'Esecutivo, proporre leggi e anche sciogliere la Camera dei deputati (su autorizzazione del Senato), però secondo questa Costituzione « chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par un ministre ». Cfr. il classico *Les Constitutions de la France depuis 1789*, présentation par J. Godechot, Paris, Flammarion, ultima edizione 2006, p. 331.

dello Stato. Nonostante fosse depotenziato, anche il potere esecutivo riuscì a trasformarsi su un altro versante: appoggiandosi alle amministrazioni dello Stato e soprattutto approfittandosi delle carenze e dei « silenzi » delle leggi prodotte dal Legislativo, diventò una sorta di « risorsa » — attraverso decreti e circolari — che favorì stati avanzati di cambiamento sociale nel paese. Già agli inizi del Novecento, il processo di decisione « esecutorio », anche grazie alla tenuta dello Stato amministrativo, si prese diverse rivincite sul processo di decisione parlamentare e in questo alterando assai gradualmente il principio della « sovranità nazionale », fondato esclusivamente sul Legislativo.

Il rovesciamento del rapporto di forza a vantaggio del potere esecutivo avvenne sulla lunga durata grazie a quella che Roussellier definisce la conquista della « rispettabilità giuridica » del potere esecutivo determinata anche dallo sviluppo del diritto amministrativo ⁽⁶⁾, che fu la radice dell'affermazione progressiva della superiorità del decreto sulla legge e quindi della decisione esecutiva su quella parlamentare. In realtà, quello che il potere esecutivo conquistò fu il ruolo amministrativo. Dagli anni Settanta fino almeno agli anni precedenti alla prima guerra mondiale, la generale evoluzione del diritto amministrativo influenzò l'insieme delle decisioni che continuava a prendere in maniera autonoma lo Stato amministrativo, il *pouvoir réglementaire*, e soprattutto mise in crisi la concezione politico-istituzionale che solo il parlamento esprimesse la volontà del popolo e il potere esecutivo vegliasse (in maniera non troppo invasiva) sulla conformità delle leggi a quella volontà. Però, da un altro punto di vista, attraverso l'introduzione dell'istituto del ricorso per eccesso di potere e per contenzioso ordinario, il diritto amministrativo seppe rapidamente dare credibilità allo Stato amministrativo depurando l'Amministrazione anche di pratiche « arbitrarie », proteggendo i cittadini contro l'arbitrio del potere e nello stesso tempo riabilitando il potere amministrativo, anche attraverso la legge del 4 maggio 1872 che accordò una forte autonomia al Consiglio di Stato ⁽⁷⁾. In questo modo le sue decisioni, non dovendo essere più approvate dal Capo dello Stato, frantumarono il principio tradizionale della *justice retenue* e quindi, com'è noto, il « mito » del giudice unico ⁽⁸⁾.

(6) Su questi temi cfr. la sintesi di S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in ID., P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 27 e ss. e anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007.

(7) Cfr. sulla realtà italiana F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in « Storia Amministrazione Costituzione », 23 (2015), pp. 225-286.

(8) Per un confronto con la storiografia italiana, ma soprattutto sulla giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato francese dopo la svolta politica di Sedan, cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 355 e ss.

Per questi motivi, secondo Roussellier, la metamorfosi del diritto amministrativo si risolse in un duplice progresso giuridico e « democratico » che condusse al potenziamento della legittimità concessa all'Amministrazione e al potere esecutivo. Per meglio dire, l'istituto del ricorso per l'eccesso di potere sottomise al diritto, potenzialmente, tutti gli atti del potere politico, affermando quindi l'esigenza di sottoporre lo Stato amministrativo allo Stato di diritto e, per dirla con il vice presidente del Consiglio di Stato, Édouard Laferrière, inaugurerò anche la fase della storia politica e giuridica « della nozione di fraternità », anche se, più ideologicamente, veniva, magari in maniera più sotterranea, enfatizzata una concezione dello Stato più sopportabile (p. 210) ⁽⁹⁾, fondata sulla difesa degli interessi superiori della Nazione. Però, nello stesso tempo, il diritto amministrativo legittimò anche la forza, la decisione, la funzione « esecutiva » dello Stato o meglio, come sosteneva Maurice Hauriou, l'esclusività da parte del governo del ricorso crescente al potere *réglementaire* (p. 213) ⁽¹⁰⁾, quindi ad atti esecutivi che comportavano disposizioni generali, non più emanazione però di un potere ritenuto « discrezionale ».

L'elezione alla presidenza del repubblicano Raymond Poincaré nel 1913 segnò da una parte, quasi paradossalmente, la crisi dello stesso partito repubblicano, ma dall'altra la nascita di un nuovo ruolo della presidenza della Repubblica: quello di garante di una forma rivitalizzata di unione nazionale, seppure sul piano istituzionale i poteri del presidente rimasero limitati costituzionalmente. Proprio il successo mediatico, si direbbe oggi, dell'elezione presidenziale risultò negli anni precedenti al conflitto bellico il punto terminale di un processo di riabilitazione della carica durato circa un ventennio. La politica « cerimoniale » del neo eletto fu dirompente in termini di esposizione pubblica, di enorme e propagandata organizzazione dei suoi viaggi nel paese, di irrobustimento delle relazioni tra Presidente e società, insieme a un nuovo modo di gestione della struttura organizzativa della Presidenza, che secondo l'a. condusse anche al superamento dell'identificazione della Nazione con il suo regime costituzionale (p. 249), a cui invece aveva lavorato fin dall'origine della Terza Repubblica la « generazione Gambetta ». Quasi incautamente, l'esperienza repubblicana aveva rimesso in sella la forza simbolica del *pouvoir en personne*. L'indirizzo

⁽⁹⁾ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris-Nancy, Berger-Levrault, 1887-88 e anche P. SCHIERA, *La comune storia europea del diritto amministrativo e della sua scienza*, in CASSESE, SCHIERA, VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, cit., p. 74.

⁽¹⁰⁾ A differenza di Léon Duguit che evocava spesso il ritorno ai valori politico-costituzionali repubblicani degli inizi degli anni Settanta, Hauriou ribadì in più occasioni che il potere esecutivo, come potere preminente dello Stato, doveva dotare le sue decisioni di una « volontà reale » (p. 213).

politico di tale attività « cerimoniale » era chiaro: la Presidenza della Repubblica era la sola che poteva agli occhi della società francese garantire stabilità in un contesto che agli inizi del nuovo secolo consumava rapidamente le varie personalità politiche e che si distingueva, in qualche modo, dall'andamento del sistema repubblicano, marcato, e bloccato, invece dall'instabilità delle maggioranze parlamentari e dalle costanti crisi di governabilità ⁽¹¹⁾. Questa situazione risultò lampante con la presidenza dell'« indipendente » Alexandre Millerand, e poi, quasi allo stesso modo, durante la prima presidenza della Quarta Repubblica di Vincent Auriol.

Senza dubbio queste parti del volume di Roussellier sono tra le più interessanti dal punto di vista dell'approccio e metodologico, perché mostrano come « la politica di relazione » riuscì a mantenere vivo il « monopolio della rappresentazione della nazione » da parte della Presidenza.

La *Nation assemblée* — e il parlamento in conflitto permanente — non era riuscita mai a rappresentare la *majesté du peuple*, casomai aveva spesso provocato, e non depotenziato di certo, un evidente antiparlamentarismo che si era diffuso nelle élites, così come nelle classi popolari. Quindi la riduzione, secondo l'orientamento politico repubblicano, dell'Esecutivo a un *pouvoir mécanique* dei governi e della Presidenza della Repubblica, nulla o poco aveva potuto di fronte alla forza dell'impatto mediatico-simbolico dello Stato esercitato dal suo Vertice.

Anzi, nella prima metà de XX secolo la Presidenza si trasformò notevolmente. Si avviò un nuovo modello di funzionamento istituzionale e organizzativo e quindi la piena ripresa del suo potere politico non solo nell'ambito dei suoi limiti costituzionali. Tale sviluppo fu costruito anche attraverso l'accrescimento e l'irrobustimento della struttura organizzativa all'Eliseo che culminò nella divisione tra la *Maison* civile e la *Maison* militare e poi nella configurazione dell'incarico di direttore del Gabinetto della Presidenza, che modellò non poco tutta la struttura di sostegno al vertice dello Stato francese, ma soprattutto ampliò la politica d'azione del vertice dello Stato stesso in tutti i sensi (soprattutto grazie al lavoro di due grandi capi di Gabinetto: Alain Combarieu e Kosczinsko). Come mostra bene l'a., in realtà fu lo sviluppo degli aspetti di comunicazione e di informazione gestiti dalla struttura dell'Eliseo a determinare un cambio di passo, considerando ad esempio che nessuna legge, od obbligo, imponeva al ministro degli esteri di informare il Presidente; l'unico canale di informazione era il Consiglio dei Ministri.

(11) Ricordo comunque che durante il mandato (1913-1920) di Poincaré si alternarono dieci governi, e durante quello del suo predecessore (1906-1913), Armand Fallières, otto, senza tralasciare che ancora nei decenni seguenti, durante la presidenza di Albert Lebrun (1932-1940), furono nominati ben diciassette Presidenti del Consiglio.

Fu poi lo scoppio della prima guerra mondiale ad enfatizzare la crescita del potere d'azione insieme a quello di decisione del Presidente, ma non nelle prime fasi, in quel momento il potere politico subì un deciso sbandamento, tanto che, tra il 1915 e il 1916, si impose rapidamente una sorta di *dictature* militare, che fu rafforzata dalla forte crescita delle funzioni politiche dell'alto comando militare guidato dal generale Joffre. Dopo le devastanti sconfitte militari, il fallimento della strategia degli « sfondamenti decisivi » e l'insopportabile e spaventoso costo umano, già nel '16 il potere civile riprese, però, la *conduite de la guerre*. In realtà, con la fine politica di Joffre, si consolidò — anche grazie agli interventi e le proposte politiche dei vertici dell'esercito — una fase di passaggio che superò quello che l'a. chiama il costituzionalismo militare incardinato sull'autonomia dell'Alto Comando. Tale fase condusse verso un « nuovo costituzionalismo », forse meglio verso una nuova politica costituzionale, che tese ad intrecciare il potere militare con quello civile non tralasciando, ed è questo lo scarto con il periodo precedente, di rafforzare una più efficace catena di comando dall'Esecutivo all'Alto Comando che teneva conto dell'esigenza di una redistribuzione dei poteri. All'interno di questa catena il Governo centralizzò la direzione della guerra attraverso il rapporto del vertice dell'Esecutivo e del Presidente della Repubblica con il *Conseil supérieur de la défense nationale*, posto in grado di configurare gli indirizzi politici e organizzativi della politica bellica.

Il meccanismo istituzionale funzionò e rinforzò la forma collegiale dei processi decisionali (p. 343) ⁽¹²⁾ — soprattutto il raccordo tra Presidente della Repubblica e quello del Consiglio — e si intravide, già durante la formazione del governo Briand nel 1915, nell'istituzione del *Comité de guerre* e poi nella definizione del rapporto politico tra il Capo di Stato maggiore e il Ministero della Guerra. Quest'ultimo prese le redini dell'azione politico-militare istruita dal Capo di Stato maggiore. Ma fu il governo Ribot (e anche quello di Painlevé), che ispirandosi e orientandosi fortemente verso il modello di governo *par organigramme* diede un'impronta significativa per la trasformazione del ruolo del Presidente del Consiglio e quindi del potere esecutivo nel suo insieme. Tale modello, già ben delineato anche sul piano teorico da noti esponenti socialisti come mostra molto bene l'a., forse già ad iniziare da Jaurès, prevedeva che il vertice dell'Esecutivo dovesse dirigere l'azione di governo e non solo quella esclusiva di un settore ministeriale come avveniva spesso, in modo tale che il processo decisionale, anche a livello legislativo, non scaturisse da un solo ministro, ad esclusione degli altri

(12) Utile risulta il confronto con il caso italiano in C. LATINI, « *Parlement et gouvernement sont une seule et même chose* ». *Prorogation des sessions parlementaires et recours aux commissions de contrôle en Italie (1914-1918)*, in « *Parlement[s], Revue d'histoire politique* », 2008/2, 10, pp. 75-91.

dicasteri, come era avvenuto dal varo della Terza Repubblica, ma direttamente dal Presidente del Consiglio.

Quindi, di fronte alla capacità d'azione politica dell'Esecutivo dimostrata durante la fase più drammatica del periodo bellico, il Presidente del Consiglio acquisì sempre di più la forza, la funzione suprema, la missione *directoriale*, diceva Léon Blum ⁽¹³⁾, dell'organizzazione del governo. Infatti, il governo del repubblicano Ribot assorbì e tradusse in indirizzo politico una visione dell'Esecutivo che privilegiava l'organizzazione del *travail gouvernementale* equiparato sul piano teorico — anche dai socialisti che erano stati parte del confronto intellettuale negli ambienti governativi e non solo — a quello di una macchina che doveva rispondere del suo rendimento, in sostanza ad una grande impresa ⁽¹⁴⁾. Così il ruolo del Presidente del Consiglio si trasformò, rafforzandosi (pp. 418-420) e sostenendosi anche attraverso un rapporto diverso, meno accondiscendente, con il Presidente della Repubblica, tanto che Ribot presentò la *refonte du travail gouvernemental* al Consiglio dei Ministri senza consultare il Capo dello Stato e senza porla in approvazione nella riunione di Gabinetto (p. 430).

Di conseguenza, sempre per citare Blum, sarebbe stata proprio l'eccellenza del metodo di lavoro che avrebbe permesso, agli occhi del grande leader socialista, di alimentare la forza del potere che il Presidente del Consiglio doveva utilizzare per indirizzare l'azione politica complessiva. Quindi questo accento sulle priorità dell'organizzazione del *travail gouvernementale* non faceva che rinforzare la carica del Presidente del Consiglio; tale situazione provocò una rottura netta con la tradizione repubblicana e, per molti versi, anche con l'autonomia politica dell'amministrazione.

Verso la fine della guerra, la formazione del governo Clemenceau fu il momento terminale e decisivo della ritrovata superiorità politica e istituzionale del potere civile su quello militare. Cumulando la carica di Presidente del Consiglio e di Ministro della guerra, Clemenceau irrobustì e rese credibile di fronte alla società francese un modello di Esecutivo di guerra repubblicano, implementato da un « super-gabinetto » e rinforzato dall'attribuzione di funzioni paragonabili a quelle di un generale amministratore delle operazioni militari; in questo modo il Premier diventò un'autorità politica reale, il responsabile effettivo, supremo, del « potere di condurre la guerra » (p. 347).

Da un certo punto di vista, rimarca l'a., fu proprio la guerra a far prevalere il potere civile su quello militare, ma soprattutto il principio

⁽¹³⁾ Il riferimento è a L. BLUM, *Lettres sur la Réforme gouvernementale*, Paris, Grasset, 1918.

⁽¹⁴⁾ Molto interessanti, e centrali per comprendere il dibattito teorico intorno alle forme di sviluppo della Presidenza del Consiglio, risultano i riferimenti contenuti nel volume ai lavori di Charles Taylor e Fayol (p. 421 e ss).

della Repubblica parlamentare sull'ipotesi di una trasformazione in Repubblica autoritaria (pp. 329-330), che certo i militari, seppure non tutti, non disdegnavano. In questo senso, fu vinta la sfida rivolta alla classe dirigente repubblicana, fin dal varo della Terza Repubblica, sul pericolo di un possibile intreccio permanente tra potere esecutivo personale e comando militare, come avvertì spesso Louis Blanc.

Esauritosi il periodo bellico si aprì un'ulteriore fase che completò la metamorfosi durante la quale il potere esecutivo assunse anche la « *prise en charge du fait militaire moderne* » (p. 332). Del resto, l'importanza storica della dimensione militare del potere e anche la modernizzazione dell'esercito hanno avuto un impatto significativo, e per alcuni versi decisivo, sull'Esecutivo, ma il modello costituzionale repubblicano messo in crisi dalla guerra e dai militari seppe rispondere e, alla fine, rafforzarsi. Certo, da un altro punto di vista, il potere politico dovette però « militarizzarsi », ci dice l'a., per ritrovare la dimensione del comando, rinunciando all'utopia — non troppo assimilata dalla tradizione liberale repubblicana — di un potere totalmente civile. In queste fasi « il governo del popolo » si era confrontato duramente con l'imperativo della politica « moderna ».

Su un altro versante, anche la Presidenza della Repubblica si era, naturalmente, trasformata. Il Presidente era ormai il direttore generale della *politique gouvernementale* e quindi spesso favorevole al rafforzamento del governo e dell'autorità dell'Esecutivo anche, e naturalmente, in termini di riforma costituzionale ⁽¹⁵⁾. Però, nonostante il ruolo del Capo dello Stato si ampliò sempre più — da Poincaré ad Auriol, passando per Millerand — e riuscì ad estendere il suo potere d'azione all'interno del potere esecutivo, tuttavia, durante tutta la prima metà del Novecento, il Presidente rimase sempre « sulla soglia » (p. 289), al di fuori della decisione, che appartenne strenuamente al Presidente del Consiglio, unico responsabile di fronte al Parlamento.

Queste fasi in realtà sono i prodromi e i primi sviluppi di quella che l'a. definisce la *démocratie exécutive*.

Il forte sviluppo (*montée en puissance*) dello Stato innescò la fase successiva della trasformazione del potere esecutivo e del suo successo finale sulla Repubblica del Parlamento; per quanto l'Esecutivo avesse già attraversato un processo di mutazione perché era diventato un reale modello di organizzazione e di razionalizzazione amministrativa anche nella relazione con il ruolo della Presidenza della Repubblica.

⁽¹⁵⁾ Cfr. le proposte di Millerand nell'ambito del dibattito sui progetti di riforma di Gambetta, di estensione dei poteri locali, dell'introduzione di una sistema regionale, di allargamento del Collegio elettorale del Presidente della Repubblica e del suo potere di scioglimento della Camera dopo eventuali crisi ministeriali (alle pp. 253-254).

L'Esecutivo acquisì la funzione primaria di *Tête de l'État*, di direttore delle grandi amministrazioni moderne, di motore delle politiche pubbliche: cioè dei piani di intervento e delle grandi riforme legati alla messa in opera dello Stato sociale.

Quindi, il modello organizzativo della Presidenza del Consiglio, denominata « Matignon », l'uso sempre più esteso dei decreti legge e delle leggi quadro, la superiorità giuridica e politica dell'azione di governo e la rimessa in discussione e l'indebolimento del ruolo del Parlamento ne costituiscono gli elementi portanti. La *démocratie exécutive* ebbe un successo politico significativo in tutti i settori e si fondò prevalentemente sulla forza del governo, sulla sua stabilità ed efficacia.

La sua affermazione fu data dalla capacità progressiva di superare in generale le contraddizioni politico-istituzionali, che avevano invece infiacchito tutta l'esperienza repubblicana parlamentare.

Secondo Roussellier la *démocratie exécutive* rappresenta una forma di riabilitazione di quel potere personale che i repubblicani (ma anche i socialisti) francesi avevano detestato, in tutti i modi, nel XIX secolo e anche all'inizio del XX, rimanendo strenuamente fedeli ad alcuni orientamenti politici forti, come la collegialità del potere, il « quasi-anonimato » dei governi, la rotazione delle cariche e il « regime di discussioni » che la *Nation Assemblée* poteva sempre garantire e che certo anche in Italia aveva molti estimatori. Così, la *démocratie exécutive* è riuscita a legittimare, anche agli occhi della Sinistra, la necessità di concentrare quasi la totalità dei poteri a vantaggio di un Esecutivo potente e moderno, ed anche a rafforzare la democrazia sociale, attraverso i grandi patti tra patronato e sindacati.

Alla fine degli anni Trenta, in pieno periodo bellico, la riflessione gollista ripensò e superò i caratteri della *démocratie exécutive* ad iniziare dai limiti pervasivi imposti all'azione politico-istituzionale dei presidenti delle Terza Repubblica (e successivamente anche della Quarta Repubblica) e poi massimamente dalle avversità della presidenza Lebrun durante la crisi della primavera del 1940.

Secondo De Gaulle, già nei decenni successivi al primo conflitto bellico mondiale, il potere presidenziale avrebbe dovuto disporre, ormai inevitabilmente, anche di quello *de commandement*. Tali convinzioni si ritrovarono preponderanti durante l'esperienza-laboratorio del movimento *France Libre* nella quale si rafforzò un vero e proprio processo di creazione e innovazione continua in materia di istituzioni e di governo, che forse può essere considerata la più importante esperienza di politica costituzionale del XX secolo in Francia.

Il laboratorio *France Libre* mise in discussione il fondamento tradizionale repubblicano della forma di governo, ripartendo dal dibattito sull'idea di un potere presidenziale « a contenuto militare », legittimato sul piano teorico in quanto autorità politico-militare dotata di una funzione operativa incarnata dalla guida stessa dell'organizzazione, il generale De Gaulle. Secondo questa concezione il generale imperso-

nava l'idea di un potere che conservava pienamente la dimensione politica senza rinunciare, nello stesso tempo, al ruolo di « testa di comando » militare.

In sostanza, mostra bene l'a., il potere esecutivo gollista divenne sul piano teorico-politico il potere di comando *tout court*; anzi, la legittimità dell'Esecutivo era « *présente à travers le fait militaire* » (p. 385). A differenza di Clemenceau e dei suoi predecessori, che avevano l'esigenza di marcare e ravvivare costantemente lo spirito repubblicano, De Gaulle superò questa concezione tradizionale che si limitava al rapporto stretto — durante il periodo bellico degli inizi del secolo incarnato dalla stessa persona — tra Presidente del Consiglio e Ministro della difesa.

Questo dispositivo — per dirla con Foucault — politico-militare gollista, che ridefinì l'essenza del potere politico, diventò parte costitutiva della struttura organizzativa dell'Esecutivo per tutta l'esperienza della *France Libre*.

Agli inizi della Quarta Repubblica le nuove generazioni di repubblicani, e di una porzione non residuale anche della Sinistra, se da una parte non misero in discussione il concetto di centralità del Parlamento, come centralità della sovranità nazionale, da un'altra furono spesso favorevoli al rafforzamento dell'Esecutivo; anche se la trasformazione del potere esecutivo guidato dal Presidente del Consiglio nella forma presidenziale *tout court*, in cui il baricentro si sarebbe spostato sul Presidente della Repubblica eletto dai cittadini, avvenne solo nel 1962, con un referendum, a distanza di quattro anni dal varo della Quinta Repubblica.

Comunque, per i motivi detti finora, quella che l'a. chiama la lenta *remonte* della Presidenza della Repubblica, irrobustita in termini di potere di decisione, si compie sul piano teorico-politico prima dell'affermazione della V Repubblica tra gli anni Quaranta e Sessanta in parallelo anche con la metamorfosi del potere militare rimesso al centro della sfera governamentale, e con una ormai lunga riflessione politico-costituzionale repubblicana e socialista che non aveva mai smesso di confrontarsi e aveva trovato, diciamo così, la sua sintesi nella *démocratie exécutive*.

Dagli anni Cinquanta la trasformazione dell'Esecutivo lascia il terreno sgombro all'avvento del gollismo che rappresenta l'ultima tappa della metamorfosi che, non solo sostiene il varo della nuova costituzione, ma soprattutto compie il passaggio definitivo da una Repubblica del Parlamento ad una Repubblica del Presidente, imponendo un nuovo modello procedurale delle decisioni e intrecciando sempre di più lo Stato amministrativo al potere politico.

L'Esecutivo diventò non solo lo « Stato maggiore » politico di uno Stato amministrativo rinnovato e posto in grado di dirigere le politiche pubbliche (p. 562), ma anche un potere determinante nella misura in cui si trovò « indipendente » di fronte al Parlamento e quindi

nello stesso tempo, non più estensione della sovranità del Parlamento, ma legittimo perché necessario.

Nel nuovo sistema fondato sull'asse Presidente-Capo del governo-eletto dal popolo, che presidia e diventa garante e arbitro, il Presidente del Consiglio acquistò il ruolo, inevitabile nella logica gollista, di dirigente centrale della macchina politico-amministrativa nel rapporto con il Parlamento.

Ma sono la stabilità, o meglio lo « Stato forte della democrazia »⁽¹⁶⁾ per rispondere alla « crisi d'autorità », e l'indipendenza dal Legislativo dell'Esecutivo le vere ossessioni di De Gaulle, insieme naturalmente alla concentrazione dei poteri, allo scopo di superare quelli che gli sembravano i grandi problemi dei governi repubblicani tradizionali.

Queste convinzioni, che si trasferirono nella Costituzione, rimisero al centro la questione del potere personale e portarono direttamente all'affermazione dell'autorità politica dell'Esecutivo unica possibilità per salvaguardare gli interessi supremi dello Stato e della Nazione.

Quindi, l'Esecutivo non fu pensato come quel potere sempre alla ricerca di un compromesso con il Legislativo e questo determinò anche una nuova visione del Presidente della Repubblica eletto dai cittadini: non un esecutore della volontà del popolo attraverso un programma magari di partito, ma il rappresentante, in quanto eletto, dei principi della Nazione e non dei partiti che erano, e sono, i rappresentati in Parlamento di interessi politici settoriali.

Per questo motivo la Quinta Repubblica « inventò » il *fait majoritaire*, cioè la maggioranza coerente. Anche se il Parlamento veniva depotenziato sul piano costituzionale — però ancora detentore del potere legislativo — era necessario che si rafforzasse un « partito del presidente », senza delegittimare il sistema dei partiti, che sostenesse il governo e che rispondesse ad un'unica strategia: quella della conquista del governo. In questo modo tale partito o maggioranza avrebbe ridotto l'azione dell'opposizione e frantumato quella tradizione, molto diffusa a sinistra e tipicamente repubblicana, che percepiva la funzione dei partiti come cuscinetto tra le istituzioni e la società, « educatori del popolo », e che trovavano nel Parlamento il vero terreno di confronto.

Il Parlamento che votava le leggi ed era l'espressione del sistema dei partiti venne ridotto nelle sue funzioni, ormai secolari; non programmava ed elaborava la « volontà pubblica » (e neppure la Costituzione), mentre da un altro punto di vista tornava a crescere il ruolo politico, e non solo tecnico, dell'Amministrazione centrale. In sostanza, era lo Stato, con il suo Capo-Presidente e la sua Amministrazione che

⁽¹⁶⁾ Interessanti a riguardo le osservazioni di P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015, p. 142 e ss.

si mettevano al servizio della volontà nazionale e non del Parlamento (p. 610).

Anche se il Parlamento resta, in ogni caso, il luogo indispensabile dove si deliberano e si votano le leggi e spesso vengono anche configurate attraverso confronti e dibattiti nelle commissioni, l'a., con una certa forzatura, sostiene che l'Assemblea nazionale non è più partecipe della sovranità politica (ora più di prima) e quindi non esprime più la volontà nazionale, perché non è più il luogo della decisione.

Sul piano storico, il caso poi dello scoppio della questione algerina mostrò come proprio la *force de gouverner* di De Gaulle, imponendosi su un parlamento posto in una situazione di stallo, riuscì a scongiurare una grave crisi politica.

Certo, poi una grande questione rimane aperta: le modalità di controllo degli abusi di un potere esecutivo così forte⁽¹⁷⁾ in un paese in cui tradizionalmente l'ordinamento costituzionale è caratterizzato dall'assenza di garanzie giurisdizionali, mentre invece nella Quinta Repubblica è ben affermata la possibilità della dichiarazione dello Stato d'emergenza, con tutto quello che comporta. L'estrema riduzione della capacità parlamentare di controllo sarebbe superata dalla garanzia, sostiene l'a., dello « sviluppo di forme di controllo di costituzionalità delle leggi » (p. 615), che portano spesso l'intervento del *Conseil Constitutionnel* (allorquando bloccasse una legge dichiarata incostituzionale) ad essere considerato un'azione avversa al governo e non al Parlamento, che è in realtà l'autore della legge dal punto di vista formale.

Comunque, se il ridimensionamento del Parlamento — anzi l'assorbimento del Legislativo da parte dell'Esecutivo — è il prezzo in un certo senso da pagare, e che quindi porta ad inibire il compito di discussione, di confronto, di controllo ed elaborazione legislativa, delle Camere e a massimizzare il ruolo di indirizzo del governo, la *démocratie exécutive* gollista ha trovato però una compensazione che ha riscosso un grande consenso: la Repubblica è stata dotata di una governabilità capace di condurre grandi riforme di modernizzazione del paese e di guidare l'economia nazionale nel solco del progresso sociale, questo sembra dirci l'a.

Tuttavia, il trionfo della *démocratie exécutive* gollista non è totale e definitivo, tanto che è stato messo in discussione negli anni novanta e agli inizi del nuovo secolo in termini di deficit di democrazia e di efficacia; inoltre l'a. si spinge a sostenere che il Presidente della Repubblica francese eletto dai cittadini è libero di agire « non sempre in

(17) Su questo non si può che rinviare sia a P. ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008 sia a Id., *Le bon gouvernement*, cit.

accordo con l'idea della democrazia » (siamo anche in un periodo di Stato di emergenza).

Ora però, in un quadro così delineato, la politica costituzionale dovrebbe essere ripensata all'interno di un contesto multinazionale, in cui i trasferimenti della sovranità operati in favore dell'Unione Europea hanno deteriorato progressivamente l'idea delle politiche pubbliche (soprattutto economiche) pensate e realizzate spesso a livello nazionale, frutto di una decisione unilaterale e di un governo che beneficia di una piena indipendenza.

Però se questa fase porta ormai da tempo alla lunga crisi dei caratteri portanti dello Stato nazionale e quindi anche della *démocratie exécutive*, da un altro punto di vista come è possibile confrontarsi con il concetto di « Repubblica » che è ancora vivo?

LEONIDA TEDOLDI

FRANÇOIS OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 570.

Fornire una prima lettura dell'ultimo lavoro di François Ost, filosofo del diritto che non ha bisogno di essere presentato al pubblico italiano, è un'impresa ardua.

Ardua perché la domanda che figura nel titolo, semplice e complessa come tutte le domande fondamentali, costringe l'Autore — e con lui il lettore — a intraprendere un lungo percorso irto di difficoltà ⁽¹⁾, che lo conduce a perlustrare una gran quantità di sentieri, spesso intrecciati, e a imbattersi in diverse tematiche che aprono vasti orizzonti problematici. Lo assistono nella difficile impresa il viatico di quarant'anni di ricerca (come attesta la quarta di copertina) e lo sguardo reso penetrante grazie a un solido osservatorio interdisciplinare. Accompagnato da una scrittura sempre chiara ed elegante, che riesce ad alleggerire la lettura di un testo impegnativo — a cominciare dal numero di pagine — il lettore è introdotto, passo dopo passo, in un

(1) Oltre alle trappole opposte del « funzionalismo » e dell'« essenzialismo », l'Autore evidenzia quattro difficoltà principali: l'apparente semplicità del tema e l'abbondanza delle risposte che si presentano alla mente quando si pone la questione « a cosa serve il diritto? »; la difficoltà di individuare le funzioni *davvero* specifiche al diritto; la necessità di precisare in ogni momento se l'approccio ai vari temi è descrittivo o prescrittivo unita alla problematicità stessa di tale distinzione; la scelta tra un'analisi decontestualizzata, più normativa e speculativa, e una legata, invece, a particolari vicende culturali e storiche.

paesaggio ricchissimo, un'autentica miniera di informazioni, di riflessioni, di citazioni, di spunti. A ogni ascesa su vette teoriche, facendo leva su una quantità davvero notevole di fonti che cita, illustra, discute, critica, corrisponde sempre un'opportuna discesa nella concretezza dell'esperienza, che è restituita attraverso il rinvio alle molteplici forme che assume la pratica giuridica, vivificata dagli usi — e dagli abusi — dei suoi utenti e colta nel suo rapporto con le altre normatività concorrenti (agli « usi » del diritto, in una prospettiva sociologica, è particolarmente dedicata la prima parte dell'opera). Con la stessa agilità si è trasportati dal passato più remoto (Atene e Roma) al presente più incandescente, dove le linee che un tempo erano nitide e ben distinte si rivelano sfocate e ingarbugliate. Il rischio di perdersi lungo il cammino — vuoi per la fatica di tenere il passo dell'Autore, vuoi perché si giunge in uno dei tanti incroci che si susseguono durante il viaggio, vuoi perché si è attratti da scorci o digressioni suadenti — è sempre in agguato. La mano sicura dell'Autore riesce sempre, però, a ricondurre il lettore provveduto sulla via principale, invitandolo spesso a riprender fiato nelle radure della letteratura e del mito, i cui numerosi riferimenti non si limitano a svolgere una funzione ornamentale, ma assumono un ruolo importante nell'economia del lavoro, aiutando il lettore ad afferrare meglio un concetto, a renderlo plastico e più vivido. Avendolo noi stessi sperimentato in qualche occasione, non facciamo fatica a credere all'Autore quando sostiene che molto spesso non è stata la riflessione teorica a rievocare certi luoghi letterari, ma l'opera letteraria stessa ad averlo messo « sulla via della cosa da pensare » (p. 13).

1. Fin dai primi passi, l'Autore ci introduce nel vivo della questione, chiedendosi quale senso abbia, oggi, porsi una domanda così elementare e ricorrente nella storia del pensiero giuridico: a cosa serve il diritto? La domanda, in effetti, è antica quanto il diritto e, pur non essendo numerosi i lavori espressamente dedicati alla questione — lavori che vengono puntualmente richiamati e discussi — molte sono state le risposte e le più varie. Tutto vero, ma, secondo Ost, l'attuale momento storico — segnato da profonde trasformazioni e agitato da grandi incertezze — renderebbe quella domanda particolarmente significativa, addirittura « urgente » (p. 5): per la prima volta, infatti, ci rappresentiamo la possibilità di una « società post-giuridica — una società senza diritto. Una società nella quale il diritto si sarebbe dissolto in un oceano di normatività indistinta » (p. 1). In altre parole, in una realtà caotica come la nostra, in cui pare esserci posto per « tutto e il contrario di tutto » (p. 2) e che si sottrae perciò a qualsiasi modello esplicativo (l'Autore fornisce alcuni esempi di queste logiche contraddittorie che sembrano far naufragare ogni tentativo di ricostruzione teorica), non sarebbe « incongruo formulare l'ipotesi dell'evaporazione del diritto: *etsi ius non daretur* » (p. 1). Strizzando l'occhio al giurista

olandese che nel 1625 azzarda « l'ipotesi sacrilega », la domanda del titolo risuona ancora più perentoria e radicale: « Che cosa capiterebbe se le nostre società si trovassero improvvisamente (o gradualmente) a dover funzionare senza diritto? » (p. 5). « Abbiamo sempre avuto bisogno del diritto? Abbiamo ancora bisogno del diritto? » (p. 3).

Come qualche lettore sicuramente ricorderà, una domanda simile è stata posta qualche anno fa nella solenne Sala dei Mappamondi dell'Accademia delle Scienze di Torino. Veniva dalla bocca di un filosofo, Pietro Rossi, che si chiedeva — e chiedeva a sei importanti giuristi lì convocati a discuterne — « se ci stiamo incamminando verso la fine del diritto, di questa 'macchina' che ha accompagnato in Europa, per quasi un millennio, l'espansione del mercato e i rapporti economici, dando e offrendo sostegno allo Stato e alla sua amministrazione ». La risposta, del resto già prefigurata dallo stesso Pietro Rossi nella sua premessa, è stata concordemente negativa: « No, non siamo alla vigilia della fine del diritto; quella che sta tramontando è una certa forma di diritto, e insieme ad essa la sua immagine tradizionale, l'immagine del diritto moderno come diritto 'razionale' che Weber ha formulato in forma tipico-ideale » (2).

A una conclusione non diversa sembra giungere lo stesso Ost quando, un po' più avanti nel libro, riflettendo sulla diagnosi relativa alla 'crisi' del diritto, osserva che « una certa idea del diritto è sicuramente in crisi, quella di un diritto sovrano in grado di dare il ritmo alla marcia della società intera. Lungi dal significare la sua cancellazione, però, tale constatazione suggerisce piuttosto l'idea della trasformazione del posto e del ruolo del diritto nel più ampio concerto sociale » (p. 112).

In crisi, o prossimo alla fine, non sarebbe dunque il diritto in sé che, come ci avverte Paolo Grossi, « quale dimensione ontica d'una società » non può finire, ma « l'artificioso tentativo di semplificazione e costrizione a cui il diritto era stato sottoposto negli ordinamenti moderni a regime rigidamente codificato » (3).

2. Scartata dunque l'ipotesi nichilistica — che della modernità giuridica non è la negazione, ma l'ultimo approdo (4) — resta tutto l'interesse, accresciuto dall'attuale fase di « scienza straordinaria » (Th. Kuhn), per la domanda iniziale: a cosa serve il diritto? Qual è « il suo

(2) *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, il Mulino, 2009, p. 9 e 93 (le citazioni sono tratte, rispettivamente, dalla Premessa e dalla Postfazione).

(3) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 276.

(4) Sul punto ci permettiamo di rinviare a M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

contributo specifico alle relazioni sociali, il plusvalore che conferisce alla *governance*? » (p. 5). Che cosa capita « quando due individui o un gruppo intero decidono di ‘passare al diritto’? » (p. 6).

Prima di avventurarsi lungo i tanti sentieri dell’indagine, Ost mette a fuoco tre punti importanti, due dei quali meritano qui di essere ripresi e discussi. La prima annotazione riguarda la perdita della posizione centrale che il diritto avrebbe posseduto durante l’epoca moderna nell’ambito di quello che il Nostro chiama « grand tout culturel » (p. 6). Perduta quella centralità a beneficio del mercato e delle tecnologie su cui poggia, occorrerebbe chiedersi in che modo « il diritto conservi l’essenziale della sua specificità, dal momento che, messo ai margini, gravita intorno a una logica che gli è estranea e lo determina più o meno profondamente » (p. 6).

Queste parole ci riportano a quanto detto poco fa circa la presunta fine del diritto e ci spingono a formulare la seguente domanda: è davvero il diritto in quanto tale ad aver perso la centralità che avrebbe avuto un tempo — e, più precisamente, durante la modernità — o non è piuttosto un certo modo di essere del diritto che è diventato o sta diventando marginale? Se è vero, per dirla con Gino Gorla, che « l’eroe culturale » moderno, il mitico legislatore onnipotente e onnisciente, buono e razionale, non occupa più da tempo il centro della scena, non possiamo non registrare il fatto che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, sono tornati sul proscenio del diritto — e, negli ultimi anni, con un ruolo protagonista — gli antichi « signori del diritto » che la modernità aveva ostracizzato: i giuristi, teorici e pratici. Parallelamente a questo rimescolamento dei ruoli, si è verificata una profonda ristrutturazione dei luoghi del diritto: se da una parte si assiste alla crescente marginalità dei parlamenti, dall’altra si deve prendere atto che la vecchia « *iurisdictio* », sterilizzata dall’« assolutismo giuridico moderno » (P. Grossi), ha progressivamente e inesorabilmente riguadagnato il terreno perduto, svolgendo un ruolo di primissimo piano nella costruzione del nuovo ordine giuridico, e ciò sia nelle sue diverse sedi pubbliche (nazionali, sovranazioni, internazionali) sia in quelle private, i cui attori — arbitri e « mercanti del diritto » ⁽⁵⁾ — dominano gli spazi « sconfinati » ⁽⁶⁾ della globalizzazione giuridica.

Da questa prospettiva, si potrebbe addirittura sostenere che il diritto, lungi dal perdere terreno, ha finito per conquistare spazi e rilevanza che fino a non molti anni fa erano impensabili. Ciò vale, innanzitutto, nei riguardi della sfera della politica e non senza suscitare fondate preoccupazioni: per effetto dell’attuale esplosione dei diritti, tipica dell’ipertrofia individualistica delle società contemporanee —

⁽⁵⁾ Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto* (1992), Milano, Giuffrè, 1997.

⁽⁶⁾ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

fenomeno che lo stesso Ost mette chiaramente in luce — l'azione giudiziaria tende ad avere il sopravvento sull'azione politica, e così la figura della vittima su quella del cittadino, con evidenti ripercussioni negative sulla tenuta del legame sociale. Più che il diritto — che mostra ancora una volta di possedere straordinarie capacità di adattamento ai diversi contesti sociali e culturali — è la politica ad essere stata detronizzata dal mercato e dalla sua logica privatistica.

Come si vede, il giudizio sulla centralità o meno del diritto nella società dipende, ancora una volta, da cosa s'intende per diritto.

3. Ciò vale anche per l'altra annotazione che Ost avverte il bisogno di esplicitare fin da subito e che ritornerà più volte nel prosieguo, trattandosi di un presupposto teorico fondamentale di tutta l'indagine. Facendo propria — seppur con arricchimenti e precisazioni — la teoria della « doppia istituzionalizzazione » formulata da Bohannan nel 1965, il diritto è inteso come un'istituzione di secondo livello che agisce su relazioni sociali elementari già istituite di tipo familiare, religioso, commerciale, politico. L'ipotesi di partenza è che « l'uomo in società sviluppa un certo numero di bisogni, ma anche di capacità, che sfociano su un piccolo numero di dispositivi primari (discorsi, pratiche, istituzioni, professioni, realizzazioni, principi di giudizio ecc.) », organizzati in macrodiscorsi quali la religione, l'etica, la politica, la scienza, l'economia, la letteratura e le arti, la tecnica. Il macrodiscorso giuridico interverrebbe solo in seconda battuta, « riformulando normatività precedenti » e ciò perché « i bisogni e le capacità giuridiche [...] non sono primari » (p. 104-105). In altre parole, il legame sociale, che non è mai « naturalmente e originariamente giuridico », lo diventa, « eventualmente, in un secondo momento quando si afferma un bisogno di sicurezza, di pubblicità o di permanenza » (p. 47). In coerenza con le premesse, si fa propria l'idea che « sono esistite, e che esistono ancora, delle società senza diritto (non senza regole, ma senza diritto) » (p. 6).

Ancora una volta, e ora in modo esplicito, torna la questione — ineludibile in un'indagine di questo tipo — di cosa debba intendersi per diritto. A questo proposito, Ost, se rifiuta decisamente la tesi riduzionistica che avvinghia il diritto allo Stato (il processo della « doppia istituzionalizzazione », precisa a p. 166, coinvolge anche ordinamenti giuridici non statali, come quelli sportivi e religiosi), non si spinge fino a collocarlo « nella spontaneità del sociale » (7). Dalla tesi della doppia istituzionalizzazione e, in modo ancora più esplicito, dall'affermazione che possano esistere società senza diritto, filtra una concezione del diritto che lo vincola in qualche modo al potere (a una qualche autorità già istituita) o ad un sapere istituzionalizzato (l'esistenza di una scienza

(7) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 24.

giuridica, come l'esempio storico della nascita del diritto romano sembra alludere).

Una chiara testimonianza di ciò si ha in una pagina in cui illustra la teoria della « doppia istituzionalizzazione » (p. 138). Nelle « società senza Stato », osserva richiamando Bohannan, spetta alle consuetudini condivise (tradizioni e usi), che si fondano sulla reciprocità, assicurare la sopravvivenza e il funzionamento della società. In questa prima fase, le consuetudini non hanno bisogno di essere formalizzate. Il contenuto che si origina non è oggetto di vere e proprie « decisioni », ma di compromessi che non sono « eseguiti » ma « accettati » perché i protagonisti condividono una medesima cultura. Ora, e questo è il punto, quando si verifica il « passaggio al diritto, le consuetudini vengono riformulate in modo esplicito e più preciso, all'iniziativa di agenti specializzati e in un contesto ben identificabile in ragione di una procedura ormai rispettata ». Anche in un passo precedente (p. 47), dove si rappresenta la scena di un ritorno della società a una fase pregiuridica, il nesso tra diritto e autorità è esplicito. Con la rinuncia al diritto si avrebbero vantaggi e svantaggi. Quanto ai primi, il traffico commerciale ritroverebbe piena libertà di manovra grazie all'assenza di « autorità ufficiali » cui rendere conto; allo stesso modo, nel contesto della famiglia, lo strumento della mediazione avrebbe il pregio di evitare il formalismo e tutte le conseguenze connesse all'impiego dello strumentario giuridico. La rinuncia al diritto significa però anche « privarsi delle garanzie giuridiche, sostanziali e procedurali, esponendosi alla legge del più forte ».

Questi esempi, non solo ci pare che corroborino la nostra ipotesi di lettura, ma legittimano altresì la sensazione che lo Stato, cacciato dalla porta, rientri, in modo inconsapevole, dalla finestra. Ad avvalorare questa sensazione interviene il riferimento alla narrazione giusnaturalistica dello stato di natura e del contratto sociale, presentata come una versione, *ante litteram*, della teoria della doppia istituzionalizzazione. Anche qui, nota Ost, vi è una condizione originaria priva di diritto, ma non di regole, le quali, in assenza di autorità, risultano incerte e impotenti. L'avvento della società civile rimedierebbe a questa mancanza, « raddoppiando, precisando e garantendo le regole consuetudinarie che si affermano nello stato di natura » (p. 143).

Senonché tale narrazione non è solo il mito fondatore della modernità giuridica, ma anche — e questo è il punto — la fonte, potentissima, di legittimazione dello Stato che, in quanto prodotto di un calcolo razionale, viene presentato come un ente di ragione. In altre parole, con la teoria del contratto sociale, il giurista moderno non ha tanto di mira il passaggio *al* diritto, ma ad *un certo tipo di diritto*, quello che spazza via il vecchio ordine giuridico — fondato su assetti di potere e su presupposti antropologici e culturali non più attuali — per fare spazio all'artificio statale, il nuovo protagonista, con vocazione totalizzante, dell'universo giuridico moderno. A ben vedere, si potrebbe

soggiungere che lo stesso interrogativo iniziale, « *etsi ius non daretur* » — significativamente mutuato da Grozio, considerato fin da Pufendorf il capostipite della moderna scuola del diritto naturale —, è un interrogativo moderno: a un giurista formatosi nell'ambito della tradizione aristotelica, che procede indiscussa fino alla rottura epistemologica moderna, una domanda di quel tipo non sarebbe neppure venuta in mente. Segno evidente dell'effetto condizionante (« performativo ») dei paradigmi teorici, anche nella fase del loro tramonto. Un paradigma, come ci dice Kuhn, fornisce « *per un certo periodo* [...] un modello di soluzioni e di *problemi* accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca » (8). Si potrebbe quindi dire che il problema di una società senza diritto è un *problema moderno*.

4. In una diversa prospettiva paradigmatica, che è quella della cultura giuridica antica e medievale, compendiata dal brocardo « *ubi societas ibi ius* », e che giuristi contemporanei come Paolo Grossi hanno recuperato per superare i tanti riduzionismi moderni, il diritto è pensato diversamente. Come il linguaggio, risponde a *bisogni sociali primari*, è strumento che ordina la dimensione sociale del soggetto: « il linguaggio permettendo una efficiente comunicazione, il diritto permettendo una pacifica convivenza. È, infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell'infante, si giunga al discorso compiuto degli adulti. È ordinamento del sociale che si disciplini la mia convivenza col vicino o i miei accordi con altri uomini di affari » (9).

La comparazione con il linguaggio — proposta all'inizio dell'Ottocento dalla Scuola Storica — si rivela ancora più feconda se ci s'interroga sulla qualità dell'osservanza. Essa si atteggia allo stesso modo sia per l'utente di una regola linguistica sia per l'utente di una regola giuridica. È, infatti, ci dice ancora Grossi, « una osservanza dove la componente dell'accoglimento ha il sopravvento sull'obbedienza. Chi parla in un certo modo idoneo e corretto, non lo fa per obbedire a una regola ma per la convinzione di instaurare in tal guisa un efficace rapporto comunicativo con i suoi simili. È lo stesso identico atteggiamento dei membri della fila, che osservano non per obbedienza ma perché convinti del valore insito nella proposta organizzativa, e si auto-ordinano » (10). Come emerge dall'esempio paradossale della fila — che lo stesso Grossi riconosce essere fuorviante, perché la fila appartiene all'effimero mentre il diritto è realtà di radici che vive nella durata — il diritto non ha bisogno di un'autorità o di una regola

(8) TH.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962; 1970²), Torino, Einaudi, 1999, p. 10 (la sottolineatura è nostra).

(9) GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 27.

(10) Ivi, pp. 27-28.

imperativa (questo accade quando si inserisce in un apparato di potere, come lo Stato, « dove la dimensione *stricto sensu* politica ha il sopravvento su quella sociale »), non ne ha bisogno perché il diritto « risiede in quel mondo oggettivo di posizioni relazioni coordinazioni stretto in sé da un valore. Il diritto nasce prima della regola, il diritto è già nella società auto-ordinantesi » (11).

È evidente come da questa diversa prospettiva culturale, che recupera l'intima socialità del diritto, non si possa condividere la teoria della doppia istituzionalizzazione, l'idea che il diritto « è sempre una formazione di secondo livello, che procede generalmente da un movimento progressivo di autonomizzazione rispetto alla religione » (p. 106). Se il diritto è concepito come *organizzazione* (o, meglio, *auto-organizzazione*) della società e *osservanza* spontanea delle regole organizzative — spontanea perché si è persuasi del *valore* su cui quell'ordine riposa — se il diritto è « la trama stessa della società, quasi una rete che la sorregge impedendone lo sfascio, che proviene dal suo stesso seno » (12), non è *il* diritto che, in un secondo momento dello sviluppo sociale, si autonomizza dalla religione, riformulando normatività che gli preesistono, ma, com'è avvenuto precocemente a Roma, *un certo tipo di diritto*, un diritto *laicizzato*, custodito e plasmato da una *scienza giuridica* che, ad un certo punto, si fa ceto autonomo rispetto al collegio sacerdotale dei pontefici. Ad essi — « i sapienti della comunità [...] depositari di funzioni essenziali per la vita collettiva » (13) — era affidata, come in tutte le società antiche fondate sul legame religioso, la fondamentale *funzione culturale* della produzione del « terzo », qualcosa, come osserva Gustavo Zagrebelsky, « che sta al di sopra di *ogni uno* e di *ogni altro* », ciò che consente una « triangolazione: tutti e ciascuno si riconoscono in un punto che li sovrasta e, da questo riconoscimento, discende il senso di un'appartenenza e di un'esistenza che va al di là della semplice vita biologica individuale e dei rapporti solo interindividuali ». In altre parole, « ai sacerdoti spettava formare, alimentare, proteggere quelle credenze che confluivano nella fede (verticale) che creava il legame di comune appartenenza (orizzontale) alla medesima compagine sociale » (14).

Come per il linguaggio, per la nascita del diritto non occorrono, dunque, né un'autorità costituita né un sapere autonomo istituzionalizzato, che pure rappresentano fattori fondamentali per un pieno sviluppo dell'ordine giuridico. Il riorientamento gestaltico, che in questo

(11) Ivi, p. 25 e 24.

(12) Ivi, p. 18.

(13) A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 61.

(14) G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, Einaudi, 2014, p. 6 e 9.

modo si produce, ricolloca il diritto che così riguadagna lo status di istituzione primaria, al centro di quello che Ost chiama « *grand tout culturel* », posizione che la modernità giuridica, avendo finito per spingere il diritto nelle braccia del potere, gli aveva sottratto tradendo le sue stesse promesse di emancipazione.

5. L'accesso al «terzo» e, quindi, alla funzione simbolica di costruzione del legame sociale tramite il riferimento a qualcosa di comune che sovrasta i singoli individui, ci porta al cuore del libro e, finalmente, alla risposta alla domanda iniziale: a cosa serve il diritto? Qual è il plusvalore che apporta alle relazioni interindividuali?

In estrema sintesi, per Ost, che, come sappiamo, si muove sempre all'interno della teoria della doppia istituzionalizzazione, l'apporto specifico del diritto consiste in uno « scarto », in una « distanza », anche leggera, « tra il legame ordinario, praticato e vissuto dai suoi protagonisti, e la nuova scena di riferimento, il piano della giustizia e del diritto in cui si iscrive ormai la comune misura che regola il rapporto » (p. 41). La funzione fondamentale del diritto, che ne rivela la forza performativa (p. 191 e ss.), consisterebbe, pertanto, nella creazione di una propria scena in cui la relazione umana si « spersonalizza » e « tutto si formalizza: non più accomodamenti, ma procedure, non più favori, ma diritti, non più minacce, ma sanzioni » (p. 43). Da quel momento in poi tutti sono suscettibili di essere chiamati a render conto delle proprie azioni davanti a un giudice terzo. Insomma, come afferma al termine del libro, quando due persone o un gruppo decidono di « passare al diritto », poche cose cambiano, eppure « niente è più come prima. Un carattere invisibile si deposita su qualsiasi relazione sociale, che sia affettiva, commerciale, professionale o politica: essa si iscrive ormai in una 'scena terza', se non indisponibile almeno protetta dalle manipolazioni più dirette, e ciò perché è leggermente distanziata e impersonale [...]. Un leggero scarto, un infimo distanziamento, che rende possibile il riferimento a una 'comune misura' — quella che spetta a esseri umani 'degni' di rispetto. Poca cosa, insomma; eppure... » (p. 559).

Va aggiunto, per completezza, che, secondo Ost, il diritto, in virtù di questa sua funzione di « produzione del terzo », contribuisce a realizzare l'ultima, e più importante, delle tre principali « finalità estrinseche », quelle, cioè, che non sarebbero specifiche al diritto (giustizia, democrazia e istituzione dell'umano). A questo proposito, un'intera e particolarmente interessante sezione del libro (« Interlude. Quel homme pour quel droit? »), è dedicata alla questione dell'« institution de l'humain » che il Nostro affronta con grande maestria, rievocando il mito platonico dell'androgino e quello di Narciso e della ninfa Eco, e avvalendosi dell'aiuto di Paul Ricœur (facendo leva, soprattutto, sull'« *herméneutique du soi* », sviluppata in *Soi-même comme un autre*). La costituzione del soggetto tramite la mediazione dell'altro, pensato

non solo come « tu », ma come « qualsiasi altro », come « terzo », assicura al soggetto identità e autonomia, preservandolo « dal fantasma di essere tutto (e soprattutto l'autore della legge) » e proteggendolo così « dalla follia e dalla violenza ». Gli vengono così forniti gli strumenti per « attivare, come essere libero, il legame sociale che lo costituisce » (p. 97). In questo modo, alla « monade originaria » si sostituisce il soggetto socializzato e responsabile agli occhi del quale la « legge » non appare più come un'insopportabile violenza o una meccanica necessità, ma come un limite liberamente assunto, suscettibile di garantire sia me stesso sia l'altro. A questa costituzione del soggetto il diritto fornirebbe un duplice contributo: da una parte, e in modo più visibile, allestendo un apparato istituzionale e istituendo, prima di tutto, la figura del giudice che rappresenta il « terzo » tra le parti; dall'altra, in modo più indiretto ma più profondo, invitando a trattare ciascuno, per quanto prossimo sia, come un *socius* anonimo; in questo si nota una differenza significativa sia rispetto al linguaggio etico dell'amicizia e dell'amore sia rispetto alla logica politica che oppone l'amico al nemico (p. 271-272).

Alla luce di quanto osservato in precedenza, si potrebbe sostenere che la funzione che Ost attribuisce al diritto, l'iscrizione del rapporto sociale in una scena terza, non appartiene al diritto in quanto istituzione di secondo livello che riformula normatività già in essere ma in quanto agenzia (primaria) che, insieme con altre (*in primis*, la religione, la politica e la letteratura), svolge una « funzione culturale »; funzione che consiste proprio, come si è visto, nella istituzione del « terzo » — Dio, un valore, una visione della vita, una missione, la legge — che consente agli individui di superare « i rapporti bilaterali concreti », la dimensione immediata della reciprocità, e di riconoscersi in qualcosa di comune, dando origine, in tal modo, al legame sociale ⁽¹⁵⁾.

6. Certo, ciò non toglie che il diritto contribuisca a suo modo — un modo specialissimo e, negli stadi avanzati, particolarmente raffinato — alla costruzione di questa scena terza. La seconda parte del libro — che, per la complessità e la quantità relevantissima delle questioni trattate, non può essere restituita neppure per sommi capi — è proprio dedicata all'illustrazione del modo specifico tramite il quale il diritto svolge quella funzione fondamentale. Ci limitiamo qui a ricordare che Ost, avvalendosi del paradigma del « gioco », già utilizzato in lavori precedenti, mette in luce sei funzioni, due primarie e quattro secondarie, che poi riassume in due macrofunzioni: « *tissage* » e « *bornage* », a loro volta compendiabili nella funzione della « misura »: « il diritto tesse legami e fissa limiti; così facendo è misura del sociale » (p. 241).

(15) Ivi, p. 5 e ss.

Infine, la terza e ultima parte, anch'essa molto articolata e ricchissima di dati, di spunti e di rimandi, affronta il tema, risolutamente prescrittivo, delle « finalità intrinseche ». Esse sono definite come quelle finalità che si attribuiscono al diritto « se e soltanto se si subordinano le funzioni del diritto alla promozione della democrazia, alla ricerca della giustizia e all'obiettivo di contribuire alla costituzione dell'umano », ossia al raggiungimento delle tre « finalità estrinseche » cui già si è fatto cenno e che Ost considera « le più eminenti » (p. 8). Non ci stupiamo se anche queste sono in numero di tre: (1) definire un equilibrio sociale generale a vocazione operativa, (2) suscettibile di essere imposto con una coazione regolata, generatrice di fiducia e, ciononostante, (3) suscettibile di essere rimesso in questione secondo procedure determinate. « Équilibre », « contrainte », « remise en cause »: tre modi che non sono, presi singolarmente, specifici al diritto, ma la cui interazione, su cui Ost insiste particolarmente, rappresenta la cifra autentica di un diritto che intenda mettersi al servizio di quelle tre finalità eminenti.

7. Al termine del suo ponderoso lavoro, quasi la summa della sua riflessione sul diritto, Ost non trattiene un moto di insoddisfazione; si insinua la sensazione, cioè, che, « malgrado la sua lunghezza, l'opera resti largamente incompiuta. Molti aspetti del diritto restano nell'ombra, molte piste evocate richiederebbero di essere approfondite » (p. 557).

Anche noi, giunti al termine di questa, non breve, lettura, dobbiamo riconoscere, non senza dolercene, di aver restituito al lettore solo una piccola parte del libro che non rende giustizia alla vastità dei temi, ai loro nessi e alla profondità con cui sono affrontati. Occorrevano molte più conoscenze di quelle possedute da chi scrive e, prima ancora, più *tempo*. È questo, infatti, uno di quei libri per la cui « leggibilità », come osserva Nietzsche nella prefazione alla *Genealogia della morale*, « occorre ancora del tempo — una cosa per cui si deve essere quasi vacche e in ogni caso *non* 'uomini moderni': *il ruminare...* »⁽¹⁶⁾.

MASSIMO VOGLIOTTI

(16) F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale* (1887), Milano, Adelphi, 1984, p.

FASCISMO E DIRITTO

(a cura di IRENE STOLZI)

A Vaga Corporativa. Corporativismo e ditaduras na Europa e América Latina, a cura di A.C. Pinto, F. Palomanes Martinho, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016.

Chiunque si sia cimentato con l'analisi storica del corporativismo, inteso nella sua molteplice accezione di cultura politica, giuridica, economica e azione legislativa, ha certamente familiarità con la sensazione di smarrimento che talvolta coglie di fronte all'enorme mole di documentazione prodotta sul tema tra la metà del XIX e la metà del XX secolo. La vastità delle fonti, d'altronde, non è certamente d'aiuto quando ci si appresti a stabilire cosa s'intende per corporativismo: appare ancora lontana, infatti, un'interpretazione univoca del termine-concetto, soprattutto a causa dell'eterogeneità degli ambienti politico-culturali che dell'idea corporativa si fecero banditori, e per via dell'ampia varietà di campi del sapere che lungamente si confrontarono sulla questione applicando le diverse prospettive disciplinari.

All'endemica precarietà semantica del termine si è unita, in particolar modo in Italia ma non solo, una forma di scetticismo pre-analitico: una diffidenza nei confronti di un percorso legislativo interamente colonizzato dall'immaginario del regime fascista che se ne fece a tal punto interprete da restituire un'immagine di perfetta equazione tra fascismo e corporativismo, nella quale il secondo termine finisce per essere una semplice appendice socio-economica del primo ⁽¹⁾.

Tuttavia, da almeno un decennio, una storiografia matura ha ripreso in mano la questione corporativa inaugurando una nuova stagione di studi in molte comunità scientifiche nazionali sia in Europa

⁽¹⁾ È quel corporativismo «negletto e abbandonato» dagli storici di professione di cui parla Eugeni Zagari, per fare solo un esempio. E. ZAGARI, *Introduzione*, in *La teoria economica del corporativismo*, vol. I, a cura di O. Mancini, F. Perillo, E. Zagari, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, pp. 14-15.

sia in Sud America: dall'Italia al Portogallo; dalla Spagna alla Francia; in Brasile, Argentina e in gran parte dell'America latina ⁽²⁾. Questa nuova letteratura corporativa ha certamente accolto l'invito di Santomassimo di « avere il coraggio di prendere il fenomeno sul serio » ⁽³⁾, guardando oltre lo iato tra parole e fatti, tra teoria e pratica legislativa: se questa distanza risulta indubbia, essa non esaurisce tuttavia l'intera questione.

Dunque, oltre l'idea di una montagna teorica che partorisce un topolino istituzionale, come affermò molti anni fa Cassese ⁽⁴⁾; oltre il « bluff corporativo » di Carlo Rosselli ⁽⁵⁾; vi è una complessa e sfaccettata cultura politica, economica e giuridica che non deve essere relegata in secondo piano in quanto foriera di notevoli conseguenze, rintracciabili in due sfere principali: da una parte, in relazione all'evoluzione stessa delle singole discipline, che proprio accogliendo, rifiutando o confutando la sfida teorica corporativa riformularono i propri paradigmi scientifici e le proprie prospettive analitiche; dall'altra parte, in relazione agli assetti istituzionali, ai lasciti legislativi e culturali in quei paesi in cui il corporativismo divenne il programma politico di regimi fascisti e autoritari, dai quali venne, in tempi e modi diversi, parzialmente realizzato.

Si diceva, dunque, di un rifiorire degli studi corporativi. Due consapevolezze sembrano ormai chiaramente acquisite in questi studi.

⁽²⁾ Una sintesi efficace, che illustra la natura internazionale di tali studi, è rappresentata da A.C. PINTO, *O corporativismo nas ditaduras da época do Fascismo*, in « *Varia Histórica* », 30 (2014), 52, pp. 17-49, che aggiorna il classico P. SCHMITTER, *Still the Century of Corporatism?*, in « *The Review of Politics* », 36 (1974), 1, *The New Corporatism: Social and Political Structures in the Iberian World*, pp. 85-131. Si vedano anche, in questo senso, i saggi in « *Les Études Sociales* », 2013, 157-158, *Les sciences sociales et la corporation (1850-1945)*; nonché *Le corporativisme dans l'aire francophone*, a cura di O. Dard, Berna, Peter Lang, 2011; S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010; A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007; *Les expériences corporatives dans l'aire latine*, a cura di D. Musiedlak, Berna, Peter Lang, 2010; *Korporativismus in den Südeuropäischen Diktaturen*, a cura di A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006; *Progetti corporativi tra le due guerre mondiali*, a cura di M. Pasetti, Roma, Carocci, 2006.

⁽³⁾ G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista: il mito del corporativismo*, Roma, Carocci, 2006, p. 12.

⁽⁴⁾ S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in « *Quaderni storici delle Marche* », 1968, pp. 402-457, ora in *Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone, M. Vernassa, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 327-355.

⁽⁵⁾ C. ROSSELLI, *La riforma corporativa spiegata agli industriali*, in ID., *Scritti economici sul fascismo*, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2004.

In primo luogo vi è stata la definitiva presa di coscienza di una necessaria interdisciplinarietà: per comprendere le sfaccettature delle teorie e delle culture corporative si deve obbligatoriamente volgere lo sguardo oltre gli steccati disciplinari tradizionali, prendendo in considerazione, dal punto di vista storico, l'economia, la politica, la scienza giuridica, la sociologia. In secondo luogo, la nuova sensibilità storiografica trans-nazionale, che privilegia l'esame di un mondo in continua trasformazione, ibridazione, ri-contestualizzazione e riformulazione, ha permesso di ripensare la diffusione dei pensieri corporativi come trasmissione, traduzione e declinazione di un *corpus* di immagini politico-giuridiche che, intersecandosi con i diversi contesti nazionali e spazi culturali, definiscono una rete di analogie corporative a livello globale (6).

Il volume curato da António Costa Pinto e Francisco Palomanes Martinho si inserisce entro questo filone di studi, fornendo un contributo prezioso che è, al tempo stesso, punto d'arrivo e di partenza: da un lato sintesi, dall'altro indirizzo storiografico; da una parte quadro dello stato dell'arte, cartina di tornasole sull'avanzamento delle conoscenze sul tema, dall'altra traccia per possibili nuovi percorsi di ricerca.

Un'affinata metodologia, che comprende una critica concettuale dei termini e del vocabolario utilizzati, risulta funzionale quando s'intersecano, come nelle intenzioni degli autori, temi quali lo sviluppo dei regimi dittatoriali-autoritari in contesti socio-economici e politici così diversi come quelli europeo e sud-americano, l'evoluzione e la diffusione del modello fascista, la parallela diffusione di progetti corporativi. Nel saggio d'apertura António Costa Pinto, ripercorrendo i classici lavori sul tema di Schmitter, Williamson, Wiarda, Cawson e altri, richiama l'attenzione sull'ormai nota distinzione tra corporativismo sociale e corporativismo politico, delineando una metodologia storiografica utile a misurare e registrare con attenzione le diverse cadenze teoriche del corporativismo, nonché le varie applicazioni legislative attuate dai regimi dittatoriali-autoritari che costellano il XX secolo in Europa e America latina (7). Ciò che viene ribadito, dunque, è un criterio interpretativo simile a quello che Wiarda definisce « an appro

(6) La miglior rappresentazione di questa nuova tendenza è costituita dagli esiti delle ricerche di Matteo Pasetti che ha di recente pubblicato, in sincronia con il volume qui recensito di Costa Pinto e Martinho, un testo che reca già nel titolo il richiamo all'« Europa corporativa ». M. PASETTI, *L'Europa corporativa. Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

(7) COSTA PINTO, *Corporativismo, ditaduras e representação política autoritária*, pp. 27-40.

ach, an intellectual framework, a way of examining and analysing corporatist political phenomena across countries and time periods » (8).

I saggi presentano un forte livello di coesione, producendo significative conclusioni in prospettiva comparativa. Innanzi tutto le peculiarità nazionali: le mutazioni che interessano i diversi casi-paese e che determinano variazioni e adattamenti dei principi corporativi nei vari contesti culturali, istituzionali, socio-economici e storici. Insieme ai luoghi, cambiano anche i tempi e, come vedremo, le modalità. Al modello mussoliniano italiano si affiancano così, da un lato, le durature dittature che caratterizzano i paesi iberici, che vedono protagonisti Salazar e Franco dagli anni Trenta fino agli anni Settanta del XX secolo; e, dall'altro lato, i brevi regimi corporativi di Vichy, nato sotto la scure nazista negli anni Quaranta, e dell'Àustria degli anni Trenta, che invece proprio dopo l'Anschluss con la Germania di Hitler vedrà l'eclissi del suo neonato sistema cattolico-corporativo; infine, alla periferia dell'Europa, si agitano altri regimi europei dai destini diversi, come quelli dei paesi baltici, dell'Ungheria, della Romania, della Polonia e della Grecia (9). All'universo corporativo del vecchio continente si affianca, già dagli anni Trenta, il contesto sud-americano, caratterizzato da una continua appropriazione creativa, come la definisce nel suo saggio Cláudia Maria Ribeiro Viscardi (10), dei progetti corporativi europei declinati in contesti socio-economici del tutto diversi da quello d'origine.

Al fianco dei diversi ritmi, strumenti e situazioni politico-economiche emergono anche le somiglianze. Tutti i regimi corporativi autoritari sembrano infatti imporsi in seguito ad un'importante crisi d'autorità del mondo politico precedente, che si può ricondurre in via generale alla crisi del modello di Stato liberale: una crisi che comprende non solo le istituzioni legate a quel modello ma anche, e forse soprattutto, l'esaurirsi delle implicazioni filosofiche e culturali ad esso connesse. È, infatti, il modello di convivenza sociale fondato sulla libertà individuale quale piattaforma unica e inviolabile che viene posto sotto una severa critica da un mondo che si rifaceva invece a pulsioni organiciste, che immaginava la nazione come un organismo vivente, come il momento di sintesi di una società formata da una molteplicità di associazioni, gruppi, partiti e sindacati.

La crisi dello Stato liberale affiora così, in tutti i casi nazionali esaminati, come momento chiave nel passaggio, anche teorico, a riflessioni di tipo corporativo-autoritario. Una crisi che si declina in ogni

(8) H.J. WIARDA, *Corporatism and Comparative Politics*, Armonk, NY, Sharpe, 1997, p. 23.

(9) COSTA PINTO, *O corporativismo nas ditaduras da época do Fascismo*, cit.

(10) C.M. RIBEIRO VISCARDI, *A representação profissional na Constituição de 1934 e as origens do corporativismo no Brasil*, pp. 199-222.

paese, come già detto, con tempi, modi, ritmi e esiti politici anche molto diversi tra loro, ma che comunque accumuna tutte le esperienze politiche analizzate.

Innanzitutto, dunque, la crisi dello Stato liberale italiano: evidente ed esplicita nel primo dopoguerra ma certificata da autorevoli documenti anche nel periodo pre-bellico, a partire dalla famosa prolusione di Santi Romano del 1909, ma presente anche nelle riflessioni anti-democratiche di un Gaetano Mosca e, soprattutto, in quelle del futuro guardasigilli e architetto del regime mussoliniano, Alfredo Rocco, all'epoca uno dei massimi esponenti dell'Associazione Nazionalista Italiana ⁽¹¹⁾.

La medesima crisi si riscontra anche in Austria, per la cui situazione Gerhard Botz parla di una latente guerra civile che diviene velocemente un'aperta lotta armata tra socialisti e nazionalisti. La sistemazione in una nuova costituzione cattolico-corporativa prende qui l'avvio dal crollo del Creditanstalt nel 1931, travolto dalle ripercussioni della crisi economica globale iniziata al di là dell'Atlantico nell'ottobre del 1929 ⁽¹²⁾. In Francia, invece, la crisi prende le forme di una catastrofe che si presenta con le sembianze della sconfitta militare e dell'invasione tedesca ⁽¹³⁾ e da cui si dipana l'esperienza corporativa del regime di Vichy.

Una medesima atmosfera di sfiducia percorre anche i mondi latino-americani, nel più vasto periodo che va dagli anni Trenta fino agli anni successivi alla Seconda guerra mondiale. In Brasile e Argentina, ma anche in Colombia ⁽¹⁴⁾, la decade degli anni Trenta fu caratterizzata da un marcato declino delle prospettive liberali di governo della società a causa delle profonde mutazioni sociali, politiche ed economiche che stavano investendo i paesi latino-americani. Le influenze europee furono, in questo caso, essenziali: Mussolini, Salazar e Franco divennero i modelli di uomini forti al comando, di leader autoritari che avevano saputo imporre un ordine a una società caotica. Soprattutto, essi avevano sventato l'avanzata del comunismo di stampo sovietico rimodellando e stravolgendo le pratiche di governo liberali.

Un altro elemento comune alle varie esperienze nazionali è la presenza di un sostrato culturale corporativo, spesso di matrice cattolica ma non solo, preesistente all'edificazione di sistemi politici autoritari e dittatoriali e che influenza, in maniera più o meno marcata, l'evoluzione

⁽¹¹⁾ G. ADINOLFI, *O corporativismo na ditadura fascista italiana*, pp. 41-60.

⁽¹²⁾ G. BOTZ, « Estado corporativo » e ditadura autoritária: a Áustria de Dollfuss e Schuschnigg (1933-1938), pp. 61-100.

⁽¹³⁾ O. DARD, *O corporativismo na França de Vichy*, pp. 147-172.

⁽¹⁴⁾ F. FINCHELSTEIN, *Corporativismo, ditadura e populismo na Argentina*, pp. 307-326; e H.H. FIGUEROA SALAMANCA, *Um projeto corporativo na Colômbia: Laureano Gomez entre os grêmios econômicos e o clero (1934-1952)*, pp. 327-344.

degli stessi. È questo, ad esempio, il caso dell'Austria, dove la costituzione corporativa del 1934 di Dollfuss faceva continui riferimenti alla *Quadragesimo Anno* di Papa Pio XI, enciclica del maggio del 1931, e più in generale agli insegnamenti del cattolicesimo sociale ottocentesco della *Rerum Novarum* di Papa Leone XIII del 1891.

Una fortissima tradizione corporativa precedente alla Prima guerra mondiale era caratteristica anche della realtà iberica. In Portogallo, ad esempio, esisteva fin dalla fine del XIX secolo un centro di studi cattolici all'Università di Coimbra, dove venivano tradotti e studiati testi di Giuseppe Toniolo, René de la Tour du Pin e Von Ketteler, e dove, tra l'altro compirà i suoi studi economici lo stesso Salazar. Una medesima situazione si ritrova anche in Spagna, dove le idee del cattolicesimo sociale si erano diffuse alla fine del XIX secolo e venivano riprese, fin dagli anni Venti, dalla dittatura di Primo de Rivera e in seguito, con maggior efficacia, durante la lunga epoca franchista.

Non era, però, solamente cattolica la tradizione corporativa precedente all'emergere dei regimi fascisti e autoritari. Pulsioni nazionaliste e monarchiche innervavano le teorie di molti gruppi e associazioni che sorsero alla fine del XIX secolo in Francia, Italia, Portogallo e Spagna. Impossibile, a tal proposito, non citare « L'Action Française », che ebbe un enorme impatto sul mondo spagnolo e portoghese, e che sarà una delle basi della convergenza con alcuni esponenti del sindacalismo rivoluzionario francese nella Francia di Vichy come, ad esempio, Hubert Lagardelle, seguace di Georges Sorel e Ministro del Lavoro nel governo di Pierre Laval a Vichy nel biennio 1942-1943.

Un altro punto deve essere però sottolineato: riflettendo la vastità, sia geografica che temporale, della diffusione di strutture istituzionali di tipo corporativo, il volume restituisce con grande chiarezza le diverse sfumature presenti all'interno di ogni singola esperienza nazionale. Inoltre, viene sottolineata, da una parte, la grande tortuosità con la quale i diversi paesi attuarono la legislazione corporativa e i conseguenti organismi, e dall'altra, i diversi esiti politici, socio-economici e giuridici che si determinarono.

L'Italia è a tal proposito un esempio certamente paradigmatico. Il percorso di istituzionalizzazione del regime corporativo italiano fu infatti lungo e non privo di battute d'arresto: è sufficiente infatti sottolineare che per la sua completa realizzazione occorsero ben quindici anni. La prima volta che si ritrova un riferimento legislativo all'istituto giuridico delle corporazioni è nella ben nota Legge Rocco dell'aprile del 1926 seguita, nel decennio successivo, dalla istituzione in successione del Consiglio Nazionale delle Corporazioni, del Ministero delle Corporazioni e infine dalla creazione delle corporazioni stesse, con la legge del 15 febbraio 1934. Curiosamente, l'ultimo tassello, il vertice di tutto il sistema, arrivò solamente nel 1939, quando la Camera dei

Deputati fu sostituita dalla nuova Camera dei Fasci e delle Corporazioni ⁽¹⁵⁾.

Molto interessante è anche il paragone tra i casi nazionali di Portogallo e Brasile, che sperimentano traiettorie per alcuni versi simili, per altri perfettamente opposte sul piano istituzionale e legislativo. Come fa infatti notare Palomanes Martinho il regime portoghese fu caratterizzato da una discontinuità progettuale inserita in una cornice istituzionale di incredibile continuità, mentre il Brasile sperimentò una sostanziale continuità legislativa all'interno di una cornice politica estremamente frammentata e mutevole ⁽¹⁶⁾. Il sistema corporativo di gestione delle relazioni di lavoro appare una delle eredità più importanti del modello istituzionale proposto da Vargas; un modello che sopravvisse anche alla destituzione dello stesso Vargas nel 1945 e continuò nelle sue forme sostanziali fino agli anni Cinquanta e Sessanta. Viceversa in Portogallo la costruzione dell'edificio corporativo incontrò seri ostacoli sul suo cammino già nel corso degli anni Quaranta. Queste difficoltà emersero sia in seguito alle profonde crisi economiche interne, che portarono ad un crescente malcontento sociale, sia in seguito alla sconfitta dei paesi dell'Asse nella Seconda guerra mondiale, con conseguente declino di quel corporativismo dittatoriale che aveva fatto da modello anche per l'Estado Novo salazarista. Così, alla fine degli anni Quaranta, si realizzava, pur nella continuità politica rappresentata da Salazar, un mutamento nelle relazioni di potere e di contrattazione all'interno del mondo del lavoro, ponendo fine, come afferma Fatima Patriarca, ad un tipo di corporativismo e inaugurandone un altro ⁽¹⁷⁾.

Il mutamento nella continuità è la caratteristica centrale anche delle vicende corporative argentine. Come afferma Federico Finchelstein nel suo saggio, se anche in Argentina nel periodo infra-bellico il corporativismo prese le forme della tipologia fascista con il golpe militare del 1930 del generale José Félix Uriburu, durante il regime di Juan Perón esso venne riformulato, adattando le necessità anti-liberali e anti-comunista al nuovo contesto globale della Guerra Fredda ⁽¹⁸⁾.

Le vicende corporative europee e latino-americane nel corso del XX secolo sono dunque caratterizzate da tempi, modi, strumenti e esiti tra loro estremamente difforni. Tuttavia, emerge anche una sorprendente continuità tra i diversi casi, riscontrabile in quella che è possibile definire una policentrica e asimmetrica famiglia di somiglianze corpo-

⁽¹⁵⁾ ADINOLFI, *O corporativismo na ditadura fascista italiana*, pp. 41-60.

⁽¹⁶⁾ F. PALOMANES MARTINHO, *Estado corporativo e organização do trabalho no Brasil e em Portugal (1930-1945)*, pp. 173-198.

⁽¹⁷⁾ F. PATRIARCA, *A Questão Social no Salazarismo (1930-1947)*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1995, pp. 22-24.

⁽¹⁸⁾ FINCHELSTEIN, *Corporativismo, ditadura e populismo na Argentina*, pp. 307-326.

rate composta da scambi trans-nazionali, appropriazioni creative, riformulazioni contestuali: variazioni, dunque, sul tema predominante della creazione di uno Stato nuovo, chiamato a dare sistemazione istituzionale a un ordine liberale avvolto in un'ineluttabile crisi. Tale sistemazione aveva certamente un carattere comune: quello di raggruppare gli individui con il criterio della loro professione e del loro interesse economico in una concezione organicistica della comunità nazionale.

VALERIO TORREGGIANI

MATTEO PASETTI, *L'Europa corporativa — Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bologna, Bononia University Press, 2016, pp. 336.

1. Il lavoro di Pasetti si presenta fin dal titolo come una sfida di notevole complessità: delineare *Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali* può apparire persino un paradosso in riferimento al periodo di maggior successo dei nazionalismi. È un'opera di ricostruzione, quella di Pasetti, che evita però saggiamente di stravolgere e forzare i contenuti di tale viaggio teorico al solo fine di ridurre ad organicità i concetti esaminati ⁽¹⁾. Ricostruire la storia dei discorsi sorti intorno all'idea corporativa nel corso del ventennio infrabellico significa delineare una molteplicità eterogenea di esperienze che solo in parte — dice Pasetti — si legarono a visioni di natura autoritaria e nazionalistica.

A complicare ulteriormente tale sfida concorre lo stesso termine *corporativismo*. Esso ha subito, e subisce tutt'ora, varie e mutevoli definizioni e concettualizzazioni, essendo utilizzato per descrivere con-

(1) Pasetti stesso dichiara il rischio che si corre nel condurre operazioni di tal genere: « anche scegliendo in modo oculato determinate voci tra le innumerevoli possibilità, circoscrivendo l'area geografica e/o privilegiando specifici settori (per esempio alcuni gruppi sindacali o certi ambienti politici), si corre il probabilissimo rischio di operare una selezione funzionale alla dimostrazione della propria ipotesi interpretativa. Qualsiasi campione di fonti è insomma inevitabilmente limitato e parziale. Tuttavia, con qualche accorgimento e con la consapevolezza che gli esempi potrebbero essere molteplici e contraddittori, credo sia comunque lecito, da un punto di vista storiografico, cercare di fare luce sulla ricezione dell'esperienza corporativa fascista su larga scala, non tanto per ricostruire un inesistente 'spirito del tempo' (inesistente soprattutto se lo si considera come un sentire comune che si manifesta in modo unanime e omogeneo), quanto per comprendere alcune dinamiche che portarono all'effettiva circolazione transnazionale di un modello » (p. 127).

cezioni talvolta anche molto distanti tra loro: dalla definizione di « antico ordine sociale medioevale », a quella di *terza via* tra le grandi ideologie del Novecento, o ancora quella di sistema politico-economico proprio di dati regimi nel periodo intercorso tra le due guerre mondiali, arrivando fino alla definizione di « prassi di elaborazione delle decisioni politiche, in atto in numerosi paesi a capitalismo avanzato » (p. 13).

Tale complessità — sebbene spesso forzata ed ampliata dalle stesse letture storiografiche — rispecchia però l'esistenza di una molteplicità di declinazioni teoriche ed istituzionali di stampo corporativo specialmente negli anni tra le due guerre. Pertanto — come rileva correttamente Pasetti — « piuttosto che sforzarsi di ridurre la complessità della questione e racchiudere il corporativismo in una definizione univoca, di fatto mai esistita, da un punto di vista storiografico può risultare più opportuno osservare come i molteplici usi storici del termine abbiano interagito con la pluralità delle esperienze, tenendo conto — secondo la lezione di Koselleck sulla storia dei concetti — che *il linguaggio è tanto ricettivo quanto produttivo* » (p. 18). Il rischio in cui altrimenti si incorre è quello di perdere il fuoco sul Novecento, sul momento cioè che vide il corporativismo realizzarsi a livello istituzionale ⁽²⁾.

È da qui, da questa pluralità, e dalla consapevolezza di essa, che prende avvio l'intero lavoro di Pasetti: « vocabolo polisemico, concetto nomade, teoria viaggiante, [...] sembra piuttosto evidente che sia problematico contenere lo studio del corporativismo — comunque esso venga inteso: dottrina, esperienza, categorie ecc. — entro una cornice strettamente nazionale » (p. 18).

2. Un ulteriore motivo di interesse del lavoro di Pasetti risiede poi nella scelta di non operare una semplice comparazione tra le diverse esperienze nazionali; « ponendo al centro la circolazione delle teorie » (p. 19), l'autore intende, invece, analizzare il dialogo transnazionale che ne scaturisce per individuare quegli aspetti di reciproca interferenza che

⁽²⁾ Anche su questa definizione sarebbe, forse, da sciogliere ogni possibilità di 'cortocircuito' terminologico: per esperienze istituzionalizzate sono da intendersi tutte quelle sistemazioni e pratiche che comportano una revisione od evoluzione delle dinamiche di elaborazione dell'indirizzo politico in materia economica (per cui probabilmente anche le pratiche di c.d. concertazione e le pratiche neo-corporative in genere sono da considerarsi esperienze corporative, in quanto esperienze che ricevono in qualche modo una certa dose di 'istituzionalizzazione' come avviene per lo meno in Italia). Non tutte queste esperienze passano da una trasformazione dello Stato o da una revisione costituzionale dei poteri ma l'introduzione di queste dinamiche sicuramente muta l'elaborazione dell'indirizzo politico-economico.

concorsero a creare differenze e punti di contatto tra le varie esperienze istituzionali.

Il fulcro intorno a cui ruota la ricerca, « l'oggetto storico », è il 'modello' fascista, « il viaggio del corporativismo nella sua versione fascista (tutt'altro che univoca), considerato come esperienza ricettiva e produttiva, e quindi come fattore nella storia politica del fascismo e dell'intero continente europeo tra le due guerre mondiali » (p. 19). Questa centralità del modello fascista, che si rispecchia anche nell'architettura del testo, lascia però un (non scontato) spazio a una attenta analisi di tutte le declinazioni o anche solo degli accenni di corporativismo che comunque comparvero in Europa intorno a (e spesso a causa de') l'esperienza fascista. È da notare ed apprezzare, infatti, l'ampia trattazione che l'autore offre del materiale storiografico esaminato: un'attenzione estesa alle fonti, a tutte quelle voci che si destarono intorno al dibattito corporativo da ogni parte, da ogni osservatorio, e che — a prescindere dal tenore e dalla natura delle valutazioni offerte — contribuirono in tal modo al suo sviluppo.

Tale indagine non si colloca, pertanto, tra quelle letture — legate ad una visione storiografica un po' datata — dell'esperienza corporativa come un « insuccesso mascherato » o un « grande bluff »: Pasetti sottolinea, invece, come « enfatizzare l'inconcludenza e l'insuccesso del corporativismo fascista, ridurlo a un vuoto artificio propagandistico per ingannare gli astanti, porta a sottovalutare il significato storico di quella esperienza », proprio in ragione del fatto che « tra le due guerre mondiali, centinaia di politici ed intellettuali di tutto il continente europeo (e non solo) ripeterono ossessivamente come un mantra la formula magica della terza via corporativa » e, nonostante la evidente distanza tra propositi e risultati conseguiti, « questo fatto non può essere considerato del tutto irrilevante » (p. 26). È altrettanto evidente, però, come dall'analisi portata avanti dallo stesso Pasetti non soltanto sulla vicenda fascista ma anche con riguardo a tutti quegli *avatars* che a seguito ed intorno ad essa si vennero a formare, sia « possibile intravedere il profilo di un'Europa corporativa »: « ognuno di questi 'avatars' venne almeno in parte influenzato dal prototipo italiano, ma fu nondimeno il risultato di tradizioni ed esperienze autoctone, nonché il ricettacolo di suggestioni generate dalla stessa espansione fenomenologica del corporativismo » (p. 249).

3. Sin dalla fine del primo conflitto mondiale si torna a parlare di corporativismo: un periodo di *Revival* in cui si cominciavano ad affacciare le prime teorie che potremmo osare definire 'neo' corporative in quanto prendevano come riferimento — o meglio, come giustificazione — quelle forme storiche di corporativismo pre-moderno, attraverso le quali provare ad offrire soluzioni nuove. Esse dovevano rappresentare, al di là delle dichiarate e rassicuranti affermazioni di

continuità, una rottura radicale del modello ottocentesco di ordine, una risposta alla crisi dello Stato liberale di diritto e alla crisi di legittimazione e razionalità del sistema parlamentare. Immaginare una rappresentanza delle competenze poteva servire ad abbozzare una prima soluzione di stampo corporativo alla crisi degli ordinamenti.

Pasetti ritiene perciò necessario indagare le molteplici declinazioni di corporativismo legate ad altrettanti e diversi filoni teorici: dai corporativismi cattolici del cristianesimo sociale, del sindacalismo bianco, e del solidarismo, ai primi Nazionalismi, con gli esempi della *Action Française* e dello *Integralismo Lusitano* che prendevano le mosse da un sindacalismo anti-liberale ma, allo stesso tempo, anti-socialista, per arrivare infine a quelle declinazioni di socialismo che recuperavano modelli corporativi, anch'essi spesso figli del sindacalismo, come la *Fabian Society* e il *Guild Socialism* inglese ⁽³⁾. La domanda che resta aperta è, però, quanto queste risposte possano inserirsi pienamente in un discorso corporativo realmente novecentesco di costruzione dell'ordine, anche se appare comunque innegabile il loro contributo nel determinare una successiva affermazione della risposta corporativa come una delle soluzioni alla *crisi* post-bellica.

È vero, infatti, che negli stessi anni cominciarono a prendere forma i primi esperimenti di tipo corporativo, le cui tracce più rilevanti sono forse rappresentate dall'istituzione in molti Paesi europei dei c.d. *consigli economici*, talvolta persino costituzionalmente previsti, e solitamente incaricati di regolare e contenere la dinamica sindacale: essi incontrarono in realtà grandi difficoltà a divenire effettivamente funzionanti e funzionali, ed è probabilmente dal loro insuccesso — nota Pasetti — che scaturisce quella interpretazione delle pratiche corporative degli anni '20 intese come modello di restaurazione dell'ordine borghese e non di rivoluzione. Pasetti riconduce l'origine di tale lettura al testo del 1975 di Charles Maier *Recasting Bourgeois Europe*, nel quale si elaborava il concetto di *Corporatism*: un termine da applicare a quelle esperienze europee degli anni '20 che attuavano una modalità di 'contrattazione permanente' tra Stato e forze sociali (questa sì, di successo) dovuta principalmente alla crisi del parlamentarismo: « *una nuova economia politica*, che Maier definiva *corporatista* per distinguerla sia dal modello del pluralismo democratico, sia dal concetto di 'capitalismo organizzato', sia dal progetto più propriamente corporativo del regime fascista » (p. 86).

Tale tesi, di riconosciuta importanza per l'evolvere dell'intera storiografia in materia, si presta oggi ad alcune puntualizzazioni: *in primis* con riferimento al parlamentarismo, lo stesso Pasetti fa notare

⁽³⁾ Ampia trattazione ad ognuna di queste declinazioni teoriche e alle vicende ed espressioni dei rispettivi esponenti di riferimento è data da Pasetti nel corso del primo Capitolo del suo lavoro a cui qui opportunamente si rinvia.

come, in realtà, nonostante l'asserita crisi, siano proprio i parlamenti, con l'ampliamento della propria base e dei propri poteri, a determinare di fatto l'insuccesso dei consigli economici, privandoli in concreto di quello spirito e quelle intenzioni 'corporative' (4) cui dichiaravano di ambire. In seconda battuta, distinguere le pratiche c.d. *corporatiste* da un vero e proprio *corporativismo*, rischia di porre l'attenzione esclusivamente sul fronte della tutela dell'ordine economico, senza dare rilievo al concetto di indirizzo politico e alle sue modalità di elaborazione; concetto che rappresenta, sia il vero momento di rottura rispetto alla tradizione liberale, sia un rilevante elemento di convergenza tra le teorie c.d. *corporatiste* e corporativismo, che è poi il modo che rende possibile ricondurre entrambe al medesimo slancio infrabellico (restauratore o rivoluzionario che sia, ma comunque innovativo), come intende sottolineare anche lo stesso Maier. Occorrerà, piuttosto, rilevare come tali esperienze non raggiunsero mai, con molta probabilità, lo stesso livello di 'maturità' istituzionale realizzato, invece, dalla declinazione autoritaria offerta dall'esperienza fascista.

4. Con riguardo al modello fascista, intorno al quale — come detto — Pasetti fa ruotare la sua ricostruzione, l'autore si concentra in particolare sulle origini dell'esperienza corporativa fascista, sull'iniziale favore che essa sembra riscuotere, e sulla conseguente genesi del *mito della terza via*: ciò che agli occhi del mondo destò maggiore attenzione e curiosità fu la politica di organizzazione degli interessi portata avanti dal neonato regime, e che spostò sul corporativismo l'interesse di ambienti diversi — anche radicalmente diversi — tra loro.

A rappresentare lo snodo essenziale dell'esperienza corporativa e, più in generale, di quella fascista è, senza alcun dubbio, la legislazione sindacale del biennio 1926-1927 (5): l'operata integrazione del sindacato

(4) Il riferimento è qui all'obiettivo spesso dichiarato dalle teorie corporative di rivedere radicalmente il concetto e i meccanismi di rappresentanza anche in funzione, come avremo modo di ripetere in seguito, di revisione delle modalità di elaborazione dell'indirizzo politico.

(5) In riferimento ad essa si sottolinea il successo della visione *rocchiana* del corporativismo: un corporativismo di stampo autoritario che rappresenterà un modello largamente apprezzato (talvolta anche dagli stessi ambienti liberali) perché rappresentava un'efficace soluzione al problema della conflittualità sociale. In ordine alla genesi del corporativismo fascista Pasetti osserva, inoltre, come « in realtà, l'idea che il corporativismo fascista affondasse le sue radici essenzialmente nella metamorfosi nazional-sindacalista di una specifica corrente del movimento operaio contiene alcun forzature interpretative. [...] E pure la carta del Canaro non fornì un effettivo retaggio per lo sviluppo dello stato corporativo fascista, se non come *mito pedagogico-culturale* di tanto in tanto recuperato in *termini strumentali* » (p. 97). Al contrario è nella cifra *rocchiana*

nello Stato e la fine, così imposta, alla conflittualità sociale, contribuirono in questa fase ad una grande diffusione negli altri paesi europei delle riflessioni corporative nostrane. Ad elevare il corporativismo a soluzione capace di limitare la crisi e a sancire il primato italiano nell'avvenuta soluzione al conflitto sociale, contribuirà in modo decisivo anche la *Grande depressione* del '29 e l'apparente capacità di resistenza che l'economia corporativa italiana sembrava dimostrare e che valse a garantirle un'ampia visibilità transnazionale. Anche se tale resistenza alla crisi fu più una percezione dei contemporanei e, per lungo tempo, della storiografia che una effettiva capacità del corporativismo: « che l'economia e quindi la società italiane siano state risparmiate o appena sfiorate dalla Grande depressione è un falso storico. [...] Se gli effetti della Grande depressione apparvero insomma più lievi, fu essenzialmente perché un livello inferiore di sviluppo economico rese meno drastica la caduta. A questo fattore strutturale, inoltre se ne possono aggiungere altri due che alterarono la percezione della crisi nell'Italia fascista: l'abilità propagandistica del regime nel divulgare una visione edulcorata della realtà, da un lato, e dall'altro la capacità di tenere sotto controllo il malessere sociale tramite meccanismi coercitivi, garantiti anche dall'ordinamento sindacale corporativo » (p. 185).

Tuttavia, insiste Pasetti, non è comunque da sottovalutare l'interesse con cui si guarda all'Italia, perché all'esterno « il fascismo italiano appariva in grado, infatti, da un lato di inaugurare un'armonica organizzazione del sistema produttivo basata sulla collaborazione di classe e quindi sulla soppressione della conflittualità sociale, e dall'altro di sostituire l'inefficiente ordinamento politico parlamentare con un meccanismo di rappresentanza diretta degli interessi economici » (p. 189).

Senza sottovalutare la tensione esistente tra la vocazione di modello universale e la declinazione nazionalista del corporativismo fascista, Pasetti compie un'ampia ed esaustiva ricostruzione di quei discorsi che, intorno all'esperienza fascista, prendevano in esame il corporativismo e che provenivano non solo dagli ambienti nazionalisti o della destra europea ma anche da tutte quelle voci che comunque cercavano un'alternativa alla risposta liberale o alla socialista, senza che ciò implicasse, tuttavia, un'accettazione del fascismo *tout court*. Ne consegue una condivisibile lettura della diffusione *transnazionale* delle vicende italiane, in virtù della quale sembra piuttosto il corporativismo (proprio perché ritenuto capace di limitare quella conflittualità considerata la causa principe della crisi dello Stato moderno) a permettere la diffusione del fascismo, e non viceversa: « almeno per alcuni anni — circa dalla metà degli anni Venti a i primi anni Trenta — il corporati-

autoritaria che risiederebbe la sostanziale differenza con le « altre ipotesi del *revival* post-bellico » e con « le politiche di concertazione tripartite che Maier ha raccolto sotto l'idealtipo del *corporatismo* » (p. 99).

vismo funzionò come un *passepertout* a favore del fascismo, aprendo circuiti transnazionali e abbattendo steccati ideologici » (p. 153).

Se è il corporativismo dunque a rappresentare il motivo dell'interesse posto verso il regime, si può supporre — sembra dire Pasetti — che vi sia una certa qual 'indipendenza' tra corporativismo e fascismo ⁽⁶⁾; il corporativismo fascista, cioè, « poteva apparire come una soluzione-limite, per il suo carattere autoritario, ma nondimeno partecipe alla comune evoluzione. Anzi, tra le molteplici esperienze, il fascismo italiano stava fornendo quella che più si prestava al ruolo di modello egemone [...] » (p. 177).

Ed è innegabile il successo (anche nella diffusione del modello italiano) e l'approvazione che riscontrò l'attuazione della legislazione sindacale in Italia e che si espresse con la promulgazione della legge c.d. *Rocco* sui rapporti di lavoro, prima, e, successivamente, con la *Carta del lavoro*. È interessante qui osservare come all'interno della stessa legislazione sindacale, il 'prodotto' più ammirato dagli osservatori 'esterni' e che, conseguentemente, ricevette una maggiore diffusione e stimolò un maggiore interesse, fu proprio la *Carta del lavoro*. Ciò è forse spiegabile col fatto che era questa che, probabilmente, esprimeva con più forza la pulsione verso una completa revisione della rappresentanza e della mediazione degli interessi, incarnando una sorta di *manifesto giuridico* che dava pieno respiro alle intenzioni e agli ideali che avevano mosso il fermento corporativo in quegli stessi anni. Tuttavia la *Carta del lavoro* non fu mai un documento giuridicamente vincolante a differenza della legge c.d. *Rocco*, la quale, di fatto, comportò l'affermazione del modello sindacal-autoritario.

Le differenze esistenti tra i due principali prodotti della *fase sindacale*, così come la differente rilevanza attribuita, invece, alla successiva *fase corporativa* all'interno del dibattito corporativo, sembrano fornire ulteriori elementi alla legittimità dell'interrogativo sull'esistenza

(6) Tale indipendenza è sottolineata tenendo ben presente, però, la centralità dell'esperienza fascista nell'evoluzione delle teorie corporative, proprio perché la più capace (o forse l'unica) di porre in atto le misure giuridico-istituzionali idonee alla soluzione della temuta conflittualità sociale: « nel complesso anche quando le comparazioni mettevano in luce sostanziali divergenze, emergeva l'idea di fondo che fosse in atto un epocale sviluppo della regolamentazione dei rapporti di lavoro tramite una generale tendenza alla loro istituzionalizzazione » (p. 177). Ad esprimere una simile visione è anche Sabino Cassese: « il corporativismo è un fenomeno mondiale, che non si è affermato necessariamente in Stati fascisti » (CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 95). Per tali aspetti il lavoro di Pasetti sembra quasi presentarsi come il 'rovescio della medaglia' del testo di Cassese, se è vero che in esso si presta attenzione a « l'inquadramento statale, il modo di ordinare i rapporti tra Stato e società, che il corporativismo tentò » mentre « interessano meno il dibattito corporativo, la sua cultura, le idee, le proposte » (ivi, p. 97) che invece rappresentano 'il cuore' del lavoro del Pasetti.

di un corporativismo *altro* rispetto a quello declinato nella concreta esperienza fascista.

L'attuazione della visione di Alfredo Rocco sanciva, infatti, allo stesso tempo il successo e il maggior limite del modello fascista: sottomettendo la partecipazione dei produttori all'indirizzo autoritario finiva per impedire uno sviluppo ulteriore rispetto alla sola fase sindacale, compromettendo le ambizioni di un corporativismo che realizzasse una mediazione degli interessi e ridefinisse la rappresentanza politica.

Se è pur vero che tale declinazione *gerarchico-tecnica* (7) del corporativismo scaturita dalla legislazione sindacale rappresentò il primo ed unico passo dell'evoluzione corporativa fascista — anche perché ritenuta sufficiente dagli industriali (e non solo) a compiere la desiderata restaurazione dell'ordine sociale — è però altrettanto rilevante come vi furono nella scienza giuridica italiana diverse *letture* offerte del corporativismo stesso (8), una pluralità di visioni presenti anche tra gli stessi giuristi c.d. *di regime* (9). Nondimeno tale molteplicità si rifletterà anche nella diffusione all'estero del modello fascista, tanto che — come dice Pasetti — « nel dare rilievo storico alla circolazione transnazionale del modello fascista va precisato che non si trattava di un discorso uniforme, organico, coerente in tutte le sue articolazioni » (pp. 200-201).

5. Il lavoro di Pasetti si inserisce, quindi, nel solco di quelle riflessioni che mirano a sciogliere ogni incertezza in ordine all'esistenza di una risposta corporativa pienamente novecentesca: si tratta di un traguardo non scontato su cui la storiografia (e la storiografia giuridica in particolar modo) si è trovata spesso a fare i conti.

(7) Tale definizione è ricalcata dal testo di Pasetti che fa riferimento alla descrizione del modello autoritario risultato della legislazione sindacale di Rocco, così come voluto e apprezzato dagli industriali italiani, ed in particolare alla visione dell'allora presidente di Confindustria Antonio Stefano Benni (pp. 113-125).

(8) Si tratta di un aspetto non approfondito da Pasetti ma che rappresenta un elemento chiave per l'attenzione rivolta all'esperienza corporativa da parte degli studi storico-giuridici. Tanti gli autori che negli ultimi anni hanno trattato di questo 'impatto' del corporativismo sull'evoluzione della scienza giuridica italiana; cfr. B. SORDI, *Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia*, in *Korporatismus in den südeuropäischen Diktaturen*, a cura di A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

(9) L'espressione è ripresa da un testo di Maurizio Fioravanti. Nel ricostruire la scienza giuridica pubblicista sotto il regime, infatti, Fioravanti rileva la possibilità di delineare quattro categorie distinte di giuristi in tale periodo e pertanto racchiude in un unico gruppo di riferimento i giuristi così detti — appunto — *di regime*. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990.

Proprio analizzando l'affermarsi di più 'modelli' istituzionali in qualche modo 'debitori' della riflessione corporativa — ed osservando il proliferare di discorsi intorno a tali esperienze, così come i molti richiami (e confronti) alle teorie corporative, in relazione anche ad esperienze notevolmente distanti sia per collocazione geografica che per tradizione giuridica ⁽¹⁰⁾ — è possibile ricavare una lettura del corporativismo fascista che lo identifica non solo come *una* delle declinazioni possibili, ma come *il* modello di riferimento, il primo ad affermarsi a livello istituzionale e a porsi per questo come metro di tutte le altre costruzioni che al nuovo corporativismo novecentesco guardavano quale soluzione efficace alla crisi dello Stato liberale di diritto.

Il suo scarso successo, del resto, valse ad accomunare l'esperienza corporativa italiana ad altre esperienze europee, se è vero che « i tentativi di creare una forma alternativa di rappresentanza politica furono deludenti » e che gli unici risultati delle politiche corporative si ebbero solo con riguardo a « la regolamentazione della dialettica sociale tramite il soffocamento della conflittualità e l'integrazione delle organizzazioni sindacali nello stato » (p. 253).

Modello egemone, dunque, ma non unico in una Europa largamente attraversata dalla risposta corporativa tra le due guerre mondiali.

STEFANO MALPASSI

⁽¹⁰⁾ Si fa qui riferimento, ad esempio, ai discorsi dei teorici dell'America latina o alle politiche del *New Deal* avviate negli Stati Uniti di Roosevelt, su cui Pasetti offre una rapida ma interessante ricognizione nel corso del terzo capitolo del suo lavoro. In relazione ai 'contatti' tra l'esperienza statunitense e quella fascista si richiamano in particolare i testi di M. VAUDAGNA, *Corporativismo e New Deal: integrazione e conflitto sociale negli Stati Uniti, 1933-1941*, Torino, Rosenberg e Sellier, 1981 e W. SCHIVELBUSCH, *3 New Deal. Parallelismi tra gli Stati Uniti di Roosevelt, l'Italia di Mussolini e la Germania di Hitler (1933-1939)*, Milano, Tropea, 2008.

A proposito di...

PIO CARONI

QUANDO IL CODICE ARRIVA A DESTINAZIONE

(A proposito di Wilhelm Brauner, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]. Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014)

1. La versatilità di un autore predestinato. — 2. Capisaldi di una storia esterna. — 3. Analizzare un testo sacro. — 4. Il dopo-codice. — 5. Un « codice dell'uguaglianza »?

1. *La versatilità di un autore predestinato.*

Wilhelm Brauner, che dal 1980 al 2011 è stato titolare di una cattedra di storia del diritto nell'Università di Vienna, è un autore tanto conosciuto quanto prolifico. La sua versatilità è quasi leggendaria, basta del resto consultare i titoli dei saggi raccolti nei (finora) cinque volumi dei suoi *Studien* ⁽¹⁾ per convincersene. Ignorano infatti tendenzialmente la sottile traccia, che separa il diritto pubblico da quello privato, relativizzano quella che distingue fra diritto materiale e processuale, sorvolano finalmente su quella che contrappone il diritto dispositivo a quello imperativo. Va ammirata, questa versatilità, poiché documenta l'enorme latitudine degli interessi e delle competenze via via acquisite dall'autore. Ma è altresì la *condicio sine qua non* per affrontare con la necessaria circospezione taluni momenti cruciali della storia giuridica, recente o remota che sia. La codificazione del diritto ne è un esempio eccellente. Fu infatti un'operazione complessa, lungimirante, visionaria; destinata a rinnovare le strutture del giuridico nella società, quindi tentacolare ad oltranza. Ma anche un'operazione, che la società poté poi gestire con una certa autonomia, talvolta persino scostandosi dalle intenzioni e dai desideri dei codificatori. Va perciò ritenuto benigno quel destino, che ha indotto Brauner a chinarsi sulla storia della codificazione austriaca, che è come dire: a sfruttare la propria versatilità

(1) W. BRAUNER, *Studien*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, P. Lang, 5 volumi, 1994-2015.

per cogliere dapprima e raccontare poi la complessità di una svolta storica a dir poco epocale, e a farlo con costanza e coerenza, oramai da una vita. In due occasioni ha tirato le somme di queste sue ricognizioni. Una prima volta trent'anni fa ⁽²⁾, una seconda recentemente, pubblicando il volume, che queste mie note intendono presentare criticamente ai lettori dei *Quaderni* ⁽³⁾.

2. *Capisaldi di una storia esterna.*

Nel capitolo iniziale, che è anche quello più corposo, l'autore esplora molto attentamente la genesi del codice. Ne riassume dapprima la *cronologia* partendo da lontano, ossia da una memoria di ignoto autore presentata fra il 1752 e il 1753 ⁽⁴⁾. Passa poi in rassegna le numerose tappe intermedie (il *Codex thesianus* del 1766, il rifiuto di Maria Theresia di sanzionarlo, l'allestimento del progetto di Horten, l'entrata in vigore di un codice parziale [il cosiddetto *Codice giuseppino*] all'inizio del 1787, il varo del Codice civile per la Galizia nel 1797) e la fase conclusiva, sfociata nella celebre *prima lettura* del testo (dicembre 1801 — dicembre 1806, per un totale di 132 sedute) e nella sanzione finale dell'Imperatore Francesco I, del 1 giugno 1811 ⁽⁵⁾. Come a dire: ci vollero 60 anni, quindi l'impegno di due generazioni, per arrivarne ad una e realizzare il piano — inizialmente figlio del riformismo assolutista — di unificare territorialmente il diritto privato. Chi si interrogasse in merito, già perché memore di procedure ben più speditive, farebbe bene a tener conto della eccezionale *malitia temporum*, quindi anche di un contesto politico tutto fuor che sereno ⁽⁶⁾, come anche di altri

⁽²⁾ W. BRAUNEDER, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811*, in «Gutenberg-Jahrbuch», 62 (1987), p. 205-254.

⁽³⁾ W. BRAUNEDER, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation, Band I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014 (di seguito semplicemente: *ABGB*). Quest'opera ha inaugurato una trilogia finora incompleta. Un secondo volume, che si propone di esaminare l'evoluzione del codice nel ventesimo secolo, verrà pubblicato nel corso del 2017 (W. BRAUNEDER, E. BERGER, *Das ABGB von 1912 bis 2012*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017). In compenso uscì per primo il terzo volume: *Das ABGB ausserhalb Österreichs*, a cura di E. Berger, Berlin, Duncker & Humblot, 2010.

⁽⁴⁾ *ABGB*, p. 24, 32-33.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 32-48; sulla prima lettura v. anche p. 46, 47, 65.

⁽⁶⁾ Splendido (e più che necessario) il riassunto di questo contesto, segnato dall'espansionismo napoleonico, dalla doppia entrata di Napoleone a Vienna e dall'opposizione dei paesi poi riuniti nella Santa Alleanza: ivi, p. 47-48.

ostacoli istituzionali. Spiegano infatti sia l'inconsueta durata di questa *Entstehungsgeschichte*, che la nostra meraviglia per la qualità dell'esito.

Alla cronologia seguono pagine (7), nelle quali l'autore ragiona — senza dare nell'occhio, ma efficacemente — sul concetto storico di codice. Non però, come troppo spesso ancora si fa, andando alla ricerca di precursori e battistrada, e facendone i protagonisti di un dialogo immaginario, ma puntando l'obiettivo sul *contesto normativo* di quella speciale legge, che fra il 1753 ed il 1811 con crescente determinazione fu poi chiamata 'codice'. Chi lo prenda sul serio, questo contesto, si vede costretto a tener conto di molte cose: ad esempio a ragionare sul rapporto fra compilazione e codificazione, e quindi sull'asserita esclusività/completezza del codice; a tener conto di quanto suggeriva ai legislatori la *prudentia legislatoria* così prossima alle rivendicazioni illuministiche (8); a valutare l'influsso via via esercitato da una ricchissima e talvolta disarmonica tradizione giusnaturalistica; e finalmente a soppesare la forza delle normative concorrenti, che erano molte, di origine variegata e di spessore non trascurabile. Per cui il codice nasceva da un ininterrotto confronto con quanto maturato nel tempo (il diritto comune e la sua elaborazione scientifica), con quanto suggeriva il territorio (il diritto locale-regionale), ma anche con le esperienze più recenti (fra le quali primeggiavano il codice prussiano e quello francese). Detto diversamente: la definizione del codice qui non cala dall'alto, non primeggia grazie alla sua stringenza logica, nemmeno rivendica sempiternità; piuttosto *risulta* da un magma per sua natura volubile, *emerge* da un intreccio di stimoli, valutazioni, tendenze. Questa è secondo me l'avvertenza destinata a chi va sempre ancora alla ricerca dello 'statuto ontologico' del codice, e mi pare di capire che i ragionamenti di Braunerder la condividano.

3. *Analizzare un testo sacro.*

Appurata così la genesi, nel secondo capitolo campeggia l'esito finale, ossia il testo del codice, così come entrò in vigore all'inizio del

(7) Ivi, p. 51-123.

(8) Notevole in merito la silloge *Prudentia legislatoria. Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert*, curata da H. Mohnhaupt, che firma pure la postfazione *Zu den fünf Schriften über die Gesetzgebung*, München, Beck, 2003, p. 459-495. Vedi inoltre D. KLIPPEL, *Vernünftige Gesetzgebung. Die Philosophie der bürgerlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, in *Konflikt und Reform. Festschrift für H. Berding*, a cura di W. Speitkamp, H.-P. Ullmann, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, p. 198-215; B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

1812. Viene dapprima analizzato quale testo autosufficiente (quasi fosse un quadro, incorniciato ma completo), più tardi quale sito specifico di una rete normativa (simile cioè al tassello di un mosaico). Tutto ciò offre all'autore l'occasione di ragionare sui plurimi predicati rivendicati dal codice e di precisarne il significato. Operazione più che necessaria, questa, vista l'ambiguità (quando non la semplice opinabilità) di taluni di essi. Vien dunque via via accertato:

— che il codice fu chiamato « bürgerlich » non perché aspirasse a rivolgersi preferibilmente o esclusivamente a destinatari di estrazione sociale borghese, ma perché conteneva regole *civilistiche*, perciò contrapposte ad altre regole giusprivatistiche di applicazione solo settoriale, come quelle di natura commerciale ad esempio ⁽⁹⁾. Come del resto conferma la traduzione ufficiale italiana: « Codice *civile* generale »;

— che fu altresì ritenuto « universale » (« allgemein »), poiché introdotto in tutto il vastissimo territorio dell'Impero ⁽¹⁰⁾;

— ma che fu pure possibile considerarlo « generale » (« allgemein »), se riferito ai destinatari. Da questo punto di vista il codice appunto non distingueva, si rivolgeva in modo uniforme a tutti ⁽¹¹⁾. Ma qui il ragionamento improvvisamente si inceppa. Per colpa, verrebbe di dire, di tutti quegli storici, che grazie a questa 'generalità' hanno voluto vedere nell'ABGB un « codice dell'uguaglianza » ⁽¹²⁾. Braunerder qui però dissente, e ne ha ben donde, come vedremo;

— e finalmente che la pretesa completezza, *scil.* la vantata esclusività del codice fu del tutto *sui generis*, poiché conseguita solo grazie ad una serie di rinvii (o rimandi) espliciti a leggi esterne di varia natura. L'autore le ha da tempo tematizzate, queste numerosissime *Verweisungen* ⁽¹³⁾. In quest'ultimo lavoro le enumera pazientemente ⁽¹⁴⁾, le ordina e le suddivide secondo la loro concreta funzione, ne registra l'incredi-

⁽⁹⁾ ABGB, p. 114, 175-177.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 177-178, 183.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 178-179.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 182 e ss.

⁽¹³⁾ W. BRAUNEDER, *Geschlossenheit der Kodifikation? Die Verweisungen im ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni, E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, p. 1-34. Sulla legislazione esterna chiamata in causa (quando non esplicitamente provocata) dai rinvii del codice vedi ora anche Id., *Österreichs ABGB: Vom Zentrum an den Rand der Privatrechtsordnung?*, in « Liechtensteinische Juristen-Zeitung », 2004, p. 59-70.

⁽¹⁴⁾ ABGB, p. 205-227, 290-296: alla legislazione esterna rinviavano 81 paragrafi dell'ABGB.

bile gonfiarsi nel corso del tempo ⁽¹⁵⁾, ed ammette altresì che ogni cambiamento della norma esterna lasciava magari intatto il testo del codice, ma tanto o poco ne modificava la valenza ⁽¹⁶⁾. E poi si interroga sulle ragioni del successo di questa strategia e formula riflessioni meritevoli di venir riprese.

4. *Il dopo-codice.*

Se mi fermassi qui e mi accontentassi delle descrizioni evocate finora, quale giudizio sull'opera potrei cavarne? Uno indubbiamente positivo: già perché se anche l'autore costruisce su fondamenta accreditate dalla tradizione, non si limita a confermarle, ma indaga, emenda e chiarisce facendo spesso capo alla statistica ed elaborando analisi a tappeto di molti materiali noti, ma valutati finora proprio solo *en passant*. È preciso, concreto, persino puntiglioso, come non lo fu sempre in lavori precedenti ⁽¹⁷⁾. Già per questo motivo lo spaccato storico che ci offre 'tiene'. Ma gli faremmo ugualmente un torto, se lo giudicassimo così. Perché, come ho già ricordato anni fa ⁽¹⁸⁾, Brauner guarda *anche* in un'altra direzione, è fra i pochi, diciamo pure fra i pochissimi, che vogliono *inoltre* sapere « von welcher Art von Recht die Bevölkerung tatsächlich berührt wurde » ⁽¹⁹⁾. Questa domanda, però,

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 213: nel 1837 poco più di mille disposizioni esterne rifluirono, grazie a questi espliciti rinvii, nell'area del codice.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 207-208.

⁽¹⁷⁾ Puntigliosità tutt'altro che gratuita, poiché destinata a svelare le ragioni di atteggiamenti, presenze, paragoni, ecc., che hanno tutti avuto un loro peso. Quindi desiderosa di appurare (per citare qualche esempio) il significato concreto della memoria del 1752-1753 (p. 33); i motivi del costante disinteresse per il codice civile per la Galizia del 1797 (p. 42-45); la frequenza e il significato dei rinvii al diritto naturale o al *Landrecht* prussiano durante i lavori conclusivi della commissione di redazione (p. 73, rispettivamente 104-106); il costante impegno di Zeiller per la legislazione sia penalistica che civilistica (p. 201-203); la composizione concreta e l'efficacia argomentativa di commissioni deputate a tutelare interessi cetuali o regionali (p. 27-32, 76-80) e finalmente l'influsso esercitato dal *Landrecht* prussiano sulla strategia codificatrice austriaca (p. 99-108).

⁽¹⁸⁾ La sera del 18 gennaio 2008 a Vienna fu consegnata a Wilhelm Brauner una *Festschrift* dal titolo *Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive*, Wien, Manz, 2008. In quell'occasione, per desiderio dei curatori e dell'editore, tenni una conferenza dal titolo *Unterwegs zu einer 'anderen' Kodifikationsgeschichte*, nella quale anticipai riflessioni, che ricorrono anche nella presente recensione.

⁽¹⁹⁾ W. BRAUNER, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?*, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997, p. 3.

che a me sembra essenziale, se la pongono solo quelli che non si accontentano di inneggiare al codice, di tributargli onori da capogiro o di nutrirne il mito. Ma che non disdegnano di accompagnarlo quando arriva a destinazione ed entra in quella società, che tanto o poco l'aveva voluto; rispettivamente quando magari tenta di disciplinarla, e invece viene risucchiato dalla conflittualità, interagisce con altre forze o tendenze e spesso seconda preferibilmente le mire di chi nella società emerge. È come dire che alle celebrazioni per l'esito vincente della lunga rincorsa pre-codice, segue ora il lavoro 'sporco' del dopo-codice, magari più complesso e meno gratificante, ma storicamente più avvincente.

Già nell'ultimo decennio del secolo scorso Braunerder aveva occasionalmente depresso l'ottica del legislatore-mittente, per sposare quella del consumatore-destinatario ⁽²⁰⁾. Come quando descrisse, nel 1992, l'attività di quella particolare associazione di lettura, che era stata fondata a Vienna nel 1840 ⁽²¹⁾. Intendeva corrispondere al desiderio della borghesia colta di aggiornarsi su temi politico-giuridici, di discuterli alla luce delle pubblicazioni più recenti, come anche delle tendenze prevalenti. Se metteva il codice al centro delle sue riflessioni, non quando questo partiva, ma nel momento in cui arrivava, veniva letto, interpretato, discusso, in vista di venir poi applicato.

La fecondità di questo approccio viene peraltro confermata da molte tematiche finora spesso sottovalutate, che quest'opera forse conclusiva mette invece consapevolmente a fuoco e discute con grande equilibrio. Penso, tanto per citare qualche esempio, ai ragionamenti sui destinatari del codice e alle opportune distinzioni che in merito andavano fatte (fra semplici destinatari, beneficiari e consumatori, oppure fra semplici cittadini e borghesia colta); al desiderio del legislatore di favorire una diffusione ideale delle nuove regole, prevedendo distinte modalità a seconda del grado di istruzione dei 'consumatori'; oppure all'attenzione per una formulazione linguistica accurata, tale da garan-

⁽²⁰⁾ BRAUNEDER, « Gutenberg-Jahrbuch », cit., p. 228; ID., *Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache*, in *Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie*, in *Studien*, I, 1994, pp. 519-543, specialmente, p. 520-524; ID., *Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift für G. Wesener*, a cura di G. Klingenberg, J.M. Rainer, H. Stiegler, Graz, Leykam, 1992, p. 67-80, specialmente 75-80. Notevole in merito anche C. SCHOTT, *Gesetzesadressat und Begriffsvermögen*, in *Festschrift für H. Hübner zum 70. Geburtstag*, a cura di G. Baumgärtel, H.-J. Becker, E. Klingmüller, A. Wacke, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1984, p. 191-214.

⁽²¹⁾ W. BRAUNEDER, *Leseverein und Rechtskultur. Der Juridisch-politische Leseverein zu Wien 1840-1990*, Wien, Manz, 1992.

tire al codice una comprensibilità ottimale (22). Senza però dimenticare le molte pagine dedicate all'ABGB in balia dei venti (politici ma non solo) ottocenteschi, che quindi ne accertano la soppressione in territori persi oppure la sua estensione a quelli recentemente (ri)conquistati; che fanno spazio all'aggiornamento garantito dalla giurisprudenza e dalla riflessione scientifica; che indagano sui contraccolpi provocati dalle modifiche costituzionali e sugli emendamenti che inevitabilmente ne seguivano. Per concludere con la pandettizzazione di fine secolo, in merito alla quale il giudizio storico è tuttora controverso (23).

Scrutare la realtà dall'osservatorio del destinatario appare dunque quale salutare inversione di rotta, intrigante non solo quando il discorso verte (come in questo libro) sulla storia di un codice, ma generalmente. Se ne ricordò l'autore quando, tempo fa, ragionò in pagine coraggiose sul concetto (quant'altro fumoso) di *'diritto privato europeo'* e per l'occasione smontò divertito le citatissime tesi di H. Coing e R. Zimmermann (24). Trovò strano (per non dire fuorviante), che l'antico sistema delle fonti, quello poi progressivamente esautorato dal codice, si presentasse all'insegna di regole (quelle del diritto comune) di impatto pratico *marginale*, poiché applicabili generalmente solo in seconda battuta, *scil. sussidiariamente* (25). E vide in questa singolarità una conseguenza dell'abitudine di ribadire anzitutto le ragioni del mittente. Che erano realmente « comuni », come poteva esserlo la scienza giuridica europea, sviluppatasi sul continente dal XII secolo in poi. Metteva a disposizione un invidiabile apparato e una superba documentazione, questo è vero. Ma solo il destinatario, in ambito dunque locale, decideva se e come tenerne eventualmente conto, ovvero interpretando il diritto proprio della regione (che indiscutibilmente veniva applicato in prima battuta), ovvero ricorrendo alla norma sussidiaria del diritto comune. Chi tiene conto di queste riflessioni si accorge subito che l'ipotesi del *'diritto privato europeo'* perde vieppiù di

(22) Su tutti questi temi ABGB, p. 123-171; W. BRAUNEDER, *Gebörige Kundmachung — Entschuldbare Rechtsunkenntnis*, in *Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott*, a cura di M. Senn, C. Soliva, Bern, P. Lang, 2001, p. 15-26.

(23) Su tutti questi temi vedi il terzo (e conclusivo) capitolo, p. 256-288, nonché W. BRAUNEDER, *Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, in « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », 5 (1983), p. 22-43.

(24) W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht — aber was ist es? (Anmerkungen zu Coing und Zimmermann)*, in « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », 15 (1993), p. 225-235; ID., *Frühneuzeitliches Recht im Rauriser Alpenland. „Europäisches Privatrecht“ im 16. Jahrhundert*, in « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », 24 (2002), p. 3-18.

(25) Ma potremmo anche dire: l'unica cosa davvero *comune* nel vecchio sistema delle fonti era la priorità del diritto non comune, ossia locale (rispettivamente *proprium*).

consistenza, finalmente svanisce. Può ugualmente venir studiata — come del resto avviene tuttora — ma la sua realtà rimane fantomatica.

Anche in un altro ambito, solo marginalmente correlato al codice, il cambiamento di prospettiva qui discusso apre a scenari finora poco considerati: nel regno delle pratiche contrattuali. Che l'autore conosce bene, per averlo esplorato a più riprese, massime nel contesto concreto dei rapporti patrimoniali fra coniugi o della successione ereditaria ⁽²⁶⁾. Il diritto così elaborato grazie all'autonomia, della quale già in epoca precodificatoria i coniugi o il *de cuius*, rispettivamente gli eredi disponevano, sfugge infatti all'occhio e alla previsione del legislatore, si sottrae al suo comando. Vive solo nella dimensione conferitagli concretamente dalle parti contrattuali. Nasce se si vuole dal basso, diritto privato gestito da privati, che il codice non conosce, ma saggiamente rispetta.

5. Un « codice dell'uguaglianza »?

Ma la cartina di tornasole, quella che rivela irrefutabilmente non solo l'utilità, ma pure l'urgenza di spostare l'osservatorio, la offre quella tesi, che vede nell'ABGB un « codice dell'uguaglianza ». Evocata anni fa da autorevoli storici del diritto ⁽²⁷⁾, ha provocato il comprensibile malumore del nostro autore. Che a questa connotazione quasi euforica contrappone il giudizio — altrettanto univoco, ma palesemente contrario — dei contemporanei. Cita Pratobevera, Gönner e Bluntschli, dunque autori di grido, che anche in tema di codici la sapevano lunga. Bluntschli ad esempio, che proprio in quegli anni si apprestava a codificare il diritto privato zurighese, rinunciò a considerare l'ABGB anche solo quale possibile modello, poiché lo riteneva (troppo) conservatore ed assolutistico ⁽²⁸⁾.

Posto così come sono tra incudine e martello, ma dovendomi

⁽²⁶⁾ BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht — Aber was ist es?*, cit., p. 227, 232; Id., *Frühneuzeitliches Recht im Rauriser Alpental*, cit., p. 14-17; Id., *Rechtseinheit durch elastisches Vertragsrecht: Das Ebegüterrecht der österreichischen Privatrechtskodifikationen*, in *Festschrift für Fritz Schwind*, a cura di F. Matscher, I. Seidl-Hohenveldern, C. Karas-Waldheim, Wien, Manz, 1993, p. 135-146; Id., *Freiheit des Vertragsinhaltes und Typenbindung im Ebegüterrecht*, in « *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* », 1974, p. 1-18.

⁽²⁷⁾ Si tratta di T. Mayer-Maly, W. Ogris, G. Wesener, U. Flossmann e F. Wieacker, citati dall'autore a p. 182 (ma così già in Id., *Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation*, cit., p. 67-68). Ma è bene ricordare che i motivi concreti allegati da questi autori non sono del tutto omogenei.

⁽²⁸⁾ ABGB, p. 183, 186. Ma il significato preciso del secondo predicato (assolutistico) resta difficile da appurare. Bluntschli lo ribadisce altre volte nello stesso scritto (v. ad esempio alle pagine XIV e XV), ma sempre senza precisare.

prima o poi decidere, penso sia anzitutto utile ribadire quell'evidenza, che fa dipendere (anche) la valenza di un codice — cioè quello che intende propiziare, come quello che cerca di impedire — dal contesto nel quale opera, che può essere sia sociale che normativo. Può dunque capitare che, modificandosi questo, cambi nel contempo il significato di regole rimaste formalmente invariate. In questi casi, che proprio in tema di ABGB si presentano con frequenza, dovremo cercare altrove la risposta ai nostri interrogativi. Nel *contesto sociale* ad esempio, quando sarà necessario conoscere l'impatto concreto (rispettivamente la forza d'urto) di quella norma, che dall'inizio del secolo aveva generalizzato la capacità giuridica, e quindi la riconosceva in capo a chiunque ⁽²⁹⁾. Oppure nel *contesto normativo*, quando ci serviranno ragguagli su tutte quelle situazioni, che l'ABGB — pur conoscendole — ha preferito non regolare. Ad esempio su quanto interessava solo localmente, operava solo provvisoriamente oppure concerneva i destinatari solo singolarmente. Su tutto quanto, in una parola, proprio per questi differenti motivi non trovò sede nel codice, ma era ugualmente da disciplinare. Detto questo cerchiamo anzitutto di distinguere.

a) La società austriaca, nella quale il codice fu elaborato e messo in vigore, era una *monarchia cetuale*. Che non solo nessuno aveva l'intenzione di abolire, ma che fu altresì consapevolmente voluta e aspramente difesa nella lotta — finalmente vittoriosa — contro Napoleone ⁽³⁰⁾. Il codice la dà perciò per scontata, conferma le strutture feudali e approva, ciò facendo, le diversità sociali che ne derivavano. Anche se non le evoca esplicitamente. A questa società di dissimili (nel significato concreto appena precisato) si rivolge quale messaggio unico ed unitario, ossia quale « ius universale e quindi applicabile a tutte le classi dei cittadini » ⁽³¹⁾. Ma se lo stesso codice interpella disuguali e condivide i motivi di questa loro situazione, deve inevitabilmente tenerne conto, *ossia corrispondervi*. A ciò allude Zeiller quando afferma che « le leggi civili adunque devono essere ugualmente giuste per tutti » ⁽³²⁾. Dal che si deduce che uno spazio per l'uguaglianza nel-

⁽²⁹⁾ ABGB § 16. Sul punto ora P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2015, p. 122-124.

⁽³⁰⁾ Brauneder lo ricorda esplicitamente a più riprese, ad esempio in ABGB, p. 186 e ss.

⁽³¹⁾ F.V. ZEILLER, *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, Venezia, Picotti, 1815, I, *Nozioni preliminari*, § XVII.

⁽³²⁾ Ivi, § XII. Si tratta del ragionamento, che da sempre Brauneder ha messo al centro delle sue riflessioni in merito, vedi ad es. ABGB, p. 184 e ss., ma anche BRAUNEDER, « Gutenberg-Jahrbuch », cit., p. 241-245; Id., „Allgemeines“ aber nicht gleiches Recht: das ständische Recht des ABGB, in *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806*, a cura di H. Hattenhauer, G. Landwehr, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, p.

l'ABGB davvero c'era, *ma comunque solo per quella che costringe ovunque il legislatore a tener conto delle disuguaglianze, ossia a fronteggiarle distinguendo, dando risposte disuguali*.

Il codice la tenta con successo, questa apparente quadratura del cerchio, e lo fa con enorme discrezione ⁽³³⁾. Capita dunque che il 'privilegio' attribuito al 'diverso' si nasconda dietro ad una formulazione apparentemente generale ⁽³⁴⁾, e il pensiero allora corre — per l'innegabile analogia — a quei codici ottocenteschi, che avevano 'generalizzato' la fruizione dell'istituto prevalentemente commerciale della società anonima ⁽³⁵⁾. Ma può anche darsi che il riguardo dovuto al disuguale venga pudicamente delocalizzato e affidato a uno dei numerosi rinvii previsti dal codice ⁽³⁶⁾.

Questa strategia fa risaltare nitidamente la peculiarità del codice austriaco rimpetto ai due codici che l'avevano preceduto. Messo accanto a quello francese, è come se uscisse da un altro mondo, che l'*égalité* — quella esplicita e diretta, tanto o poco figlia della rivoluzione — l'aveva combattuta apertamente e per il momento comunque non la voleva ⁽³⁷⁾. Quanto poi al *Landrecht* prussiano, appare utile sfumare: perché se comune era ai due l'esplicita premessa monarchico-cetuale, diverse furono le modalità della sua implementazione. In Prussia la struttura cetuale era ancora manifesta ed incontestata. Provocava una moltiplicazione di messaggi espliciti ed autonomi, rispettivamente di « titoli », che ora greminavano la seconda parte del *Landrecht*, simboli di un ordine destinato a

23-33, specialmente 26 e ss.; Id., *Eine neuständische Kodifikation*, cit., p. 71-73; Id., *Geschlossenheit der Kodifikation?*, cit., p. 5, 19-22.

⁽³³⁾ Con quella discrezione, potremmo aggiungere, che il legislatore prussiano non conosceva, ma della quale nemmeno aveva bisogno.

⁽³⁴⁾ ABGB, p. 190-191.

⁽³⁵⁾ P. CARONI, *Der "demokratische" code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie*, in *Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*, a cura di P. Caroni, Bern-Stuttgart, Haupt, 1984, p. 19-68, specialmente 52-53, nota 154.

⁽³⁶⁾ ABGB, p. 191-192, 215-216.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 108 e ss., 186 e ss. Sul rapporto fra ABGB e *Code civil* vedi da ultimo J.M. RAINER, *Franz von Zeiller und der Code civil Napoleons*, in *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, I, p. 867-879; W. BRAUNEDER, *Zum Code civil in Österreich*, in *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, a cura di B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, A. Somma, Frankfurt a.M., Klostermann, 2006, p. 413-423; Y. MAUSEN, *Gesetzgebung und Systemdenken bei Zeiller und Portalis*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 32 (2010), p. 161-178; F.-S. MEISSEL, *De l'esprit de modération — Zeiller, das ABGB und der Code civil*, in *Grundlagen österreichischer Rechtskultur. Festschrift für W. Ogris zum 75. Geburtstag*, a cura di T. Olekowski, C. Neschwara, A. Lengauer, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2010, p. 265-292.

durare. In Austria invece, come vedemmo, maggior discrezione: il codice non nomina espressamente le strutture feudali, ma sa in compenso che con altrettanta discrezione vanno rispettate. Senza dare nell'occhio, magari, ma efficacemente. Tutto, verrebbe la voglia di dire, appare meno drastico e definitivo, sembra impercettibilmente scivolare verso la dissoluzione⁽³⁸⁾. Questa impressione viene peraltro rafforzata dalla compresenza di istituti di genuina estrazione liberale-egualitaria, come — è certamente l'esempio più noto — in ambito proprietario⁽³⁹⁾. Non concorrono ancora apertamente con le soluzioni ancorate nella realtà cetuale, perché fa loro difetto il necessario spazio istituzionale; in questo senso vivono solo sulla carta⁽⁴⁰⁾, ma sembrano ugualmente indicare in che direzione si muove il tempo. Documentano cioè, con la loro presenza tuttora silenziosa, quel carattere visionario, nel quale Franz Klein in un celebre saggio di cento anni fa aveva colto un segno della modernità del codice austriaco⁽⁴¹⁾.

b) Verso metà secolo, dapprima nel 1848-1849, poi negli anni sessanta, l'abolizione della signoria fondiaria (*Grundherrschaft*) e quella

(38) Anche Braunerder segnala la novità di questa situazione, ad esempio quando definisce ora solo « neocetuale » (« neuständisch ») questo traballante assetto, così ad es. p. 192 e ss., ma già in *Eine neuständische Kodifikation*, cit., *passim*; Id., *Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache*, cit., p. 526-527, 543.

(39) *ABGB*, p. 219-226; CARONI, *Privatrecht*, cit., p. 204, nota 74. L'*ABGB* conosce due forme proprietarie: una moderna proprietà unitaria (§ 354) e una storica proprietà divisa (§§ 357-359), tipica del rapporto feudale. La prima forma, che molti codici tuttora disciplinano, era dall'inizio pensata per il futuro e restò a lungo inutilizzata. Solo la soppressione dei vincoli feudali, della quale si dirà, liberò lo spazio, che le permise di decollare. Questa singolare compresenza di istituti non precisamente sintonizzati è stata spesso messa a fuoco dagli storici del diritto. L'ha rettamente ritenuta un anacronismo F. KLEIN, *Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in *Festschrift zur Hundertjahrfeier des ABGB*, I, Wien, 1911, p. 3-32, specialmente 17. Chi non crede che le regole del codice siano messaggi, che si realizzano solo nel tempo e non necessariamente secondo le attese del legislatore, ma le mette tutte sullo stesso piano e le ritiene tutte già implicitamente realizzate nel momento, in cui il codice entra in vigore, prova poi disagio nei confronti dell'*ABGB* e trova ovviamente che « il suo impianto e i suoi contenuti stridono con la realtà politica e sociale del tempo » (così G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 104; così anche H. MERZ, *Privatautonomie heute. Grundsatz und Rechtswirklichkeit*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1970, p. 5-6).

(40) Così l'azzeccatissimo titolo di una raccolta di interventi ad un colloquio tenutosi a Praga nell'autunno del 2011: *Bürgerliche Gesellschaft auf dem Papier. Konstruktion, Kodifikation und Realisation der Zivilgesellschaft in der Habsburgermonarchie*, a cura di W. Braunerder, M. Hlavacka, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

(41) KLEIN, *Die Lebenskraft*, cit., p. 31.

degli altri istituti feudali ⁽⁴²⁾ modificò radicalmente il contesto, nel quale l'ABGB concorreva a disciplinare la vita della società. Venivano così rimosse quelle situazioni preborghesi, che il legislatore aveva condiviso, perciò gestito *distinguendo*, ossia formulando risposte diverse per casi differenti. Ma rimaneva intatto il riconoscimento generale della capacità giuridica. La domanda è allora di prammatica e va formulata così: lo diventò finalmente *ora* un codice dell'uguaglianza, l'ABGB? Ma potrebbe suonare anche diversamente, potrei riferirla alla società codificante in genere e prescindere ciò facendo dal caso concreto qui all'esame. E allora potrebbe essere questa: la società formata da cittadini tutti ugualmente titolari della stessa capacità giuridica è, già per questo motivo, anche ugualitaria? Tento di spiegare perché non me la sento di rispondere affermativamente.

In un'ottica rigidamente formale non ci sono dubbi: la generalizzazione della soggettività giuridica fu figlia di una strategia ugualitaria ⁽⁴³⁾. Sembra lecito sottolinearlo e cantare vittoria. Ma chi lo fa si aggrappa al testo del codice e attribuisce all'istituto in parola una valenza *autonoma* e *astratta*, che nella realtà non ha mai avuto. Sarebbe stato utile, prima di magnificarne il carisma ugualitario, vederlo all'opera, accompagnarlo nel suo viaggio, appurare come venne metabolizzato e come si mosse in quella società, alla quale era destinato. E parimenti sarebbe stato utile conoscerla meglio, questa società, tentare di capire come si organizzasse e cosa ora, a differenza di prima, preferisse. La recente rimozione delle strutture feudali, questo appare indiscutibile, aveva clamorosamente messo a nudo una realtà caratterizzata da diseguale ripartizione della ricchezza, in questo senso costellata di *imparità economiche*. Erano in sé di origine storica. Solo che finora non si vedevano, perché nella realtà feudale pareti e barriere di ogni genere distinguendo separavano, e a tal modo opacizzavano lo sguardo. Erano perciò più presunte che davvero conosciute e rimasero per questo motivo a lungo inoperanti. Uscite che furono ovunque allo scoperto a metà Ottocento, il legislatore non si scompose. Convinto comunque che « ripugnasse al buon senso il sostenere una reale e totale

⁽⁴²⁾ Penetrante è lo sguardo riassuntivo di S. ADLER, *Lebenwesen*, in *Österreichisches Staatswörterbuch*, II, Wien, 1896, p. 632-642. Ma vedi anche W. WAGNER, *Die Privatisierung des Lehnrechts*, in *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, a cura di W. Selb, H. Hofmeister, Wien-Graz-Köln, Böhlau, 1980, p. 226-247; M.R. DI SIMONE, *L'abolizione della feudalità in Italia: il caso veneto nella pubblicistica e nella legislazione dell'Ottocento*, in EAD., *Percorsi di diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 277-313.

⁽⁴³⁾ Sul punto vedi ora CARONI, *Privatrecht*, cit., p. 120 e ss., specialmente 125.

eguaglianza di diritti »⁽⁴⁴⁾, le considerò inevitabili, ragione per cui non si ritenne interpellato, ossia stavolta *non vi corrispose*. Forse che si può dire: lasciò perdere? Oppure, che la cosa gli era del tutto indifferente? Certo che lo si può dire, ma non è credibile. Piuttosto va ritenuto: non gli dispiaceva del tutto sapere che le imparità economiche, espunte tacitamente dall'area codicistica, ricadessero ora in quella sociale-economica. Che non era né un letargo, né un limbo inoffensivo. Qui non furono infatti abbandonate al loro destino, ma subito fecero gola ai capitani di quel sistema economico, al quale la defeudalizzazione aveva permesso di decollare. Ruotava attorno al mercato e inneggiava al « gioco » della concorrenza. In questo diverso contesto sociale le disparità economiche — finalmente visibili ad occhio nudo — non potevano passare inosservate. Furono piuttosto allineate, talvolta impietosamente, quindi anche senza nascondere le situazioni personali, che stavano loro a monte; furono misurate secondo criteri uniformi, e valutate come serviva a un'economia sempre più monetaria; dopo di che fu facile compararle e appurarne gli scarti, rispettivamente i divari. Che il sistema, spintovi dalla pressione esercitata dal mercato, suggeriva poi di considerare vere e proprie opportunità, ossia *energie*, che andavano sfruttate a dovere da chi poteva⁽⁴⁵⁾. Fu un esito, questo, al quale proprio i capisaldi apparentemente ugualitari dei codici borghesi, *in primis* l'uguaglianza formale e la libertà dei contratti, avevano permesso di aspirare in condizioni ottimali. Come poi, considerate queste e analoghe peripezie; accertata la funzione concretamente garantita da regole che il codice aveva formulato in un contesto ancora plaudente, sembri tuttora possibile sposare l'ipotesi di un codice ugualitario, resta per me un mistero.

(44) Così F.V. ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, 3. Edizione italiana riveduta e corretta sull'ultima edizione tedesca, G. Milano, Silvestri, 1830, §§ 22 e 50, la citazione a p. 69.

(45) P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina* altra, Milano, Giuffrè, 2009, p. 68-70, 82-83, 231-232; ID., *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2012, p. XIII-XV; ID., *Privatrecht*, cit., pp. 138 e ss., 147, 151, 153, 158, 162-166, 183, 238.

BARTOLOMÉ CLAVERO

MATRIMONIO SIN SIGNO DE GÉNERO
Y CON CARGA DE HISTORIA

(A propósito de *Obergefell v. Hodges* y de *Marriage Equality*) ⁽¹⁾

The history of marriage as a union between two persons of the opposite sex marks the beginning of these cases.

US Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 2015.

[C]ontrary to Chief Justice Roberts's assertion, the Constitution had everything to do with the result in *Obergefell*.

David Cole, *Engines of Liberty*, 2016.

1. Irrupción de la unión homosexual en los dominios del matrimonio heterosexual. —
2. Año 1879: poligamia y establecimiento de un modelo constitucional de matrimonio. —
3. Año 2015: amistad de la historia con la justicia y con la institución del matrimonio. —
4. La sentencia y su larga sombra: ¿la poligamia como piedra de toque? —
5. Una primera narrativa histórica: ¿*Obergefell* como fin de partida? —
6. Concluyendo con Estados Unidos, México y España. —
- 6.1. Constitucionalismo moral. —
- 6.2. Religión constitucional. —
- 6.3. Desestablecimiento matrimonial.

1. *Irrupción de la unión homosexual en los dominios del matrimonio heterosexual.*

El 26 de junio de 2015 la Corte Suprema Federal de los Estados

⁽¹⁾ David COLE, *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, New York, Basic Books, 2016, parte I: « Marriage Equality », la primera y urgente historia de *Obergefell v. Hodges*. Para los datos básicos del caso, scdb.wustl.edu/analysisCaseDetail.php?sid=&cid=2014-070-01&pg=0. Este *A propósito* aparece simultáneamente en mi recopilación de trabajos *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik. Aquí agrego alguna referencia bibliográfica de última hora.

Unidos, por su sentencia en el caso *Obergefell v. Hodges*, fue noticia de portal en los medios de soporte digital y de primera página en los de papel a todo el alrededor de las latitudes eurodescendientes y asimiladas del planeta. En casa, el *New York Times* titulaba: « Supreme Court Ruling Makes Same-Sex Marriage a Right Nationwide », presentando el acontecimiento como « a long-sought victory for the gay rights movement » tras « decades of litigations and activism ». A las pocas semanas, el 21 de Julio, en el mismo periódico, un artículo de opinión se interrogaba desde su título « Is Polygamy Next? », recurriendo a la ironía para deslizar una apreciación no del todo halagüeña sobre la sentencia mediante la insinuación de favorecimiento de otro paso más allá: « In particular, could the decision presage a constitutional right to plural marriage? If there is no magic power in opposite sexes when it comes to marriage, is there any magic power in the number two? ». Alega que nada menos que el mismísimo presidente de la Corte Suprema se hace eco del tal augurio sobre la poligamia en su voto particular beligerante contra una sentencia que juzga arbitraria por carente de base constitucional alguna. La conexión con la poligamia se realiza como si no hubiera cuestionamiento posible acerca de lo nefando de su práctica. La mayoría que suscribe la sentencia es la mínima de cinco entre nueve (2).

No voy a mirar, sin embargo, tanto hacia el futuro como hacia el pasado, aunque sólo fuere porque habrá de reconocerse que este segundo, el tiempo ya cumplido, resulta algo más cognoscible o, quizás mejor, porque el porvenir sólo cabe que se vislumbre desde una posición de presente al tanto de su historia, lo que también procuraremos hacer seguidamente, ya concluyendo (3). Miro primeramente atrás

(2) *New York Times* de dichas fechas, online. El artículo lo suscribe William BAUDE, profesor de derecho constitucional y justicia federal en la Universidad de Chicago, en cuyo sitio su página personal notifica que había sido letrado del referido presidente de la Corte Suprema, *Chief Justice* John G. Roberts Jr. La conexión entre homosexualidad y poligamia, junto a otras compañías como el incesto y la zoofilia, no es nueva en esta Corte: Joseph BOZZUTI, *The Constitutionality of Polygamy Prohibitions After Lawrence v. Texas: Is Scalia a Punchline or a Prophet?*, en « *The Catholic Lawyer* », 43 (2004), pp. 409-442.

(3) Justin DESAUTELS-STEIN, *A Context for Legal History, or, This is not your Father's Contextualism*, en « *American Journal of Legal History* », 50 (2016), 1, *The Future of Legal History*, pp. 29-40, remitiendo de entrada y con cierto escepticismo a Jo GULDI, David ARMITAGE, *The History Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 14, arrancando: « The discipline of history holds particular promise for looking both backwards and forwards. After all, historians are masters of change over time », aunque en efecto, a la hora de ejercer el oficio, no se sepa del todo siempre bien en virtud de qué.

por razón además de que, al contrario de lo que expresa dicho voto disidente, es hacia sus espaldas para donde dirige la vista la sentencia. *Obergefell v. Hodges* es uno de esos casos ante cuya decisión judicial última puede decirse que *history matters*, que la historia puede que le importe sustancialmente al derecho, sea en pro o a la contra, ya veremos en el caso.

El pronunciamiento de la Corte Suprema a favor del matrimonio sin acepción de género podía ser previsible socialmente, en determinados sectores sociales ante el reclamo homosexual de libertad en igualdad, pero no lo era jurídicamente en el seno del ordenamiento federal al que este tribunal, la Corte Suprema, se debe, habida cuenta de su propia jurisprudencia consolidada sobre el modelo constitucional de familia. Hace poco más de una década, la misma Corte legitimó la homosexualidad despenalizando su ejercicio, pero esto no constituye en rigor un precedente de la sentencia actual (4). No guardan relación correlativa ni consecutiva la homosexualidad y el matrimonio monógamo homosexual, igual que no la hay entre éste y la poligamia (5).

Utilizo una doble adjetivación para la nueva institución matrimonial porque el enlace monógamo puede ser tanto heterogámico, de mujer y hombre, como homogámico, de dos mujeres, y homoándrico, de dos hombres, lo mismo que la poligamia puede ser poliginia o polian-dria según que la parte plural, de no serlo ambas o sólo alguna de ellas por separado, sea la femenina o la masculina. Si son plurales las dos

(4) Carlos A. BALL, *From the Closet to the Courtroom: Five LGBT Rights Lawsuits That Have Changed Our Nation*, Boston, Beacon, 2011, cap. 5; Dale CARPENTER, *Flagrant Conduct: The Story of Lawrence v. Texas. How a Bedroom Arrest Decriminalized Gay Americans*, New York, W.W. Norton, 2012, sobre el caso de 2003 que suele tomarse ahora, tras *Obergefell v. Hodges*, como principal precedente y del que también trata BOZZUTI, *The Constitutionality of Polygamy Prohibitions After Lawrence v. Texas*, cit., quien además ofrece muestra de una nutrida literatura comparativa entre los supuestos de relaciones sexuales o convivenciales no heterosexuales o no duales que no será por supuesto la única que aquí se registre. El *Scalia* del subtítulo (*Is Scalia a Punchline or a Prophet?*, cit.) es el juez de la Corte Suprema, hasta su muerte reciente, Antonin Scalia, uno de los más inmovibles opositores a cualquier legalización de dicho género de relaciones con el argumento constante de que « the Constitution does not forbid the government to enforce traditional moral and sexual norms » (*United States v. Windsor*, 2013, voto disidente), una extraña competencia que ya veremos cómo se formó.

(5) Joanna L. GROSSMAN, Lawrence M. FRIEDMAN, *Is There Still a Crowd? Polygamy and the Law After Obergefell v. Hodges*, en *Verdict. Legal Analysis and Comment from Iustia*, 2015, online, colacionando y confrontado el caso sobre poligamia que aquí habremos de tratar (*Reynolds v. United States*, 1879), pues la cuestión es que históricamente la conexión con la homosexualidad se ha producido y además con fuerza.

partes, cabe hablarse de poliandria (6). Por su lado, el matrimonio monogámico debiera denominarse, en rigor, duogámico, pero no voy a debatirme aquí entre distingos terminológicos que pudieran acabar por provocar confusión comenzándose con la bigamia en el sentido, no de uno, sino de dos matrimonios. Monogamia, esto es, unión de uno, para el matrimonio dual, con dos uniones pues hay dos sujetos, la unión del hombre con la mujer y la de ésta con aquel, procede de que tradicionalmente sólo se le otorga relevancia a un titular de derecho, el masculino por supuesto (7). Seguiré sin embargo diciendo monogamia para la duogamia. Dejemos en todo caso señalado, por cuanto veremos, que este uso invisibiliza la opción perfectamente legítima de la mínima unidad familiar, la unipersonal con derecho, si no hay discriminación, a los beneficios de serlo (8).

(6) *The Polygamy Question*, eds. Janet Bennion y Lisa Fishbayn Joffe, Boulder, University Press of Colorado, 2016, p. 3: « Though we use *polygamy* throughout this volume, we are referring to *polygyny*, where one man is married to several women », lo que es, sin la debida advertencia, lo habitual: Martha BAILEY, Amy J. KAUFMAN, *Polygamy in the Monogamous World: Multicultural Challenges for Western Law and Policy*, Santa Barbara, Praeger, 2012. La poliandria es menos inusual en la historia de lo que suele pensarse: Katherine E. STARKWEATHER, Raymond HAMES, *A Survey of Non-Classical Polyandry*, en « Human Nature. An Interdisciplinary Biosocial Perspective », 23 (2012), 2, pp. 149-172; Matthew H. SOMMER, *Polyandry and Wife-Selling in Qing Dynasty China: Survival Strategies and Judicial Interventions*, Oakland, University of California Press, 2015. Como poligamia de hecho se identifica con poliginia excluyendo la poliandria, se viene acuñando, sin mucho éxito de momento, neologismos que conjugan *poli* y *amor*: Ann E. TWEEDY, *Polyamory as a Sexual Orientation*, en « University of Cincinnati Law Review », 79 (2011), 4, pp. 1461-1515; Jillian DERI, *Love's Refraction: Jealousy and Compersion in Queer Women's Polyamorous Relationships*, Toronto, University of Toronto Press, 2015, con el sustantivo *polyamory* como poligamia en todos sus sentidos *and beyond*. En castellano no puede fácilmente adoptarse *poliamorio* porque la palabra *amorío* ya existe con un sentido sexista peyorativo.

(7) John BOSWELL, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, New York, Vintage, 1995, cap. 1: « *What's in a name?* The vocabulary of love and marriage », respecto a la arqueología del lenguaje sobre el matrimonio y en concreto, que ahora pueda interesarnos, al significado del término *gamos*, originalmente el acto sexual en singular, extensible por ejemplo al sexo mercenario, al forzado o al zoofílico, y al uso latino indicativo de la doble unión existente en el *matrimonium*, duogamia entonces desigual: *ducere* para el hombre y *nubere* para la mujer.

(8) Algo más sobre terminología matrimonial. ¿Es matrimonio homosexual el de convivencia sin sexo entre dos hombres o entre dos mujeres con uno de los miembros de otra orientación? ¿O el de dos personas mayores del mismo género, sexualmente no activas, que igualmente aprecien ahora las ventajas de acogerse a la forma del matrimonio para organizar una convivencia en beneficio mutuo con todos los derechos de la

Hoy en día, quienes se oponen a cualquier retoque de un modelo impositivo de matrimonio de pareja heterosexual e incluso, todavía, a la normalización de las conductas homosexuales dan por sentado un nexo entre todos los desafíos que afrontan en términos de una «slippery slope», una degradante pendiente resbaladiza, a partir de la homosexualidad hacia, cuesta abajo, la poligamia, el incesto, la pederastia, la zoofilia y la necrofilia ⁽⁹⁾. La presunción de la conexión y el deslizamiento opera todavía, más o menos conscientemente, no sólo entre juristas, sino también, a su modo, en otros medios no menos presuntamente científicos como el de la psiquiatría: «a domino theory of sexual peril» aun acecha entre especialistas a veces iniciándose la pendiente incluso con la masturbación o con la sodomía intersexual ⁽¹⁰⁾. Otra cosa

institución? Y hay más clases de uniones asexuales. ¿Tiene por lo demás sentido mantener como base de partida la dicotomía entre heterosexual y homosexual? La misma sigla LGBT (lesbiana, gay, bisexual, transgénero) es incompleta por su mayor énfasis aún en la sexualidad. Lo que de estas circunstancias resulta ahora, habida cuenta de que se elimina la discriminación por género en el derecho de acceso al matrimonio y de que además se dispone de procedimientos de reproducción o de adopción que borran la frontera entre filiación autógena y la médica o jurídicamente asistida, es que tales interioridades de las uniones podrían llegar a ser irrelevantes para el ordenamiento. Volveré a conceptos.

⁽⁹⁾ Para la evidencia, James M. DONOVAN, *Rock-Salting the Slippery Slope: Why Same-Sex Marriage is not a Commitment to Polygamous Marriage*, en «Northern Kentucky Law Review», 29 (2002), 3, pp. 521-590; Eugene VOLOKH, *Same-Sex Marriage and Slippery Slopes*, en «Hofstra Law Review», 33 (2005), 4, pp. 1155-2005; Elisabeth LARCANO, *A 'Pink' Herring: The Prospect of Polygamy Following the Legalization of Same Sex Marriage*, en «Connecticut Law Review», 38 (2006), 3, pp. 1065-1111; Judith STACEY, Tey MEADOW, *New Slants on the Slippery Slope: The Politics of Polygamy and Gay Family Rights in South Africa and The United States*, en «Politics and Society», 37 (2009), 2, pp. 167-202.

⁽¹⁰⁾ Gayle S. RUBIN, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality* (1984; ed. ampliada, 1993), en *Social Perspectives in Lesbian and Gay Studies: A Reader*, ed. Peter M. Nardi y Beth E. Schneider, Londres, Routledge, 1998, pp. 100-133 (cita, pp. 106 y 108), ilustrando con el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* de la *American Psychiatric Association* que se edita y revisa desde 1952. Influyente en la práctica de la psiquiatría más allá de los Estados Unidos, incluso todavía por las ediciones que, hasta 1973, incluían la homosexualidad (Ronald BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis*, 1981, with a new Afterword on AIDS and homosexuality, Princeton, Princeton University Press, 1987), dicho manual sigue mereciendo la crítica de convertir «diagnostic constructs» en trastornos medicables: James PHILLIPS y otros, *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluralogue. Part IV: general conclusion*, en «Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine», 7 (2012), 14, pp. 1-14 (p. 3).

distinta es que, como podremos comprobar, la legitimación del matrimonio de pareja monosexual venga a cuestionar la ilegitimidad de las uniones plurales, lo que podrá muy bien producirse, no en términos de consecuencia irrevocable, sino de posibilidad sujeta a deliberación ciudadana.

El viraje en concreto entre matrimonio de pareja heterosexual y matrimonio sin acepción de género se ha producido en los Estados Unidos por interpretación jurisprudencial y no por determinación normativa, fuera ésta legislativa o de enmienda constitucional. En este otro terreno, los intentos habidos de abordaje del asunto por el Congreso federal han ido generalmente en la dirección contraria, con una ley, de 1996, en defensa de la institución matrimonial dual heterosexual, el *Defense of Marriage Act*, más conocido por el acrónimo DOMA, y con iniciativas fallidas de enmienda constitucional, la última en 2013, para la definición del matrimonio en tal sentido de unión entre hombre y mujer, ambos siempre en singular, por cerrar de este modo cualquier posibilidad de que un cambio adviniera mediante la vía jurisprudencial que ya se encontraba abierta en algún Estado. DOMA no puede cancelar ni cancela la competencia estatal en materia de familia y por lo tanto la capacidad de los Estados para admitir o rechazar internamente el matrimonio homosexual. Añádase que, siendo mera ley y no enmienda constitucional, su definición restrictiva del matrimonio ha podido ser declarada finalmente inconstitucional por la Corte Suprema ⁽¹¹⁾.

Entretanto, a pasos contados, Estado por Estado, se había iniciado un goteo de erosión del modelo de matrimonio exclusiva y excluyentemente heterosexual por aceptación de una u otra fórmula de uniones civiles entre homosexuales, así como un movimiento a la contra para el blindaje de la heterosexualidad matrimonial por parte de

(11) Barry D. ADAM, *The Defense of Marriage Act and American Exceptionalism: The "Gay Marriage" Panic in the United States*, en « Journal of the History of Sexuality », 12 (2003), 2, pp. 259-276; Edward STEIN, *Past and Present Proposed Amendments to the United States Constitution Regarding Marriage*, en « Washington University Law Review », 82 (2004), 3, pp. 611-685, tratando también de propuestas de enmiendas para prohibir el matrimonio interracial y la poligamia; « Brigham Young University Journal of Public Law », 20 (2006), 2, número monográfico sobre *Same-Sex Marriage*; Antonio D'ALOIA, *From Gay Rights to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of the US Federal Courts*, en *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, eds. Daniel Gallo, Luca Paladini y Pietro Pustorino, Heidelberg, Springer, 2014, pp. 33-71. La definición heterosexual del matrimonio por el DOMA es declarada inconstitucional por falta de competencia de la ley federal con el ya aludido caso *United States v. Windsor*, 2013.

Constituciones estatales o para su aseguramiento mediante leyes ⁽¹²⁾. El estado del ordenamiento andaba enrevesado entre conflicto de normas y contradicción de políticas no sólo entre Estados, sino también en el interior de algunos de entre ellos ⁽¹³⁾.

El enrevesamiento en el derecho y en la práctica ha llegado a ser extremado por la inaplicación sistemática de la cláusula constitucional federal de « full faith and credit » de los registros y certificaciones entre Estados al tender a rechazarse en los de imperio heterosexual los efectos jurídicos de los reconocimientos de las uniones homosexuales en otros ⁽¹⁴⁾. Tanto es así que la sentencia *Obergefell v. Hodges*, afrontando prejuicios causados por dicho estado del derecho, acumulando casos

⁽¹²⁾ Massachusetts es el caso relevante de Estado que había abierto brecha jurisprudencial para el matrimonio homosexual en instancia judicial suprema (*Goodridge v. Department of Public Health*, 2003), provocando reacciones a la contra inmediatas: J.L. GROSSMAN, *Fear and Loathing in Massachusetts: Same-Sex Marriage and Some Lessons From the History of Marriage and Divorce*, en « Boston University Public Interest Law Journal », 14 (2004), pp. 87-115. Ante la imagen imperante de una historia pacífica de la familia monógama heterosexual durante siglos, debe comenzar por recordar que, en el caso de los Estados Unidos, el primer reto serio lo planteó la poligamia: Charles P. KINDREGAN JR., *Religion, Polygamy, and Non-Traditional Families: Disparate Views on the Evolution of Marriage in History and in the Debate Over Same-Sex Marriage*, en « Suffolk University Law Review », 41 (2007), 1, pp. 19-48. Algo más aún sobre terminología: utilizo Estado con mayúscula tanto para los Estados componentes de los Estados Unidos como para otros Estados o para la institución del Estado en general cuidando que el contexto baste para despejar dudas sobre su sentido en cada momento.

⁽¹³⁾ California es el caso significado de proliferación de uniones homosexuales en un estado de creciente enrevesamiento normativo interior: Kathleen E. HULL, *Same-Sex Marriage: The Cultural Politics of Love and Law*, New York, Cambridge University Press, 2006; Christopher CARPENTER, Gary J. GATES, *Gay and Lesbian Partnership: Evidence from California*, en « Demography », 45 (2008), 3, pp. 573-590; J.L. GROSSMAN, *Civil Rites: The Gay Marriage Controversy in Historical Perspective*, en *Law, Society, and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, eds. Robert W. Gordon y Morton J. Horwitz, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 253-270.

⁽¹⁴⁾ Constitución de los Estados Unidos, art. 4, secc. 1: « Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State ». Para un par de muestras del debate inmediato ante el DOMA acusando su inconstitucionalidad, Julie L.B. JOHNSON, *The Meaning of "General Laws": The Extent of Congress' Power under the Full Faith and Credit Clause and the Constitutionality of the Defense of Marriage Act*, en « University of Pennsylvania Law Review », 145 (1997), 6, pp. 1611-1647; Paige E. CHABORA, *Congress' Power under the Full Faith and Credit Clause and the Defense of Marriage Act of 1996*, en « Nebraska Law Review », 76 (1997), 3, pp. 604-652; Scott RUSKAY-KIDD, *The Defense of Marriage Act and the Overextension of Congressional Authority*, en « Columbia Law Review », 97 (1997), 5, pp. 1435-1482;

que acusan dañosos efectos, haciendo valer un principio de igualdad y optando en fin por la legitimación del matrimonio homosexual, podría explicarse como la única fórmula pragmática, dada la situación, para homogeneizar unas bases del sistema matrimonial.

La posibilidad en sentido contrario, representada por la enmienda constitucional de entronizar el matrimonio heterosexual, no tiene visos de prosperar. Y la DOMA, cual ley ordinaria, ha sido retada ante la Corte Suprema y no ha pasados su control de constitucionalidad. A esto se une que las posturas intermedias mal resolverían el enrevesamiento del derecho de familia a estas alturas. Hacer valer la cláusula de « full faith and credit » entre Estados no tendría fuerza suficiente frente al movimiento creciente de blindaje del matrimonio heterosexual por Constituciones estatales. Con todo esto, cabría ciertamente para *Obergefell*, en teoría, una explicación sencilla de necesidad de superación del estado de cosas normativo, pero las implicaciones, como puede desde luego sospecharse y podremos sobradamente comprobar, son muy superiores, y esto, entre otras razones, en lo que aquí en especial nos importa, por el fuerte peso de la historia por sí y a través de la historiografía.

Aunque todavía habrá batallas judiciales frente a resistencias estatales, las reformas constitucionales de los Estados impeditivas del matrimonio homosexual quedan finalmente sobreseídas por la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*. Así también lo resulta la propia doctrina previa de la Corte Suprema Federal (15). Alguna que otra vez que un caso similar le había llegado, como ya ocurriera en 1972, se limitó a rechazarlo con el argumento formulario de carencia de entidad constitucional del asunto para fundar su competencia y requerir su intervención: « The appeal is dismissed for want of a substantial federal question ». La última ocasión de respuesta inhibitoria, en 2014, tras la

David L. CHAMBERS, *Polygamy and Same-Sex Marriage*, en « Hofstra Law Review », 26 (1997), 1, pp. 53-83. Sobre las posibilidades del *full faith and credit* fallidas al respecto, J.L. GROSSMAN, *Resurrecting Comity: Revisiting the Problem of Non-Uniform Marriage Laws*, en « Oregon Law Review », 84 (2005), 1, pp. 101-156.

(15) Valga a estas alturas, tras *Obergefell v. Hodges*, el contraste de un tratado cuyo contenido de derecho está pasando aceleradamente a ser historia dentro de lo que cabe en latitudes de *common law*: Mark STRASSER, *The Challenge of Same-Sex Marriage: Federalist Principles and Constitutional Protections*, Westport, Praeger, 1999. El primer caso por reclamación de acceso al matrimonio de pareja homosexual que llegó a la Corte Suprema y no fue admitido a trámite con tal argumento de falta de entidad constitucional es *Baker v. Nelson*, 1972. Sobre resistencias estatales a novedades jurisprudenciales en este terreno, JoAnne SWEENEY, *Undead Statutes: The Rise, Fall, and Continuing Uses of Adultery and Fornication Criminal Laws*, en « Loyola University Chicago Law Review », 46 (2014), 1, pp. 127-173.

neutralización de la DOMA, pudo interpretarse como una concesión de vía libre al proceso de admisión de uniones monosexuales más o menos equivalentes al matrimonio, o incluso de éste mismo, en curso por medios judiciales o políticos de diversos Estados o ciudades, como si esto ya fuera un claro precedente para la legitimación federal de la institución matrimonial sin signo de género ⁽¹⁶⁾.

El viraje más resuelto de 2015 respecto a la cuestión de fondo, incluyéndose en la institución matrimonial la unión homosexual, ha podido ser para el derecho constitucional federal una sorpresa ya bastante relativa, pero sorpresa al cabo ⁽¹⁷⁾. Ahí estaban, cercanos, los presagios que no alcanzaban en rigor a precedentes, pero presagios en todo caso ⁽¹⁸⁾. Lo pronunciado del giro en un corto espacio de tiempo

⁽¹⁶⁾ Robert BARNES, *Supreme Court Declines to Review Same-Sex Marriage Cases Allowing Unions in 5 States*, en el « Washington Post », 6-X-2014; D. COLE, *A Surprise from the Court on Gay Marriage*, en « New York Review of Books », post de dicha misma fecha, igualmente online. El caso federal que algo más sustancial constituye en efecto un presagio porque, sin pronunciarse tampoco sobre el fondo, anula la restricción heterosexual del matrimonio por mera ley federal, como lo sea el DOMA, ya sabemos que es *United States v. Windsor*, 2013. De COLE, *Engines of Liberty*, con sus capítulos sobre *marriage equality* que concluyen con el caso *Obergefell*, ya he anunciado que nos ocuparemos.

⁽¹⁷⁾ J.L. GROSSMAN, L.M. FRIEDMAN, *Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America*, Princeton, Princeton University Press, 2011, cap. 7: « Same-Sex Relationships », concluyéndolo sin expectativas inmediatas respecto al matrimonio del mismo sexo; p. 155: « It would be foolish to predict either that the movement will certainly win, in the long run at least, or that the opposition will succeed [...]. Only the passage of time can provide an answer »; pero, concluyendo, p. 330: « Gay marriage seems to be just beyond the horizon ». Puede tratarse de diversidad de apreciación entre los dos autores.

⁽¹⁸⁾ Si lo que se aplica es la mirada retrospectiva propia del derecho que agradece precedentes, pero impropia para la historia que *knows better*, cit., los mismos pueden especialmente remontarse al caso *Lawrence v. Texas*, 2003, al que ya ha habido también referencia (BOZZUTI, *The Constitutionality of Polygamy Prohibitions After Lawrence v. Texas*, cit.). Igualmente, no hay tracto de consecuencia entre despenalización de la homosexualidad y no discriminación por indistinción de género en el derecho al matrimonio. Puestos a buscar un precedente de igualdad en el acceso, pero sin incluir en absoluto el supuesto de la pareja homosexual o ni siquiera preverlo, se tiene con anterioridad el caso *Loving v. Virginia*, 1967, con el que la Corte Suprema despenalizó el matrimonio interracial bajo principios de libertad y privacidad: Peter WALLENSTEIN, *Tell the Court I love my wife: Race, Marriage, and Law — An American History*, New York, Palgrave-Macmillan, 2002; Sonia K. KATYAL, *Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of 'Lawrence'*, en « William and Mary Bill of Rights Journal », 14 (2006), 4, pp. 1429-1492; Kristin FASULLO, *Beyond Lawrence v. Texas: Crafting a*

no cabe explicarse sin que se tome en cuenta una particularidad del procedimiento judicial, un detalle procesal a cuyo través precisamente se produce la incidencia de la historia, quiero decir la actuación de la historiografía, como elemento que en este caso puede ser decisivo o en todo caso relevante para la resolución final de la Corte Suprema.

Me refiero con esto, como de sobra veremos, al *amicus curiae* y a su juego en tal suprema jurisdicción. No nos va a interesar tanto medir el grado de su influencia en la toma de decisión judicial, cuestión siempre nebulosa, como ponderar su dirección y sus efectos. Sería desde luego interesante contemplar la incidencia de los *amici curiae* de entidad historiográfica en las decisiones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos que, con sus altibajos y sus bandazos más o menos pronunciados, jalonan el camino jurisprudencial hasta *Obergefell v. Hodges*, pero vamos a ceñirnos a este caso.

Por todo ello, como preliminares, antes de considerar la sentencia desde una perspectiva histórica y especialmente desde el punto de vista del papel jugado por la historiografía, veamos ambos aspectos, el del detalle de forma y el de la sorpresa de fondo. Comencemos con la raíz de esto último, lo que ha de llevarnos al modelo de matrimonio forjado por la Corte Suprema Federal previamente, en la segunda mitad del siglo XIX. Luego, con conocimiento de causa, podremos ver y valorar la sentencia.

Quede advertido que aquí nos concierne la historia, no el derecho, quiero decir la historia jurídica que puede merecer interés fuera de los Estados Unidos, no el estado actual de su ordenamiento que a quien más particularmente ha de importar es a la ciudadanía estadounidense y a sus profesionales forenses, a lo que no pertenezco. Nos interesa, en último término, una historia de presente del derecho que encierra pasado.

2. *Año 1879: poligamia y establecimiento de un modelo constitucional de matrimonio.*

No es gratuitamente que, tratándose de los Estados Unidos, se tienda a colacionar la poligamia en conexión con el presunto cambio constitucional del modelo de matrimonio. El ejemplo citado del *New*

Fundamental Right to Sexual Privacy, en «Fordham Law Review», 77 (2009), 6, pp. 2997-3043; Peggy PASCOE, *What Comes Naturally: Miscegenation Law and the Making of Race in America*, New York, Oxford University Press, 2009; *Loving v. Virginia in a Post-Racial World: Rethinking Race, Sex, and Marriage*, eds. Kevin Noble Maillard y Rose Cuison Villazor, New York, Cambridge University Press, 2012.

York Times no es único ni mucho menos ⁽¹⁹⁾. Fue en relación a la poligamia y no a la homosexualidad como se fraguó constitucionalmente en los Estados Unidos la que ha sido y tal vez siga en algo, en cierta parte, siendo el paradigma de la institución fundante de la familia como sujeto de derecho, se quede en dos miembros o lo sea de más por filiación. Una fuerte vinculación de la poligamia con la homosexualidad sólo se ha producido posteriormente. El primer asunto que comparece en el ámbito constitucional es aquel, el de la poligamia ⁽²⁰⁾.

Se le planteó a las instituciones federales, al Congreso y a la Corte Suprema, en el siglo XIX ante la práctica de la poligamia implantada en lo que acabaría siendo el Estado de Utah por parte de la *Church of Jesus Christ of Latter-day Saints*, Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, esto es, según la identificación vulgarizada, la de los mormones. Se decía poligamia y se entendía poliginia puesto que la poliandria estaba excluida de plano. Era institución sujeta a una moral imperativa por religiosa. La poligamia mormona no constituía un derecho, sino un deber, y había de ejercitarse en pareja, no en grupo, y siempre entre el hombre y una de sus mujeres, con exclusión radical de homosexualidad dentro del matrimonio poligínico ⁽²¹⁾. A su modo, esta poligamia era una institución monogámica. En cuanto a los Estados Unidos y su planteamiento de competencias constitucionales, por aquellos tiempos el derecho de familia en general y de matrimonio en particular era materia exclusiva de los Estados sin concurrencia de la Federación, de donde la misma importancia de que un asunto norma-

⁽¹⁹⁾ Con la misma expresión de interrogante incluso en el título, Michel G. MYERS, *Polygamist Eye for the Monogamist Guy: Homosexual Sodomy... Gay Marriage... Is Polygamy Next?*, en «Houston Law Review», 42 (2006), 5, pp. 1451-1486. Hay variantes: Brett H. McDONNELL, *Is Incest Next?*, en «Cardozo Women's Law Journal», 10 (2004), 2, pp. 337-361, las más en el contexto de lo que se ha venido en llamar «la pendiente resbaladiza» entre matrimonio homosexual y poligámico sobre la que enseña diré.

⁽²⁰⁾ Aunque el asunto no es ni mucho menos desconocido, ante la imagen imperante de una historia pacífica de la familia monógama heterosexual durante siglos, debe comenzar por recordarse que, en el caso de los Estados Unidos, el primer reto serio lo planteó históricamente la poligamia: KINDREGAN Jr., *Religion, Polygamy, and Non-Traditional Families*, cit., pp. 24 y 28.

⁽²¹⁾ Louis J. KERN, *An Ordered Love: Sex Roles and Sexuality in Victorian Utopias — the Shakers, the Mormons, and the Oneida Community*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981, parte III; Bruce BURGESS, *On the Mormon Question: Race, Sex, and Polygamy in the 1850s and the 1990s*, en «American Quarterly», 57 (2005), 1, pp. 75-102.

tivo de tal índole familiar viniera a consideración de las instituciones federales (22).

Entre ellas, es el Congreso quien en primer lugar vendría a ocuparse, recién entrada la segunda mitad del siglo XIX, dada su competencia para la determinación del estatuto de los Territorios federales y así de Utah como tal en tanto que no viniese a formar, con extensión más reducida, el Estado del mismo nombre, lo cual sólo ocurriría en 1896. En principio, la cuestión polémica en el establecimiento territorial de Utah era más la esclavitud, escasamente implantada en el Territorio, que no la poligamia, ampliamente practicada entre sus colonos. La misma oposición a la poligamia en el Congreso a propósito de su práctica en Utah la asimila a la esclavitud, no a otras conductas sexuales como pudiera ser la homosexual. Se le condena como un crimen contrario tanto a «the law of every State of the Union» como a «the law of God». Lo primero remite a la competencia de los Estados al respecto y, con ello, pues constituía el núcleo de su derecho de familia, al *common law* legado por Inglaterra que penaba la bigamia con la muerte. Lo segundo, la remisión a un derecho divino, es entonces lo principal, aquello que más se valoraba y debatía. En el debate contra la poligamia, el derecho humano que suele decirse positivo frente al divino también dicho natural resultaba secundario. «As a moral and Christian people», los Estados Unidos deben erradicar tanto la poligamia como la esclavitud; en otro caso, sería «a nation of heathens and barbarians», se proclamaba en el Congreso. Fue una campaña sin duda popular (23).

(22) Por aquellos tiempos entiéndase el periodo *antebellum*, antes de que la enmiendas constitucionales para la abolición de la esclavitud y sus secuelas (XIII a XV, de 1865 a 1870) permitieran la extensión de garantías federales a espacios del derecho estatal: Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998; Bruce ACKERMAN, *We the People*, vol. 2, *Transformations*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1998. Tendremos muestra respecto a la poligamia mormona. El apelativo *mormón* lo utilizo por mi parte como meramente descriptivo, sin la implicación de uso impropio o incluso peyorativo que, de desbancar al nombre oficial, se entiende justamente en sus medios: Faustino LÓPEZ, *Los Mormones en España*, Madrid, Kindle (ed. sólo electrónica), 2015, pp. 51-52. En virtud de la Enmienda XIV se vislumbró también la posibilidad de definirse un modelo federal de matrimonio frente a la *miscegenation*, las uniones interraciales, pero, reafirmandose la competencia de los Estados, se frustró por décadas, hasta, ya mediado el siglo XX, el caso *Loving* referido: WALLENSTEIN, *Tell the Court I love my wife*, cit., parte II.

(23) Sarah B. GORDON, *A War of Words: Revelation and Storytelling in the Campaign Against Mormon Polygamy*, en «Chicago-Kent Law Review», 78 (2003), pp. 739-772, en base a su libro entonces recién publicado que enseguida citaré; Stephen Eliot SMITH, *The Barbarians Within the Gates: Congressional Debates on Mormon*

La iglesia mormona defendía el « patriarchal marriage » o « plural marriage », como prefería llamarlo, con argumentos religiosos de obligación del hombre de cuidar a tantas mujeres como pudiera y fuera necesario para la erradicación de la promiscuidad y la prostitución así como para el fomento de la reproducción en familia. Y era en el mismo terreno religioso donde se sustanciaban los argumentos a favor del matrimonio dual heterosexual como modelo a partir de una primera pareja creada por un dios conforme a las escrituras del cristianismo. Dicho de otro modo, de ninguna parte los argumentos eran constitucionales. « What right has this Government to interfere with the religious relations of the people in this Territory? », es pregunta que se formula en el Congreso con referencia a Utah. La misma competencia que podría denegarse por razones constitucionales, se cuestiona por las religiosas. Se discute si el Congreso puede prohibir la poligamia mientras que Utah fuera Territorio, pero, teniéndosele por asunto religioso, no se admite sin más competencia civil, no eclesiástica como la mormona en el caso. Del mismo modo, subrayemos que no era cuestión de derechos por parte alguna. Se podía expresar conmiseración por la situación de la mujer bajo la poligamia igual que por el esclavo bajo la propiedad ajena, por no por ello se tomaban en cuenta derechos ni de la una ni del otro para procederse a la abolición respectiva (24).

Un « bill to punish and prevent the practice of polygamy in the Territories of the United States, and other places, and disapproving and annulling certain acts of the Legislative Assembly of the Territory of Utah » se admite a trámite por la Cámara de Representantes en 1860. Se le presenta como una legítima reacción frente a « the open and defiant license which, under the name of religion and a latitudinous interpretation of our Constitution, has been given to this crime in one of our Territories », Utah siempre. Sin embargo el argumento religioso sigue prevaleciendo y la referencia a la Constitución no se concreta más allá del rechazo a que la libertad religiosa de la primera enmienda pudiera

Polygamy, 1850-1879, en « Journal of Church and State », 51 (2009), 4, pp. 587-616 (citas, p. 596); Martha M. ERTMAN, *Race Treason: The Untold Story of America's Ban on Polygamy*, en « Columbia Journal of Gender and Law », 19 (2010), 2, pp. 287-366, comparativamente con el racismo internizado por la misma cruzada contra la poligamia y, para la actualidad también, comparando con la oposición al matrimonio homosexual.

(24) Sarah B. GORDON, *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002; SMITH, *The Barbarians Within the Gates*, cit., p. 597 para la cita; B. CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?*, en estos « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 1075-1109.

amparar la poligamia mormona ⁽²⁵⁾. Superponiéndose siempre al efecto cánones religiosos por encima de orden constitucional, el mismo principio de libertad se entiende que sólo cubre a iglesias cristianas y no a prácticas que, como la poligamia, se reputan como musulmanas y tienen por bárbaras. Tras vicisitudes debidas a la interferencia continua del debate sobre la esclavitud, la ley de penalización de la poligamia fue aprobada en 1862 sin ulteriores esclarecimientos constitucionales ni dentro ni fuera del Congreso y sin mayores efectos prácticos, renunciándose de hecho a su aplicación en Utah. Algún intento se frustró en el momento judicial por la sencilla razón de que una ciudadanía de colonos mormona implicaba jurados mormones. Propuestas de actuación más expeditiva no cuajaron de momento. Lo que a efectos más generales prosperó fue la identificación doctrinal entre el cristianismo, con su modelo de familia monógama heterosexual, y el *common law* heredado de Inglaterra ⁽²⁶⁾.

Una consecuencia importante colateral de importancia se produjo. Con la penalización de la poligamia y la acentuación del valor del *common law* comenzaba a definirse en el derecho federal un modelo constitucional de matrimonio que era explícitamente religioso, cristiano por más señas, y esto pese a la falta de competencia de las instituciones federales y a la prohibición de establecimiento de religión ⁽²⁷⁾. Para

⁽²⁵⁾ Pues al final además la perifrasedemos, recordemos el tenor literal del primer pronunciamiento de la primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof».

⁽²⁶⁾ GORDON, *The Mormon Question*, cit., cap. 2, con el título expresivo, tomado de la época, de «The Twin Relics of Barbarism», la poligamia y la esclavitud a ser ambas abolidas; SMITH, *The Barbarians Within the Gates*, cit., pp. 600-607 para las citas. Una propuesta de «bill to legalize polygamous marriages in Utah, and to dismiss all prosecutions on account thereof in the courts of said Territory on account of such marriages», sin curso parlamentario, alegó como fundamento de valor constitucional, junto a la enmienda primera, el Tratado de Guadalupe-Hidalgo (1848) que había incorporado parte de México a los Estados Unidos, por su disposición de respeto a la diversidad religiosa, dado que Utah, ya con colonos mormones a esas alturas, procedía de dicha transferencia de territorio. De suyo, tal previsión del Tratado tuvo una interpretación igualmente limitada al cristianismo, comprendiendo el catolicismo, pero no el mormonismo, como tampoco las religiones indígenas u otras «bárbaras»: B. CLAVERO, *Constitución de Cádiz y ciudadanía de México*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, ed. Carlos Garriga, Ciudad de México, Instituto Mora, 2010, pp. 139-171, ap. 5.

⁽²⁷⁾ Es la religiosa y nada constitucional una vertiente de la llamada americanización del *common law* menos atendida o no resaltada por su literatura más específica: William E. NELSON, *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on*

identificar tal modelo, no basta con llamarle monogámico. Estaba a la vista en las presunciones del ordenamiento vigente y en la práctica de amplios sectores sociales. Se trataba del matrimonio dual intersexual invistiendo al hombre de una autoridad familiar que subsumía o incluso prácticamente anulaba la capacidad jurídica de la mujer ⁽²⁸⁾, cuya posición de subordinación no resultaba con todo muy distinta a la de las esposas mormonas de matrimonio plural igualmente heterosexual. El modelo constitucional no era menos patriarcal que el modelo mormón ⁽²⁹⁾. Y tenía una identidad de base igualmente religiosa. En el conjunto de la sociedad no podía decirse que este modelo y en particular su extremo de anulación jurídica de la mujer casada fuera lo que pacíficamente y en exclusiva predominara, pero aquí estamos tratando de un modelo, el constitucional ⁽³⁰⁾.

En 1874 se promulga una ley federal de reforma de la justicia en

Massachusetts Society, 1760-1830 (1975), Athens, University of Georgia Press, 1994, cap 2: « The Law of a *Civil and Christian State* ». Incluso tiende a quedar en la sombra bajo la constitucionalización limitada de la libertad de religión: James R. STONER Jr., *Common-Law Liberty: Rethinking American Constitutionalism*, Lawrence, University Press of Kansas, 2003, cap. 3: « Religious Liberty and Common Law: Free-Exercise Exemptions and American Courts ».

⁽²⁸⁾ Amy Dru STANLEY, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, New York, Cambridge University Press, 1998; Linda K. KERBER, *No Constitutional Right to Be Ladies: Women and the Obligation of Citizenship*, New York, Hill and Wang, 1998; L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, ed. revisada, New York, Touchstone, 2005, parte II, cap. 4: « The Law of Personal Status: Wives, Paupers, and Slaves »; Sarah SONG, *Polygamy in Nineteenth-Century America*, en *The Polygamy Question*, cit., pp. 25-41; Richard CHUSED, Wendy WILLIAMS, *Gendered Law in American History*, Durham, Carolina Academic Press, 2016.

⁽²⁹⁾ GORDON, *The Mormon Question*, cit., aun con cierta tendencia a sobrevalorar la entidad constitucional de las posiciones defensivas de la familia monógama, no deja de advertirlo: la postulación de una ética de la restricción en el ejercicio del poder del marido resultaba « a kind of false consciousness, especially if the law of monogamy was the source of wives' oppression [...]. And yet this was precisely the concession that antipolygamists were not prepared to make » (pp. 252-253); « the investment in monogamy, and the denigration of polygamy, freighted the 'right' kind of union with a spiritual and constitutional power that implicitly denied that patriarchal structures and betrayal could exist outside Utah, too », igual que el antiesclavismo cegaba para la percepción del patriarcalismo patronal sobre trabajo contratado (p. 229).

⁽³⁰⁾ Mostrando y analizando la dialéctica entre práctica social y orden normativo en su diversidad, Hendrik HARTOG, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, aun con solo un par de referencias a la poligamia mormona, señalando (p. 322) que el caso de Utah fue el único en el que el Congreso federal se inmiscuyó en el régimen matrimonial de un Territorio.

el Territorio de Utah para posibilitar la persecución de la poligamia frente a los jurados mormones. En esta ocasión, se responde por la misma vía del derecho, provocándose una condena mediante confesión para abrir camino hasta la Corte Suprema bajo la alegación de la primera enmienda, la que, en el derecho federal desde 1791, proscribía el *establishment of religion* y garantiza su *free exercise*. Se invoca por supuesto lo segundo, no lo primero ⁽³¹⁾. Así tenemos el caso *Reynolds v. United States* que, denegando la pretensión, va a servir para constitucionalizar a escala federal el modelo monogámico heterosexual de familia con su trasfondo religioso explícito ⁽³²⁾. En 1879, la sentencia ha de definir el alcance de la cláusula constitucional de libertad religiosa. Constatando que «the word *religion* is not defined in the Constitution», entiende que ha de acudir a la historia del momento constituyente, «the history of the times in the midst of which the provision was adopted», lo cual en concreto conduce a la distinción entre acciones y opiniones trazada por Jefferson para poder someter al peso del derecho a las primeras, aunque fueran de motivación religiosa, y no a las segundas, que serían las cubiertas por la libertad religiosa ⁽³³⁾.

El poco religioso Jefferson prestaba el servicio póstumo de sumi-

⁽³¹⁾ La confesión, que se retiró sin éxito, facilitó la condena porque otra prueba era difícil dado que la Iglesia de los Santos de los Últimos Días negaba que mantuviese registros de matrimonios y dada la reluctancia mormona a prestar testimonio ante jurisdicciones no mormonas. Es controvertida la cuestión de la influencia de la enmienda decimocuarta (1868), con su extensión potencial de garantías federales al derecho de los Estados, sobre el planteamiento del caso mormón en los años setenta; en principio, por ser Territorio, podía haberse dado antes, pero, como bien matiza la misma GORDON, *The Mormon Question*, cit., el ambiente tras la abolición de la esclavitud no dejó de repercutir en el ataque contra la *twin relic* de la poligamia igual que el amparo jurisprudencial de la inmunidad de los Estados esclavistas había antes beneficiado a las pretensiones de autogobierno de los Territorios frente a los poderes federales.

⁽³²⁾ Para detalles e interpretaciones del contexto, planteamiento, fases y resolución del caso, todo desde luego bastante más complicado, GORDON, *The Mormon Question*, cit., cap. 3; M.M. ERTMAN, *The Story of Reynolds v. United States: Federal 'Hell Hounds' Punishing Mormon Treason*, en *Family Law Stories*, ed. Carol Sanger, New York, Foundation Press, 2008, pp. 51-75; Jonathan H. MOYER, *Dancing with the Devil: The Making of the Mormon-Republican Pact*, Salt Lake City, University of Utah (Microform, UMI Dissertation Publishing), 2009, cap. 1; Nathan B. OMAN, *Natural Law and the Rhetoric of Empire: Reynolds v. United States, Polygamy, and Imperialism*, en «Washington University Law Review», 88 (2011), 3, pp. 661-706.

⁽³³⁾ James H. HUSTON, *Thomas Jefferson Letter to the Danbury Baptists: A Controversial Rejoined*, en «William and Mary Quarterly», 66 (1999), pp. 775-790; Nancy F. COTT, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, caps. 1: «An Archeology of American Monogamy», y

nistrar categorías a la operación de contrabando entre religión y Constitución que se efectuaba para imponer un modelo de familia. No se piense que estamos ante un episodio de secularización del matrimonio por privársele de competencia a una iglesia, en este caso la de los Santos de los Últimos Días. Es precisamente religión lo que de esta forma las instituciones federales, como antes las estatales, hacen suyo. El matrimonio monogámico queda así consagrado como institución, más que constitucional, constituyente. *Reynolds v. United States* lo erige en fundamento necesario del orden constituido: « Upon it (marriage) society may be said to be built, and out of its fruits spring social relations and social obligations and duties with which government is necessarily required to deal. In fact, according as monogamous or polygamous marriages are allowed, do we find the principles on which the government of the people, to a greater or less extent, rests. Professor Lieber says, polygamy leads to the patriarchal principle, and which, when applied to large communities, fetters the people in stationary despotism, while that principle cannot long exist in connection with monogamy », por lo que la autoridad civil ha de asumirla y defenderla. La poligamia, aseguraba la Corte, es « a feature of the life of Asiatic and of African people », de gente que se tildaba de bárbara y no de la se preciaba de civilizada. La sentencia fue unánime ⁽³⁴⁾.

Podía creerse en la poligamia, pero no practicarse, concluía la Corte Suprema. Tras tamaño revés judicial y después de alguna otra legislación federal contra mormones, endurecida y ahora aplicada a fondo, la Iglesia de los Santos de los Últimos Días acabaría capitulando al menos en el terreno de su doctrina pública. Lo hizo oficial, mediante un manifiesto un tanto tibio pero ya irreversible, en 1890. A no tardar mucho, en 1896, Utah puede devenir Estado con un compromiso que se registra en su Constitución: « polygamous or plural marriages are forever prohibited ». ¿Capítulo concluido? ⁽³⁵⁾. No, en todo caso, en

4: « Monogamy as the Law of Social Life »; GORDON, *The Mormon Question*, cit., cap. 4: « Law and Patriarchy at the Supreme Court ».

⁽³⁴⁾ supreme.justia.com/cases/federal/us/98/145/case.html (fecha de 1878, pero hecha pública a inicios de 1879). La referencia de autoridad es a Francis Lieber, el autor material del Código Lincoln sobre derecho de guerra, cuyos *Manual of Political Ethics* (1838) y un artículo específico sobre los mormones (1855) habían tenido un papel destacado desde el arranque de la ofensiva, abordando la cuestión de la poligamia en tales términos más políticos que constitucionales: Maura I. STRASSBERG, *Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage*, en « North Carolina Law Review », 75 (1997), 6, pp. 1501-1624.

⁽³⁵⁾ Con todo ello y con las secuelas que aún se arrastrarían, B. Carmon HARDY, *Solemn Covenant: The Mormon Polygamous Passage*, Urbana, University of Illinois Press, 1992; Kathryn M. DAYNES, *More Wives Than One: Transformation of the Mormon*

cuanto al efecto que ha alcanzado de consagración federal de un modelo de matrimonio. Volvamos al argumento que sustenta la sentencia, el de la separación entre conducta y creencia para asumir competencia sobre la familia.

Con la distinción, Jefferson trataba del derecho de Virginia; la Corte, del derecho de la Federación. Ahí se produce el salto de la adopción de una competencia estatal por instituciones federales, ahora por la Corte tras los pasos del Congreso. De este modo se asume el poder de determinación del modelo de matrimonio situándose además religión por encima de una Constitución en la que ni siquiera se tiene base para la operación de asunción de competencia. Se hubiera podido haber tenido de sustanciarse el caso en términos de garantía de derechos, particularmente de la mujer y de los hijos e hijas, pero esto estaba fuera de cuestión y hubiera además entonces afectado al matrimonio monógamo. Tampoco es que se tuviera en cuenta el derecho a la libertad religiosa, lo que hubiera entonces podido conducir a otro resultado ⁽³⁶⁾.

Así, con todo, se gestan unas bases constitucionales de derecho federal de familia. A comienzos de los años noventa de aquel siglo, el XIX, hay sentencias de la Corte Suprema dando por hecho que los Estados Unidos constituyen « a Christian Nation » con efectos como el de considerarse factible la privación de derechos políticos a los mormones. Declarar más abiertamente una confesionalidad cristiana de los

Marriage System, 1840-1910, Urbana, University of Illinois Press, 2001; GORDON, *The Mormon Question*, cit., cap. 5 y 6, mas el epílogo: « The (Un)Faithful Constitution »; MOYER, *Dancing with the Devil*, cit., caps. 2-10; J. BENNION, *Polygamy in Primetime: Media, Gender, and Politics in Mormon Fundamentalism*, Waltham, Brandeis University Press, 2012, parte I. Hoy, la exposición oficial de *Doctrine and Covenants and Church History: Seminary Teacher Manual*, Salt Lake City, The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints, 2013, lección 140, es, como mínimo, ambigua y elusiva con la poligamia (consejo al respecto para el profesor: « avoid speculation »).

⁽³⁶⁾ Induce desde luego a confusión el solo hecho de que se tome hoy el caso *Reynolds* como el primero federal sobre libertad religiosa: Vincent Phillip MUÑOZ, *Religious Liberty and American Constitutional Law: The Essentials Cases and Documents*, ed. actualizada, Lanham, Rowman and Littlefield, 2013, pp. 13-17. El caso mormón prácticamente se disipa cuando lo que quiere verse es libertad religiosa en el interesado ecumenismo de la cultura cristiana estadounidense: Anna SU, *Exporting Freedom: Religious Liberty and American Power*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2016; ni siquiera aparece en los comentarios sobre *Exporting Freedom* de Peter G. DANCHIN, Saba MAHMOOD y Samuel MOYN en « Critical Analysis of Law », 3 (2016), 1, pp. 175-205.

Estados Unidos ya resultaba secundario ⁽³⁷⁾. Para entonces los objetivos constitucionales de la ofensiva religiosa estaban sustancialmente alcanzados. Ahora hay, sin base de competencia constitucional, un *moral constitutionalism* federal ⁽³⁸⁾, propio de los Estados Unidos en su conjunto imponiéndose sobre las entidades territoriales que los componen (« state, territory, possession, or Indian tribe », según fórmula usual ⁽³⁹⁾). Existe así un derecho constitucional de familia aunque el

⁽³⁷⁾ El caso mormón justamente se destaca entre los que más acusan motivación religiosa en su resolución constitucional: Jay Alan SEKULOW, *Witnessing Their Faith: Religious Influence on Supreme Court Justices and Their Opinions*, ed. ampliada, Lanham, Rowman and Littlefield, 2008, cap. 3, pretendiendo, como tantos, que *Reynolds v. United States* es una buena sentencia que todavía hoy se sostiene; John WITTE Jr., *The Western Case of Monogamy Over Polygamy*, New York, Cambridge University Press, 2015, cap. 10 y último, concluyendo su cargada exposición plurisecular con el caso mormón y pudiendo basarse en su anterior *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Louisville, John Knox, 1997, donde ya presentaba *Reynolds v. United States* como una sentencia ejemplar (pp. 287-288). Valorando como positiva la cristianización de la Constitución, son autores que observan algo que suele escapar a quienes lo que contemplan son los intentos de confesionalización explícita: Jared A. GOLDSTEIN, *How the Constitution Became Christian*, en « Roger Williams University Legal Studies Paper Series », 167 (2016), online. Problematicando el imaginario de la identidad religiosa y datándola en el siglo XX, Kevin M. KRUSE, *One Nation Under God: How Corporate America Invented Christian America*, New York, Basic Books, 2015. La Constitución religiosa merecería haber sido, con su propia problemática, un capítulo de A.R. AMAR, *The Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2015.

⁽³⁸⁾ GORDON, *The Mormon Question*, cit., p. 186: « With *Reynolds* marking the beginning and *Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. United States* marking the end, the Supreme Court in just over a decade created and sustained an entirely new branch of federal constitutional law ». La segunda sentencia referida, de 1890, respaldaba legislación federal contra la personalidad jurídica, capacidad jurisdiccional y patrimonio material de la iglesia mormona, aparte de ratificar la proscripción del « barbarism » de la poligamia por « contrary to the spirit of Christianity and of the civilization which Christianity had produced in the Western World »; p. 219: « moral constitutionalism (had) been absorbed » por los poderes federales en esa década de los ochenta del siglo XIX; p. 221: « moral constitutionalism [...] imposed on Utah » y en general; p. 228: « moral constitutionalism hardened into law in the Supreme Court's opinions in the polygamy cases »; p. 292: « The (Christian) amendment was unnecessary, one might say, when the principles of general Christianity had already been incorporated into the jurisprudence of the religious clauses » de la primera enmienda (no establecimiento de iglesia y libertad de ejercicio de religión, como ya sabemos).

⁽³⁹⁾ La fórmula más usual era realmente « state, territory, or possession », pues las *Indian tribes* o naciones indígenas no se integraban en los Estados Unidos sólo por

derecho de familia siga sustancialmente siendo, con toda la diversidad resultante, competencia de los Estados ⁽⁴⁰⁾.

Un tal derecho federal de familia, un derecho integrante de un *constitucionalismo moral* no menos imperativo por carecer de base constitucional, tendrá con el tiempo un importante desarrollo. Ya avanzado el siglo XX, vendrán, en buena parte a través de la vía jurisprudencial federal por delante de la legislativa estatal, un giro de novedades como la legitimización de los enlaces interraciales, el derecho de privacidad inexpugnable para el ordenamiento con consecuencias como la legalización del aborto y de la contracepción dentro y fuera del matrimonio, la despenalización de las relaciones homosexuales y extramatrimoniales, la consensualización plena del vínculo, los derechos tanto de la mujer como de los hijos, en su caso, la una o los otros, frente al marido o frente a los padres..., con todo lo cual el virulento modelo constitucional de monogamia heterosexual y autoridad familiar de base en último término religiosa parece estar quedando arrumbado por completo en el pasado ⁽⁴¹⁾. Ahora, *Obergefell v. Hodges*, con la admisión del derecho de contraer matrimonio sin acepción de género,

habérseles dominado, pero significativamente el añadido venía cuando se trataba de cuestiones con trasfondo religioso o, en el mismo sentido, *moral*, como en la cuestión de la monogamia heterosexual. Sobre el déficit de atención a la presencia indígena en la historiografía constitucional de los Estados Unidos, por lo que cuestiones como ésta apenas se observan, B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en « Quaderni fiorentini », 36 (2007), pp. 1445-1547.

⁽⁴⁰⁾ law.cornell.edu/wex/table_marriage es sitio del *Legal Information Institute* de la Universidad de Cornell sobre el derecho de los Estados en materia matrimonial. Todos los intentos de atribuir directamente, mediante enmiendas constitucionales, competencias sobre derecho de familia a la Federación, que se han dado desde 1884, naufragaron, así como igualmente lo han hecho los intentos de homogeneización mediante la promoción de un código uniforme de matrimonio y divorcio a través de las legislaturas de los Estados: STEIN, *Past and Present Proposed Amendments to the United States Constitution Regarding Marriage*, cit., pp. 619-635 y 634-652. Obsérvese la fecha de la primera propuesta de enmienda de asunción de competencia: se relaciona con los intentos de erradicación de la poligamia mormona y de prohibición de los matrimonios interraciales tras la abolición de la esclavitud, no con proyecto alguno de defensa y garantía de derechos de unos u otros sujetos, la mujer, el afroamericano o el menor.

⁽⁴¹⁾ Howard BALL, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans: Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*, New York, New York University Press, 2002; GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., quienes abordan en primer lugar la poligamia constatando su persistencia. Son cuestiones las referidas todas ellas por supuesto con abundante literatura específica. Sobre la entidad actual del derecho federal de familia a muchos más efectos, Jill Elaine HASDAY, *Family Law Reimagined*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2014, cap. 1: « Federalism and the Family ».

puede constituir una buena piedra de toque para la comprobación del cambio de sentido en el curso de la historia. En dicha serie de cuestiones no vamos aquí a adentrarnos, aunque tampoco quepa descartar que pudiera tener interés hacerlo desde el mismo panorama histórico que se nos va trazando en los Estados Unidos ⁽⁴²⁾.

En toda dicha historia hasta el día hoy o, mejor, hasta el año de gracia de 2015, a salvo todavía de lo que veamos respecto al paso más reciente, el de *Obergefell v. Hodges* eliminando la discriminación sexual en el acceso al matrimonio, un prototipo monogámico heterosexual puede que siga latiendo y operando, ahora también como modelo para la unión homosexual, bien que con los importantes correctivos de la despatriarcalización de la familia, la personalización de la mujer y la liberalización del sexo, todo esto frente al peso de las morales sociales e individuales de la tradición de religión genéricamente cristiana. Lo que haya añadido dicha sentencia en una u otra dirección y lo que la historia juegue al propósito es lo que nos dirigimos a considerar.

3. *Año 2015: amistad de la historia con la justicia y con la institución del matrimonio.*

Dije que me propongo considerar dos cuestiones prejudiciales; una de fondo, la de cómo se consagra en el derecho constitucional federal de los Estados Unidos un modelo de familia; otra de forma, concretamente la del juego de los *amici curiae*, amigo o amiga del tribunal, en el proceso judicial de toma de decisión, dado que resulta relevante, interesando además a la historiografía, en el caso *Obergefell v. Hodges*.

Comencemos señalando que el *amicus curiae* es una práctica característica, aunque no exclusiva, de los Estados Unidos mediante la cual personas, asociaciones, organizaciones, administraciones o instituciones, privadas o públicas, ajenas a la disputa, se personan para asistir a la justicia abogando usualmente por alguna de las partes, pero sin retribución que cause dependencia, con la presentación de alegaciones más de derecho o de otro género de conocimientos que sobre hechos, las cuales son registradas por la oficina judicial y en casos tomadas en

(42) Para una comparación distinta a la más recurrente, en Estados Unidos, de la poligamia, Josephine ROSS, *The Sexualization of Difference: A Comparison of Mixed-Race and Same-Gender Marriage*, y James M. OLESKE JR., *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same Sex Marriage*, ambos en « Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review », 37 (2002), 2, pp. 255-288, y 50 (2015), 1, pp. 99-152. Para el término de comparación, contemplando asimilaciones, WALLENSTEIN, *Tell the Court I love my wife*, cit., *Interlude* tras parte II: « Polygamy, Incest, Fornication, Cohabitation — and Interracial Marriage ».

cuenta por la propia resolución final, aunque no haya para los jueces obligación alguna estricta de responderlas como la tiene en cambio respecto a las pretensiones de las partes. De hecho, en Estados Unidos, el *amicus curiae* puede hoy contribuir a la determinación judicial ⁽⁴³⁾. Se distingue suficientemente de unas prácticas afines. Por la independencia última de las instancias judiciales, no se confunde, aunque en casos pueda desde luego solaparse, con el lobby de intereses varios, prevaleciendo hoy los corporativos de grandes empresas, que más directa y costosamente suele aplicarse al legislativo o al ejecutivo ⁽⁴⁴⁾. En el campo judicial, no entro en la distinción entre el *amicus curiae* y los mecanismos de personación plena de terceras partes en el proceso como sea el caso, por ejemplo, de la *acción popular* contemplada en España para la justicia penal por la Constitución ⁽⁴⁵⁾.

La Corte Suprema Federal es un tribunal especialmente receptivo de tal práctica: « An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court » ⁽⁴⁶⁾. El *amicus curiae*,

⁽⁴³⁾ Hasta el punto de podersele significativamente tomar como especie práctica de *creative commons* a disposición de la justicia sin *copyright* posible, igual que el derecho mismo: Lewis HYDE, *Common as Air: Revolution, Art, and Ownership*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2010, pp. 248-249.

⁽⁴⁴⁾ Para los Estados Unidos, entre una vasta literatura por la misma vastedad sumamente polémica del asunto, Anthony J. NOWNES, *Interest Groups in American Politics: Pressure and Power* (2001), New York, Routledge, 2013 (p. 116: « Filing Amicus Briefs »); Ronald J. HREBENAR, Bryson B. MORGAN, *Lobbying in America: A Reference Handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2009; Kenneth GODWIN, Scott H. AINSWORTH, Erik GODWIN, *Lobbying and Policy Making: The Public Pursuit of Private Interests*, Los Angeles, SAGE, 2013; Thomas T. HOLYOKE, *Groups and Lobbying: Pursuing Political Interests in America*, Boulder, Westview, 2014; Lee DRUTMAN, *The Business of America Is Lobbying: How Corporations Became Politicized and Politics Became More Corporate*, New York, Oxford University Press, 2015; Alyssa KATZ, *The Influence Machine: The U.S. Chamber of Commerce and the Corporate Capture of American Life*, New York, Spiegel and Grau, 2015.

⁽⁴⁵⁾ Armin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Law Making*, en *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, eds. A. von Bogdandy e I. Venzke, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 473-509, considerando a dichos efectos democratizadores ambos mecanismos, el de intervención de terceros y el del *amicus curiae*. Constitución española, art. 125: « Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine [...] ».

⁽⁴⁶⁾ supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf es el cuerpo procesal de *Rules of the Supreme Court of the United States, adopted April 19, 2013, effective July*

además de la presentación del escrito con un límite marcado de nueve mil palabras, pueden llegar a intervenir, cual si fueran prácticamente parte, en las audiencias públicas (47). El *amicus* ha venido finalmente a funcionar como forma de amistad, más que con la justicia, con una de las partes, aunque el tribunal puede también invitar a especialistas o a instituciones a que intervengan como *amici* neutrales o en pro del interés público. En todo caso, necesita la admisión o de las partes o del tribunal (48). Resulta hoy una forma eficaz de abrir ventanas a la justicia ya hacia otros conocimientos que los estrictamente jurídicos, inclusive desde luego los históricos, ya hacia otros ordenamientos que el propio (49). Lo es eficiente para poner todo ello al servicio de derechos de grupos frente a mayorías políticas menos representativas de lo que se postulan y no tan operativas como se presumen. Entre *amici curiae* y

1, 2013, regla 37: « Brief for an *Amicus Curiae* », primera frase de un párrafo de comienzo que data de una revisión de 1990.

(47) Para el límite, la mismas *Rules of the Supreme Court of the United States*, regla 33.g.XI.

(48) Samuel KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, en « Yale Law Journal », 72 (1963), 4, pp. 694-721; Robert C. BRADLEY, Paul GARDNER, *Underdogs, Uppercuts and the Use of the Amicus Brief: Trends and Explanations*, en « The Justice System Journal », 10 (1985), 1, pp. 78-96; Alexander B. AIKMAN, Mary E. ELSNER, Frederick G. MILLER, *Friends of the Court: Lawyers as Supplemental Judicial Resources*, Williamsburg, National Center for State Courts, 1987; Joseph D. KEARNY, Thomas W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, en « University of Pennsylvania Law Review », 148 (2000), 3, pp. 743-855; Scott A. COMPARATO, *Amici Curiae and Strategic Behavior in State Supreme Courts*, Westport, Praeger, 2003; Paul M. COLLINS Jr., *Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation*, en « Law and Society Review », 38 (2004), 4, pp. 807-832; Matthew M.C. ROBERTS, *Oral Argument and Amicus Curiae*, El Paso, LFB, 2012; Helen A. ANDERSON, *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*, en « University of Richmond Law Review », 49 (2015), pp. 361-416; Ulrich KÜHNE, *Amicus Curiae. Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2015, parte I, cap. 2: « Weiterentwicklung und Neudefinition: Amicus Curiae im U.S.-amerikanischen Recht », desarrollo ulterior tras haber contemplado una prehistoria europea.

(49) *Courts and Comparative Law*, eds. Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, Oxford, Oxford University Press, 2015, ofrece estudios que trazan un amplio panorama comparativo de prácticas jurisdiccionales en relación a la apertura o cerrazón hacia el derecho comparado como elemento concurrente en el proceso de toma de decisión judicial, pero compareciendo el *amicus curiae* como un elemento de referencia allí donde no se le emplea sin abordarse específicamente y pretendiéndose que su función puede suplirla la consulta por iniciativa del tribunal excluyente de la ciudadana (pp. 472-482: Guy CANIVET, *The Use of Comparative Law before the French Private Law Courts*, p. 480).

litigación estratégica, la que se proyecta para promocionar tales derechos (de afroamericanos, de la mujer, de homosexuales...), cabe que, por la vía judicial, se amplíe democracia ⁽⁵⁰⁾.

Por los beneficios que ofrece encauzando una participación de ciudadanía en general y de especialistas del derecho o de otros campos en particular asistiendo gratis a la justicia, la práctica del *amicus curiae* viene difundiendo, en particular entre jurisdicciones internacionales de derechos humanos, con resistencias desiguales por latitudes de Estados que han adoptado en el pasado un sistema de derecho codificado o legicéntrico ⁽⁵¹⁾. Cuando el ordenamiento se identifica con el derecho del Estado, éste no es federal o compuesto y no está judicialmente abierto a un orden internacional de derechos humanos dotado de instancias jurisdiccionales, puede la justicia conocer y dominar el cuerpo de normas a las que entonces se debe. Entonces, se dice que impera un principio que suele formularse también en latín como presunta lengua de autoridad normativa, el de « iura novit curia » o, más desglosadamente, « da mihi facta, dabo tibi ius »: el tribunal conoce el derecho mientras que las partes lo que deben aportar son los hechos. La ficción de tales principios suelen todavía predicarse y aparentarse contra toda evidencia dificultando no sólo la adopción de la

⁽⁵⁰⁾ Ian BRODIE, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, New York, State University of New York Press, 2002, para caso vecino de los Estados Unidos no sólo geográficamente, *common law* y *judicial review* mediante, y centrándose en la litigación estratégica que sí puede cumplir funciones similares a las del *amicus curiae*; Joanna S. GONEN, *Litigation as Lobbying: Reproductive Hazards and Interest Aggregation*, Columbus, Ohio State University Press, 2003, sobre casos de salud reproductiva con consideración concurrente de la práctica del *amicus* (p. 5: « Groups must also decide whether to sponsor a case directly or to allow someone else to assume that role and instead file an amicus brief in support »); VON BOGDANDY, VENZKE, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Law Making*, cit. Antes de que se teorizase esta forma de activación de la justicia, *Reynolds* fue un caso de litigación estratégica que salió mal para sus promotores.

⁽⁵¹⁾ Víctor BAZÁN, *Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*, en « Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano », 10 (2004), 1, pp. 251-280; Ruben J. GARCÍA, *A Democratic Theory of Amicus Advocacy*, en « Florida State University Law Review », 35 (2008), 2, pp. 315-358. Es interesante la recepción reglada en Argentina impulsada por casos de derechos humanos en contraste con el intento en Perú de introducir el *amicus curiae* al servicio del tribunal y no de las partes: V. BAZÁN, *El amicus curiae en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina*, en « Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional », 10 (2006), pp. 15-50; Guillermo J. BORDA, *El Amicus Curiae*, en « Signos Universitarios », 46 (2011), pp. 171-187.

práctica del *amicus curiae*, sino incluso su comprensión ⁽⁵²⁾. El latín sigue funcionando como si se tratara de « divinas palabras » para el derecho. No hace falta que ni Constitución ni ordenamiento judicial nombren el principio *iura novit curiae* para que opere entendiéndosele jurisprudencialmente en un pleno vigor que no se sabe bien de donde procede. Sirva para ilustrarnos, como mal ejemplo, España ⁽⁵³⁾.

Obergefell v. Hodges es un caso emblemático en el juego del *amicus curiae*. Sus *amici*, cerca de un centenar y medio, ciento cuarenta y siete si he contado bien, lo cual marca todo un record, se encuentran, como documentación del procedimiento, en el sitio oficial de la Corte Suprema Federal ⁽⁵⁴⁾. Para la cuenta, llamo *amici curiae* a los escritos, pues también puede emplearse la expresión para quienes los suscriben

⁽⁵²⁾ KÜHNE, *Amicus Curiae*, cit., pp. 194-196, sobre el « lapidaren Satz » *iura novit curia* como ficción. Para el contexto de cultura jurídica de la presunción del conocimiento judicial del derecho en base a su reducción a ley, Paolo GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998. Isabel BALTEIRO y Miguel Angel CAMPOS-PARDILLOS, *A comparative study of Latinisms in court opinions in the United States and Spain*, en « International Journal of Speech, Language, and the Law », 17 (2010), 1, pp. 95-118, sólo hacen una alusión al « *iura novit curiae* », pero con un ejemplo interesante de la jurisprudencia constitucional española al que enseguida me refiero, y no mencionan el « *amicus curiae* ».

⁽⁵³⁾ Ley de Enjuiciamiento Civil (2000): art. 218.1: « El tribunal [...] resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes ». Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2005 en recurso de amparo: « No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las Sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas », con esta laxitud y sin espacio imaginable para la práctica del *amicus curiae*. La denominación de los latinajos como « divinas palabras » de eficacia probada es ocurrencia de un dramaturgo: Ramón del VALLE-INCLÁN, *Obra Completa*, Madrid, Espasa, 2002, vol. 2, p. 593 (« Qui sine peccato est vestrum, primus in illam lapidem mittat », acotación: « ¡Milagro del Latín! »).

⁽⁵⁴⁾ supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs es la página con los enlaces a los *amici curiae* de *Obergefell v. Hodges*. El récord anterior lo tenía, con ciento cuarenta, el caso *National Federation of Independent Business* (2012) sobre la promoción pública de seguro médico por el *Patient Protection and Affordable Care Act*, vulgarmente conocido como *Obamacare*. El incremento espectacular de los *amici* es un fenómeno de la segunda mitad del siglo XX: KEARNY, MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, cit., pp. 749 y 752, lo cuantifican entre 1946 y 1995 en más del 800% y el ritmo de aumento no ha decrecido; respecto a dicho periodo, también comprueban (pp. 757-774) el incremento notable del aprovechamiento de los *amici* por

(en Estados Unidos, el documento se identifica con el genérico *brief*). Entre los ciento cuarenta y siete, los hay de todo signo y de toda procedencia: de grupos de particulares, uno de juristas de veintisiete países, de bufetes y otras formaciones profesionales no sólo del derecho, de organizaciones y fundaciones civiles, de un par de Estados, de miembros de Congresos, tanto de algunos estatales como del federal, de administraciones públicas, de centros universitarios, de iglesias y otras asociaciones religiosas... y de agrupamientos de historiadores e historiadoras, lo que aquí particularmente nos interesa. Todo ese abigarrado conjunto de *amici curiae* sobre la institución del matrimonio merecería desde luego un estudio de por sí mismo y por entero, pero aquí ya sabemos que lo que nos interesa es el rol de la historiografía.

Hay un par de asociaciones historiográficas consolidadas que concurren a favor de la igualdad en el acceso al matrimonio y, por tanto, de proscribir la discriminación por identidad u orientación sexual. Son la *Organization of American Historians* y la *American Historical Association* (OAH y AHA en adelante). Ambas cuentan con sitios en la red para presentarse por sí mismas ⁽⁵⁵⁾. Desde un primer momento ha podido hacerse justamente notar la importancia de estos dos *amici*, los de OAH y AHA, para el tenor de la sentencia ⁽⁵⁶⁾. Sin necesidad de que andemos adentrándonos en detalles no requeridos por nuestros objetivos en este trabajo y sin perder de vista que en ningún caso entra el de esclarecer el estado actual del derecho estadounidense, vamos a ocuparnos de esta doble aportación. Al menos de antemano, el primer

las sentencias y los votos particulares; COLLINS Jr., *Friends of the Court*, cit., p. 811, cuantificando igualmente tal verdadera «explosion».

⁽⁵⁵⁾ oah.org y historians.org respectivamente. La OAH es la editora de *The Journal of American History* y *The American Historian*; la AHA, de *The American Historical Review* y *Perspectives on History*. Está ya registrada la página de acceso a los *amici curiae* de *Obergefell*. Como las citas son localizables mediante la función ctrl+f, no indico páginas.

⁽⁵⁶⁾ notchesblog.com: *Notches. (Re)marks on the history of sexuality*, post editorial de 27-junio-2015, *The Obergefell Syllabus: Historicizing Same-Sex Marriage in the United States*, notando además que en el texto de la sentencia «history»/«historical»/«historic» aparece 63 veces; «tradition», 47, «past», 10. La misma «relies heavily on the work of historians of sexuality, gender and race»; especialmente, «two amicus briefs shaped the historical framework for the majority opinion», los dichos. «*Obergefell*, in other words, is a clear example of how the work of historians matters». El mismo sitio *Notches* ha colgado nuevos posts y algunas entrevistas en el primer aniversario de *Obergefell*. Una entrevista es con George Chauncey, quien dice haberse encargado de elaborar el proyecto del *amicus* de la OAH.

amicus dicho, el de OAH, la *Organization of American Historians*, habría de ser el más relevante ⁽⁵⁷⁾.

OAH entra en materia recordando una cita de uno de sus presidentes, ya desaparecido, acerca del valor de la historia para, en definitiva, el derecho: « knowledge of the past is a key to understanding the present ». Tal conocimiento clave, que originalmente se refería a la esclavitud y sus secuelas ⁽⁵⁸⁾, se concreta para el caso ahora « in ensuring that the Court is presented with an accurate description of the history of discrimination against gay men and lesbians in America », esto es, no de la historia de la familia en general ni del matrimonio en particular, sino de la correspondiente a la discriminación sufrida por mujeres y hombres de orientación homosexual en los Estados Unidos. OAH comparece, no como « an advocate of a particular legal standard », sino como « a steward of history », de esa historia en concreto de la persecución jurídica, no sólo social, de la homosexualidad. « The OAH offers this Brief to inform the Court that gay and lesbian people have been subject to widespread and significant discrimination and hostility in the United States ». « The OAH is not before the Court to advocate in favor of a particular legal doctrine or standard. But it wishes to advise the Court that the historical record is clear ». Y así lo hace valer con creces dentro del espacio limitado de nueve mil palabras que ya conocemos.

El acento se pone lógicamente en la discriminación pública o institucionalizada más que en la privada o social. Dada su competencia en la materia de policía, los principales agentes de la represión son los Estados y los municipios. Unos y otros prohíben los lugares de reunión de homosexuales e incluso que tengan acceso y servicio en los comunes. Proscriben la representación de personajes de dicha característica o apariencia. Fomentan campañas de persecución de la homosexualidad en una presunta defensa de los menores que así la identifica con la pederastia. Junto a la administración federal en su campo, depuran el

⁽⁵⁷⁾ Para ulterior noticia sobre la OAH, su contexto y su evolución hasta venir a posiciones de responsabilidad profesional menos elitista que en sus orígenes, con ocasión de su centenario, *The Organization of American Historians: The Writing and Teaching of American History*, ed. Richard S. Kirkendall, New York, Oxford University Press, 2011, aun sin capítulo sobre la amistad con la justicia.

⁽⁵⁸⁾ Kenneth M. STAMPP, *The Peculiar Institution: Slavery in the Ante-Bellum South* (1956), New York, Vintage, 1984, p. VII, lo que determina « the historian's involvement with both present and past ». Y no se refiere a cualquier historia, sino a aquella que intenta recuperar la perspectiva de la parte esclavizada y su descendencia emancipada, lo cual a su vez, aunque esto no se especifique en la cita de OAH, tiene su reflejo en el empeño del *amicus* por exponer la experiencia homosexual que enseguida vemos.

oficio público de homosexuales. Más aún, « until the 1960s, all states outlawed sexual intimacy between men » aunque fuera en los reductos más privados, pasando a este concreto efecto la homosexualidad femenina un tanto más desapercibida. Sobre bases de *common law*, se tipifica un delito de *sodomy* extensible a relaciones heterosexuales. El comienzo de una mejora de las condiciones desde los años setenta del siglo pasado desencadena una fuerte reacción adversa. « No other group in American history has been confronted with as many referenda designed to take away its rights ». « Gay men and lesbians continue to live with the legacy of anti-gay laws and hostility », de una hostilidad no solo jurídica, sino también religiosa y médica

« In most states, gay men and lesbians still lack protection from discrimination in schools, employment, housing, and public accommodations. State laws discriminating against gay men and lesbians remain on the books », en los cuerpos normativos, presionando severamente sobre sus vidas. Todo esto incide en la cuestión del matrimonio: « The approval of laws and constitutional amendments limiting marriage to one man and one woman in a total of forty-one states demonstrates the continuing influence of anti-gay hostility and the persistence of ideas about the inequality of gay people and their relationships ». Aquí viene la clave del *amicus* de OAH, en el nexo que acto seguido establece entre superación de la discriminación y acceso al matrimonio. No tendrían por qué ser cuestiones tan estrechamente relacionadas puesto que, en teoría, de una parte, las discriminaciones pueden confrontarse directamente y, de otra, la igualdad de régimen y de beneficios, de haberlos, entre uniones monosexuales y ambisexuales no tiene por qué comprometer la identidad de la institución. Si embargo, OAH argumenta de forma bastante persuasiva que, dada la historia, el mejor atajo para superar definitivamente toda la serie de discriminaciones y regularizar la igualdad es el del acceso homosexual al matrimonio.

Un entero apartado del *amicus* se dedica a explicar ese nexo: « How This History of Discrimination Has Shaped the Debate Over the Right of Gay Couples to Marry », fortaleciéndose el entendimiento de que, en consecuencia, el nudo de la discriminación sólo cabe deshacerse mediante el derecho al matrimonio. El recurso dialéctico no es una invención de OAH. Hay bibliografía sobre historia de la homosexualidad que naturalmente se aprovecha ⁽⁵⁹⁾. El *amicus* entra finalmente en

(59) El ítem principal es del autor del borrador como ya sabemos: G. CHAUNCEY, *Why Marriage? The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality* (2004), ed. ampliada con nuevo prefacio, New York, Basic Books, 2009, cap 4: « How Marriage Became a Goal »; cap. 5: « The Present as History ». Entre otra bibliografía tomada en cuenta de un carácter más general, aparte investigaciones locales o sectoriales, inclusive del propio G. Chauncey, Jonathan Ned KATZ, *The Invention of Heterosexuality* (1995),

la evolución del matrimonio para colacionar el caso de la legitimación de las uniones interraciales por la misma Corte Suprema asimilándolo al de las relaciones homosexuales: « This Court in 1967 overturned the remaining state bans on interracial marriage in *Loving*, and it took more than thirty years after that decision to reach the point where more Americans approved than disapproved of interracial marriage. History has vindicated the judges with the courage and foresight to declare certain emerging truths to be self-evident, even in the face of majoritarian hostility ». El nexa puede parecer de nuevo un poco forzado, pero la secuencia del discurso resulta hasta el final persuasiva pese a la debilidad del hilo de razonamiento que lo engarza. Su fuerza reside en la exposición apabullante de evidencias. Con lo recién citado se concluye. Del caso *Loving* ya tenemos referencias ⁽⁶⁰⁾.

A la historia del matrimonio se dedica el *amicus* de AAH, anteponiendo el anuncio en su propia identificación: *Brief of Historians of Marriage and the American Historical Association as Amici Curiae in Support of Petitioners*. Efectivamente, entre los firmantes figuran destacados historiadores e historiadoras del matrimonio en los Estados Unidos ⁽⁶¹⁾. El planteamiento también se formula en unos términos más

ed. ampliada con nuevo prefacio, Chicago, University of Chicago Press, 2007; William N. ESKRIDGE, *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003*, New York, Viking, 2008 (de quien OAH lo que utiliza es un artículo anterior: *Law and the Construction of the Closet: American Regulation of Same-Sex Intimacy, 1880-1846*, en « Iowa Law Review », 82 (1997), 4, pp. 1007-1135); Margot CANADAY, *The Straight State: Sexuality and Citizenship in Twentieth-Century America*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Para un pormenor elocuente, Alison LEFKOVITZ, 'The Peculiar Anomaly': *Same Sex Infidelity in Postwar Divorce Courts*, en « Law and History Review », 33 (2015), 3, pp. 665-701, incidiendo en el doble rasero judicial entre homosexualidades masculina y femenina.

⁽⁶⁰⁾ WALLENSTEIN, *Tell the Court I love my wife*, cit.; y el colectivo *Loving v. Virginia in a Post-Racial World*, cit., donde no faltan páginas sobre *same-sex marriage* a la luz de la jurisprudencia que en el mismo se sienta.

⁽⁶¹⁾ Comparecen, entre veintiséis *historians of marriage*, CHAUNCEY (*Why Marriage?*, cit.), junto a, entre los ya también citados, HARTOG, *Man and Wife in America*; COTT, *Public Vows*; STANLEY, *From Bondage to Contract*; KERBER, *No Constitutional Right to Be Ladies*, y nuestra más conocida GORDON, *The Mormon Question*. Entre quienes no se han citado y cuentan con obras no locales o no sectoriales, Elaine Tyler MAY, *Great Expectations: Marriage and Divorce in Post-Victorian America* (1980); Michael GROSSBERG, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* (1985); Stephanie COONTZ, *Marriage, a History: From Obedience to Intimacy or How Love Conquered Marriage* (1992); Norma BASCH, *Framing American Divorce: From the Revolutionary Generation to the Victorians* (1999); Alice KESSLER-HARRIS, *In Pursuit of Equity: Women, Men, and the Quest for Economic Citizenship in 20th-Century America* (2001);

jurídicos al encabezarse el escrito con las cuestiones planteadas por los recurrentes: « Does the Fourteenth Amendment require a state to license a marriage between two people of the same sex? Does the Fourteenth Amendment require a state to recognize a marriage between two people of the same sex when their marriage was lawfully licensed and performed out-of-state? ». Recuérdese que la enmienda décimo cuarta de la Constitución federal, de 1868, es la que extrae consecuencias de la abolición de la esclavitud introduciendo los principios de *equal protection of the laws* y *due process of law*, lo cual además ha servido a la larga para extender al derecho de los Estados las garantías contempladas en enmiendas federales anteriores, particularmente en las ocho primeras ⁽⁶²⁾. La invocación no se efectúa a la cláusula de « full faith and credit » entre Estados porque ésta pudiera permitir, como ya sabemos, sortear el asunto del acceso libre al matrimonio como derecho federal y dejaría en manos de los Estados su reconocimiento más allá de la admisión de las uniones celebradas en otros.

La idea fuerza de AHA es la de una historia que transcurriría entre Inglaterra y los Estados Unidos mostrando la importancia política de un modelo de familia fundada en el matrimonio monogámico heterosexual y consensual bajo gobierno, en el pasado, patriarcal, y esto hasta el punto de que los padres de familia habría sido los monarcas domésticos: « In Western Europe, when sovereigns wrested control over marriage from ecclesiastical authorities, they sought to create governable subgroups by treating male household heads effectively as their delegates, each of whom ruled his own household ». La recesión del patriarcalismo no habría privado a la familia monógama de su función política: « Social and legal changes eroded the rule that the male is the head of household who exercises dominion over his wife and other dependents. But the historical link between marriage and civic

Carole SHAMMAS, *A History of Household Government in America* (2002); Rebecca L. DAVIS, *More Perfect Unions: The American Search for Marital Bliss* (2010). Un elenco completo se ofrece desde luego en el propio *amicus*.

(62) AMAR, *The Bill of Rights*, cit.; para comentario historiográfico respecto a asunto de abundante bibliografía que no deja de incrementarse, B. CLAVERO, *Constituyente de derechos entre América y Europa*, en « Quaderni fiorentini », 29 (2000), pp. 87-171. Registremos la parte pertinente de la Enmienda XIV: « No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ». Como se ve son tres y no dos las cláusulas garantistas, la de *privileges or immunities*, la de *due process* y la de *equal protection*, pero la primera viene siendo prácticamente inoperativa. La Corte Suprema no suele ni identificarla cuando alega la Enmienda XIV.

governance persists ». En los Estados Unidos esto incluso de potencia: « Over this Nation's history, states have recognized that marriage serves to facilitate the state's regulation of the population; to create stable households; to foster social order; to increase economic welfare and minimize public support of the indigent or vulnerable; to legitimate children; to assign providers to care for dependents; to facilitate the ownership and transmission of property; and to compose the body politic ». El matrimonio monógamo sería así pieza clave del mismísimo sistema político.

Internamente, la función de la monogamia matrimonial heterosexual habría distado mucho de reducirse a la reproducción humana: « procreation and the rearing of biological children have never been the exclusive (or even predominant) purpose of marriage ». « The notion that marriage historically has been dedicated to the procreation and welfare of children rather than to the relationship of the adult couple presents a false dichotomy » pues el matrimonio, tanto interna como externamente, sería « a multifaceted institution ». « The historical record contradicts attempts to cast marriage as serving any single, overriding purpose. And it contradicts attempts to present marriage as a static institution so rooted in *tradition* as to insulate it from constitutional challenge ». El *amicus* ofrece por su parte una tradición que no es exactamente otra, sino la misma, sólo que pasada por ese reto del constitucionalismo para dar el paso de su extensión a homosexuales. Por cuanto se refiere a la fundación de la familia, se sigue entendiendo como indeclinable el requerimiento de la monogamia de pareja, sea ahora también homosexual. La poligamia ni se menciona. Y la experiencia histórica de la homosexualidad no cobra vida propia. La que se expone en una historia selectiva y unidireccional sin más matriz que la anglosajona entre Inglaterra y los Estados Unidos (63). Hay mucho más

(63) Más experiencias históricas, incluso mormonas, se podrían colacionar y confrontar sin salirse de los Estados Unidos: Walter WILLIAMS, *The Spirit and the Flesh: Sexual Diversity in American Indian Culture*, Boston, Beacon, 1986; Will ROSCOE, *The Zuni Man-Woman*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1991; W.N. ESKRIDGE, *A History of Same-Sex Marriage*, en « Virginia Law Review », 79 (1993), 7, *Symposium on Sexual Orientation and the Law*, pp. 1419-1513; D. Michael QUINN, *Same-Sex Dynamics Among Nineteenth-Century Americans: A Mormon Example*, Urbana, University of Chicago Press, 1996, cap. 1: « Cross-Cultural Perspectives in Same-Sex Dynamics », lo que, pudiéndose ir bastante más allá, falta del todo en el *amicus*; W. ROSCOE, *Changing Ones: Third and Fourth Genders in Native North America*, New York, Palgrave-Macmillan, 2000; Michael BRONSKI, *A Queer History of the United States*, Boston, Beacon, 2011; Elisabeth REIS, *Bodies in Doubt: An American History of Intersex*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2012. Respecto a matrimonios homosexuales en casos de transgénero, Phyllis R FREY, Alyson D. MEISELMAN, *Same-Sex*

pasado por supuesto que no se ajusta a esta historia digamos que, permitiéndome un latinajo que no es de mi cosecha en absoluto, *ad usum curiae*, al servicio, como buen *amicus*, de pretensión de parte. En clave historiográfica, estamos ante *whig history*, historia de epifanía de libertad así, con historia, lastrada ⁽⁶⁴⁾.

Se acentúa incluso la tradición de la entidad política o pública, más que civil o privada, de la familia. Lejos de debilitar tal carácter, trata de fortalecerlo. El derecho de acceso al matrimonio dual se vincula fuertemente a la libertad constitucional, del hombre primero y de la mujer luego: « Until the early twentieth century, married men's citizenship and voting rights were seen as tied to their headship of and responsibilities for their families »; « social and legal changes eroded the rule that the male is the head of household who exercises dominion over his wife and other dependents. But the historical link between marriage and civic governance persists ». No sólo a efectos históricos, sino principalmente como imperativo actual, se nos ha dicho que la familia es un componente principal del *body politic*, y no una familia cualquiera, sino la monogámica dual, con el cambio ahora de que pueda ser también homosexual.

¿A quien corresponde tal extensión? No se duda: a los tribunales precisamente. La historia también abona: « Courts Have Played An Instrumental Role In Changes To Marriage Laws » es un epígrafe cuyas evidencias pueden sustentar la pretensión en juicio. Si son las cortes judiciales las que fundamentalmente han garantizado el matrimonio interracial y la igualdad de los cónyuges, así como entre descendencia biológica y la adoptada, ahora les corresponde dar otro paso. La historia sigue siendo selectiva. Y está supliendo el juego de principios constitucionales de libertad sin discriminación que, ya de entrada, estarían planteando más asuntos que el del matrimonio homosexual como, sin ir

Marriage Have Existed Legally in the United States for a Long Time Now, en « Albany Law Review », 64 (2001), 3, pp. 1031-1071.

⁽⁶⁴⁾ eliohs.unifi.it/testi/900/butterfield/index.html ofrece la obra seminal de Herbert BUTTERFIELD, *The Whig Interpretation of History* (1931). Lo dicho sobre la poligamia tiene la salvedad del registro de una cita bibliográfica que conocemos bien y que, en todo caso, queda sin efecto alguno en el *amicus*: GORDON, *The Mormon Question*, cit. La propia historia de la monogamia heterosexual cristiana no fue tan constante ni es tan inequívoca: John CAIRNCROSS, *After Polygamy Was Made a Sin: The Social History of Christian Polygamy*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1974; David F. GREENBERG, *The Construction of Homosexuality*, Chicago, University of Chicago Press, 1988; BOSWELL, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, cit.; Gary FERGUSON, *Same-Sex Marriage in Renaissance Rome: Sexuality, Identity, and Community in Early Modern Europe*, Ithaca, Cornell University Press, 2016, no limitado tan sólo a la capital católica.

más lejos, el de la poligamia, con la necesidad a su vez, si quiere rechazársele, de argumentos constitucionales y no históricos.

Así puede concluir el *amicus* de AHA: « Throughout American history, the rights to marry and to choose one's spouse have been profound exercises of the individual liberty central to the American polity and way of life. The past century has witnessed societal and constitutional emphasis on freedom in choice of marital partner and freedom from racial and gender-based restrictions in marriage. Recognizing the right of individuals of the same sex to marry is the next step in this historical trend ». Otra cosa sería ir contra la historia.

He ahí en suma los dos *amici* más importantes de carácter historiográfico en el caso *Obergefell v. Hodges*, el de OAH y el de AHA, la *Organization of American Historians* y la *American Historical Association*. Dentro de sus coordenadas, si no los contemplamos desde fuera, ambos resultan en sumamente convincentes. Una mayoría de la Corte Suprema dispuesta a legitimar el matrimonio homosexual ya puede contar con una buena batería de argumentos. De haber algún voto inclinado en esta dirección, pero aún indeciso, puede con ello convencerse de estar previamente situado en dichas mismas coordenadas ⁽⁶⁵⁾.

4. *La sentencia y su larga sombra: ¿la poligamia como piedra de toque?*

Para las personas de orientación o de opción homosexual que aspiran a una convivencia estable en pareja con todo el reconocimiento y todos los derechos del matrimonio ambisexual, ellas y ellos, la resolución final de *Obergefell v. Hodges* es un acto de justicia. Por serlo, la sociedad entera habría de celebrarlo ⁽⁶⁶⁾. No obstante, la sentencia no

⁽⁶⁵⁾ De otros *amici* podemos hacer gracia. Un tercer *amicus* con intervención titular de gentes de historia (pocos, ninguna mujer y la mayoría eméritos), *Brief of Amici Curiae Scholars of History and Related Disciplines in Support of Respondents*, acude en defensa de « the traditional definition of marriage [...] deeply rooted in the historical understanding of marriage and its purposes ». Aquí nos interesan los *amici* de historia que influyen en la sentencia, no los que puedan hacerlo en los votos disidentes, como éstos en sí tampoco. Profesionales de la historiografía no hay entre quienes suscriben el ya aludido *Brief for 54 International and Comparative Law Experts from 27 Countries and the Marriage and Family Law Project as Amici Curiae in Support of the Respondents*, en defensa de fondo más religioso que jurídico del matrimonio heterosexual excluyente. Entre los veintisiete países no faltan España e Italia.

⁽⁶⁶⁾ CHAUNCEY, *Why Marriage?*, cit.; Suzanne B. GOLDBERG, *Obergefell and the Intersection of Civil Rights and Social Movements*, en « California Law Review Circuit », 6 (2015), pp. 157-165.

se limita a afirmar el derecho a la unión matrimonial sin acepción de género y a fundamentarlo en argumentos de libertad e igualdad. También arrastra historia y aprovecha historiografía, inclusive la de dichos *amici*, con resultados como mínimo dudosos desde perspectiva constitucional, la de libertad e igualdad ⁽⁶⁷⁾.

En la sentencia el arranque es de libertad, no de historia. Así comienza: « The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex », pero no es por esta vía por donde va a discurrir. En todo caso, ahí se tienen, con posibilidades de futuro, unos principios ⁽⁶⁸⁾. Aquí ya nos consta que nos las tenemos ante todo con un pasado.

Adviértase. La sentencia parte de una atribución a la Constitución de un derecho a una *identity* que en el contexto resulta *derecho a la identidad sexual*. De haberse adentrado por este terreno no sólo tendría que haber fundado la legitimación del matrimonio homosexual en tal específico derecho, lo que no hace, sino que habría de extenderse a cuestionar más aspectos del derecho de familia constituido, lo que evita. La manera de eludir dichos compromisos del punto de partida es recurriendo a la historia conforme a las sugerencias de los *amici* vistos. Antes de nada, se asegura, « it is appropriate to note the history of the subject now before the Court ». La razón del giro de los principios a la historia no se siente necesidad de explicarla. Y de este modo se entra a continuación significativamente en materia: « the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage ». « Since the dawn of history » esto sería así « on the understanding that marriage is a union between two persons of the opposite sex ».

« That history is the beginning of these cases », el de *Obergefell* y los que se han acumulado. Se trata, según el tribunal, de una historia universal de la monogamia que los mismos reclamantes aceptan por plantear su pretensión a partir de ella: « The petitioners acknowledge

(67) [supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) es el texto de la sentencia, con el *syllabus* preliminar que no forma parte de la misma y con los votos disidentes que en su conjunto ocupan más espacio que ella y de los que aquí no vamos en sí a ocuparnos, aunque alguna referencia convendrá por lo que interesa a la historia y a la religión.

(68) Kenji YOSHINO, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, en « Harvard Law Review », 129 (2015), 1, pp. 147-179; Elisabeth B. COOPER, *The Power of Dignity*, en « Fordham Law Review », 84 (2015), 1, *Perspectives on Marriage Equality and the Supreme Court*, pp. 3-22.

this history but contend that these cases cannot end there». Su propósito, según siempre la sentencia, no es subvertir la institución del matrimonio, sino todo lo contrario: « it is the enduring importance of marriage that underlies the petitioners' contentions », la importancia perdurable y la « immutable nature » de la institución matrimonial monógama o de pareja. La historia conjuga la continuidad de su naturaleza con la variación de sus reglas, « continuity and change », evolucionándose, por ejemplo, del matrimonio por acuerdo entre familias al consensual entre los contrayentes o del que anula la personalidad de la mujer al que se produce en términos de igualdad entre cónyuges. En este punto se produce la primera referencia a un *amicus curiae*, precisamente al de la AHA y, directamente incluso, a los *historians of marriage* que ya conocemos. No hay aquí, en Estados Unidos, empacho en cuanto a la responsabilidad de registrar autoridades de base de la decisión judicial, lo que abre la cancha para el juego de los *amici* o las *amicae curiae*, de historiografía o de otros campos ⁽⁶⁹⁾.

La sentencia pretende que tales transformaciones del matrimonio hacia un horizonte de libertad es distintivo de los Estados Unidos: « Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations », lo que puede ya conducir al asunto en juicio: « This dynamic can be seen in the Nation's experiences with the rights of gays and lesbians ». Se trata en lo esencial de la experiencia de padecimiento de exclusión y penalización por denegación de la dignidad social del reconocimiento formal de relaciones humanas a cuyo propósito se produce la segunda referencia a un *amicus curiae*, precisamente el de la OAH que, como también ya nos consta, se centra en dicha dimensión. A este efecto, para hacerse ver que la persecución de la homosexualidad dista de ser tan sólo jurídica, se recuerda el tratamiento médico y psiquiátrico que se le ha deparado como si se tratase de una enfermedad, a lo que se produce la tercera referencia a *amicus curiae*, ya no de historiografía ⁽⁷⁰⁾. La Corte reconoce que respaldó dicho tratamiento

⁽⁶⁹⁾ Las referencias directas a dicha historiografía se efectúan concretamente a COTT, *Public Vows*, cit., y a HARTOG, *Man and Wife in America*, cit. Si se quiere comparar prácticas de irresponsabilidad por ocultamiento y manipulación de referencias, sirva la española; para un ejemplo, B. CLAVERO, *Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de 'jurisprudencia')*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 52 (1998), pp. 189-217.

⁽⁷⁰⁾ *Brief of the American Psychological Association, Kentucky Psychological Association, Ohio Psychological Association, American Psychiatric Association, American Academy of Pediatrics, American Association for Marriage and Family Therapy, Michigan Association for Marriage and Family Therapy, National Association of Social Workers, National Association of Social Workers Tennessee Chapter, National Association of Social*

persecutorio de la homosexualidad, pero que vino a corregir su posición en 2003 estableciendo que « holding that laws making same-sex intimacy a crime ‘demea[n] the lives of homosexual persons’ ». Fue en el caso *Lawrence v. Texas* al que ya hemos tenido referencia. Ahora se pretende que el matrimonio homosexual es la debida consecuencia de dicho mismo giro ⁽⁷¹⁾.

La sentencia entiende que es a partir de entonces que se plantea la reivindicación del matrimonio homosexual, refiriendo algunas de sus vicisitudes entre pronunciamientos judiciales o legislativos de unos u otros Estados, así como con el fiasco federal de la definición del matrimonio heterosexual en forma excluyente: « This Court invalidated DOMA to the extent it barred the Federal Government from treating same-sex marriages as valid even when they were lawful in the State where they were licensed ». Y así se llega a la situación sabida: « After years of litigation, legislation, referenda, and the discussions that attended these public acts, the States are now divided on the issue of same-sex marriage ». Es el momento de entrar en las consideraciones jurídicas que, como ya sabemos, se centran, conforme al planteamiento de los reclamantes, en las cláusulas de *due process of law* y de *equal protection of the laws* de la enmienda décimo cuarta. Que el asunto pudiera resolverse por el recurso menos comprometido para el derecho federal de la cláusula *full faith and credit*, con el respeto así en principio debido a la competencia constitucional de los Estados, de sus respectivas ciudadanías, ya ha quedado definitivamente atrás.

En base a jurisprudencia anterior respecto a cuestiones distintas, la Corte argumenta que los derechos constitucionales no están tasados, sino abiertos a interpretación atenta a la propia historia de determinaciones normativas y metodologías judiciales, « without allowing the past alone to rule the present ». Entre derechos no contemplados por normas formalmente constitucionales, pero inferidos por vía jurisprudencial, figura el de acceso al matrimonio: « The Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. In *Loving v. Virginia* [...], which invalidated bans on interracial unions, a unanimous Court

Workers Michigan Chapter, National Association of Social Workers Kentucky Chapter, National Association of Social Workers Ohio Chapter, American Psychoanalytic Association, American Academy of Family Physicians, and American Medical Association as Amici Curiae in Support of Petitioners, accesible también por supuesto en la página citada de los *amici curiae* del caso *Obergefell*. Tampoco falta referencia directa, en este punto, al número de la revista de la *Psychological Association* en el que se hizo público el cambio de postura ya referido a favor de la normalización de la homosexualidad (« The American Journal of Psychiatry », 131 (1974), 4).

⁽⁷¹⁾ BALL, *From the Closet to the Courtroom*, cit.; CARPENTER, *Flagrant Conduct*, cit.

held marriage is 'one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men' ». Del caso citado, de 1967, ya también tenemos referencia. Ahora de lo que se trataría es de extender la legitimación del matrimonio interracial al matrimonio homosexual como si hubiera conexión entre ambos supuestos o, dicho en negativo, entre el racismo y la homofobia. El nexo se identifica en el padecimiento de las víctimas en conformidad con el planteamiento visto del *amicus curiae* de la OAH.

« It cannot be denied that this Court's cases describing the right to marry presumed a relationship involving opposite-sex partners », pero, ya se sabe, *the times they are a-changin'*: « The Court, like many institutions, has made assumptions defined by the world and time of which it is a part ». Hay además otros motivos fundamentales, igualmente afirmados por la jurisprudencia precedente, para llegar a « the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry ». Tales motivos van desgranándose. El principal es el de la *individual autonomy*, la autonomía individual como derecho constitucional y valor social. Tiene aplicación al orden matrimonial por cuanto que « a two-person union (is) unlike any other in its importance to the committed individuals ». Por esta razón, se nos recuerda, la sentencia en el caso *Griswold v. Connecticut*, por la que se despenalizó en 1965 el uso de contraceptivos por parejas debidamente casadas y como expresión de su *right to privacy*, *derecho a la privacidad*, declaró que el *right to marry*, el *derecho al matrimonio*, es « older than the Bill of Rights », anterior al mismo registro de derechos por parte de la Constitución de los Estados Unidos ⁽⁷²⁾. Mayor entronización no puede producirse respecto a un derecho, el de acceso al matrimonio, que ahora se viene a extender a las parejas homosexuales. « Same-sex couples, too, may aspire to the transcendent purposes of marriage and seek fulfillment in its highest meaning ».

El derecho al matrimonio no sólo se contempla como si interesase en exclusiva a quienes lo contraen. Razón para reconocerlo y ampararlo es también que « it safeguards children and families and thus draws

(72) John W. JOHNSON, *Griswold v. Connecticut: Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005. GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., p. 113, lo presentan como « the true leading case on the right to privacy », aunque sea menos famoso que el caso *Roe v. Wade* (1973), el de la permisión del aborto bajo la cobertura de dicho mismo derecho a la *privacidad* de construcción jurisprudencial: Mary ZIEGLER, *After Roe: The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge Mass., Harvard College, 2015, cap. 4: « The Rise of Choice: Single-Issue Politics and Privacy Arguments ». El *right to marry* como derecho constitucional ha venido también construyéndose doctrinalmente: GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., pp. 37-39.

meaning from related rights of childrearing, procreation, and education ». « Marriage also affords the permanency and stability important to children's best interests » (73). Este argumento no juega ya a favor tan sólo del matrimonio heterosexual: « gays and lesbians can create loving, supportive families ». La filiación puede producirse perfectamente de forma asistida médica o también, por adopción, jurídica. La capacidad y voluntad de reproducirse biológicamente nunca habría sido requisito para el matrimonio en los Estados Unidos ni hay base alguna para que lo sea. Y el matrimonio como institución también interesa a la sociedad entera. He ahí una última razón que abunda en la importancia constitucional, podría decirse que incluso constituyente, de la misma institución matrimonial: « marriage is a keystone of our social order ». Por ello la sociedad ha de sustentarla y potenciarla: « just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union ». « There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle ».

En esta línea se llega a extremos de interesado misticismo sobre el matrimonio monogámico poco menos como si no cupiera realización humana fuera del mismo: « Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other ». « No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were ». Y en fin, « these considerations lead to the conclusion that the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry ». Lo mantiene para homosexuales como para heterosexuales.

Una de quienes, como *historians of marriage*, suscriben el *amicus curiae* de la AAH reacciona críticamente de modo inmediato ante la sentencia del caso *Obergefell*. Naturalmente, la crítica no se debe a la

(73) En este punto se hace remisión a otro amigo de la curia entre los ciento cuarenta y siete: *Brief of Amici Curiae Scholars of the Constitutional Rights of Children in Support of Petitioners*, igualmente en la página dicha por supuesto. El principio del « best interests of the child » es ahora el que preside el derecho internacional de derechos humanos al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 3.1) que Estados Unidos precisamente no tiene ratificada. Lo recuerdan oportunamente GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., p. 280.

legitimación del matrimonio homosexual, « a victory for LGBT rights ». Lo hace a la exaltación de la institución matrimonial: « My concerns originate with the way *Obergefell* heightens the importance of marriage as a pathway to full citizenship and privileges a narrow ideal of sexual intimacy ». Esto se hace ver que contrasta con una decadencia histórica de la institución del matrimonio frente a la que el derecho y la religión, ambos, vienen respondiendo con un « investment in heterosexuality » cuyo resultado ha sido « a legal and political system, deeply influenced by American religious life, that privileges marriage while ignoring or denigrating larger questions about sexual freedom and non-marital family relationships ». La extensión a la homosexualidad se realiza enfatizando dichas resultas. La religión, una religión que puede ser ahora *liberal* en el sentido constitucional, sigue pesando. « The exclusion of same-sex couples from marriage was an outrage against equality, precisely because so many fundamental rights and privileges of citizenship flow through marriage, and because marriage remains a privileged form of family recognition », lo que sigue ocurriendo con efectos persistentemente perjudiciales para quienes no optan por el matrimonio monogámico, esto es dual ⁽⁷⁴⁾.

En dicha misma dirección hay reacciones críticas ante la sentencia que van todavía más allá. Atiendo a las manifestas durante el primer año, esto es hasta mediados de 2016. El modo de representar la institución matrimonial como « forming a marital union » por la que « two people become something greater than once they were » estaría manteniendo la imagen tradicional que en tiempos imposibilitaba y ahora dificulta la libertad e independencia de los miembros de la familia comenzándose por los cónyuges con desequilibrio en perjuicio usualmente de la mujer. Es algo que guarda al cabo congruencia con el empeño de la misma sentencia por seguir sustentando el orden constitucional en la institución familiar, monógama por supuesto ⁽⁷⁵⁾. Incluso desde el punto de vista del reconocimiento en igualdad, sin discriminación, de los derechos de las personas de opción sexual no exclusivamente heterosexual la sentencia es deficiente. Todo el énfasis que pone en el fortalecimiento del matrimonio, todo el descuido que demuestra en la garantía de tales derechos dentro y fuera de la familia ⁽⁷⁶⁾. Más que

⁽⁷⁴⁾ R.L. DAVIS (la autora de *More Perfect Unions*, cit.), *Faith in Marriage*, en « PS: Public Seminar », online, post de 28-VII-2015.

⁽⁷⁵⁾ Allison Anna TAIT, *The Return of Coverture*, en « Michigan Law Review First Impressions », 114 (enero, 2016), pp. 99-109.

⁽⁷⁶⁾ Peter NICOLAS, *Obergefell's Squandered Potential*, en « California Law Review Circuit », 6 (noviembre, 2015), pp. 137-144; Sally GOLDFARB, *Divorcing Marriage from Sex: Radically Rethinking the Role of Sex in Marriage Law in the United States*, en « Oñati Socio-legal Series », 6 (2016), 6, pp. 1276-1302.

en las condiciones constitucionales para el ejercicio de libertad sin discriminación por opción sexual, en lo que se centra es en su encauzamiento a través de la réplica homosexual del matrimonio heterosexual (77). Las familias de base no matrimonial pueden verse en una situación todavía más vulnerable después de la sentencia (78).

Una perspectiva histórica más amplia en relación a la filiación extramatrimonial puede confirmar que el nuevo matrimonio, el heterosexual y homosexual integrado, conserva privilegios de *supremacía* de la institución monogámica respecto a las opciones no matrimoniales con efectos de discriminaciones y exclusiones, perjuicio y marginación (79). Es algo que podría comprobarse en otras muchas facetas del derecho de familia. Sin embargo, lejos de intentar superar toda esta situación, *Obergefell* lo que procura es fortalecerla. Viene a reforzar más el matrimonio que la libertad de otras opciones a la vista. Pongámoslo en sus términos de acceso a un derecho fundamental. Exageremos un poco. Si la institución matrimonial no se somete a revisión desde dichos mismos principios de libertad e igualdad, que son los del arranque de la sentencia como ya sabemos, ¿no resulta algo así como afirmar el derecho fundamental de acceso al ejército, por supuesto que sin discriminaciones ni de género ni de orientación sexual? La inflación de derechos fundamentales no siempre favorece a libertad. En un caso como el del matrimonio depende del contexto institucional de referencia (80).

A la luz de los comentarios de urgencia, los contrastes entre

(77) Yuvraj JOSHI, *The Respectable Dignity of Obergefell v. Hodges*, en « California Law Review Circuit », 6 (noviembre, 2015), pp. 117-125.

(78) Clare HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*, en « Fordham Law Review », 84 (2015), 1, *Perspectives on Marriage Equality and the Supreme Court*, pp. 23-31.

(79) Serena MAYERI, *The Marital Supremacy and the Constitution of the Nonmarital Family*, en « California Law Review », 103 (2015), 5, pp. 1277-1352.

(80) Deborah WIDISS, Nelson TEBBE, *Equal Access and the Right to Marry*, en « University of Pennsylvania Law Review », 58 (2012), 5, pp. 1375-1449, conceptualizando el derecho al matrimonio como derecho de acceso sin discriminación a los privilegios que depara, no como un derecho de entidad propia, puesto que se podría constitucionalmente convertir en una pretensión insustancial por la supresión de tales privilegios o por su absoluta participación a toda forma de convivencia; p. 1380: « if a government decides to recognize and support civil marriage, it cannot exclude same-sex couples »; « the right to marry is similar in structure to other guarantees, particularly the right to vote and the right of access to certain court procedures », o la del acceso al ejército que, exagerando, añade. Es un argumento válido, como los autores subrayan, para el matrimonio homosexual tanto como para el heterosexual. De la alternativa resultante de desestablecimiento del matrimonio me ocuparé concluyendo.

sentencia y votos disidentes no resultan tan pronunciados como pudieran parecer, aparte la cuestión primaria y por supuesto esencial del rechazo o la acogida del matrimonio homosexual. Hay voto que exalta hasta un grado exasperado la universalidad del matrimonio en la historia: « a social institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs », aunque tan aventurada afirmación tenga enseguida que corregirla por referencia a la poligamia: « plural unions [...] have deep roots in some cultures around the World ». Hay también voto que no sólo abunda en el presunto valor constitucional de la institución matrimonial, sino que incluso la exalta igualmente hasta el paroxismo de ubicarla en una posición ultraconstitucional por religiosa: « In our society, marriage is not simply a governmental institution; it is a religious institution as well » « That (religious) vision is the foundation upon which this Nation was built », por lo que han de aceptarse sus reglas por imperativo, se pretende, de la libertad religiosa. ¿Tal narrativa histórica y tal pretensión constitucional acerca del matrimonio monógamo no lo comparte plenamente la sentencia? Ésta incluso participa, bien que solapadamente, del trasfondo religioso ⁽⁸¹⁾.

Como se ve por el primer voto disidente citado, el fantasma que se cierne sobre el derecho de familia en los Estados Unidos sigue siendo el de la poligamia. A lo reproducido sobre sus « deep roots in some cultures around the World » añade: « It is striking how much of the majority's reasoning would apply with equal force to the claim of a fundamental right to plural marriage ». Efectivamente ⁽⁸²⁾, pero la invocación el voto la efectúa como amenaza atemorizadora para descalificar la sentencia, no como posibilidad abierta para potenciarla desde su propia perspectiva de promoción de libertad sin discriminaciones.

⁽⁸¹⁾ La lección fallida de historia universal la imparte el voto del *Chief Justice*, John G. Roberts; la de derecho religioso constitucional, el de Clarence Thomas. El primero lo suscriben también Thomas y Antonin Scalia; el segundo, Scalia. Hay otros votos disidentes, de Scalia al que se suma Thomas y de Samuel A. Alito al que lo hacen Thomas y Scalia. No he dicho todavía que el ponente de la sentencia es Anthony M. Kennedy y que la suscriben Ruth B. Ginsburg, Stephen G. Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan. No hay voto concurrente que tome distancias de la exaltación del matrimonio monogámico, común en definitiva a todos.

⁽⁸²⁾ Ronald C. DEN OTTER, *Three May Not Be a Crowd: The Case for a Constitutional Right to Plural Matrimony*, en « Emory Law Journal », 64 (2015), 6, *Polygamous Unions? Charting the Contours of Marriage Law's Frontier*, pp. 1977-2046. Este número monográfico de debate sobre monogamia y poligamia responde a la expectativa del caso *Obergefell v. Hodges* todavía entonces entre la vista oral ya celebrada y la sentencia aún pendiente, entendiéndose así que no sólo habría de interesar a la homosexualidad.

La sentencia elude cuidadosamente el asunto, como ya ha podido advertirse: « The point has been rendered moot by the decision of the United States Supreme Court in *Obergefell v. Hodges* »⁽⁸³⁾. No es pedir peras al olmo, requerir un pronunciamiento sobre algo no pedido por las partes. El propio arranque visto de la sentencia con un principio de libertad extensible al derecho de identidad personal en relación a la sexualidad hubiera debido conducir a una consideración más amplia de las posibilidades plurales de convivencia humana en ejercicio de tal derecho de libertad donde incluirse constitucionalmente el matrimonio homosexual⁽⁸⁴⁾. Pero hemos visto cómo la historia ha servido para producir el cortocircuito.

El caso *Obergefell* ha repuesto en el orden del día la poligamia (recuérdese: poliginia, poliandria, poligiandria...). Para decirse ahora del modo más comprensivo, se habla de *polyamory*, término ya adoptado incluso en el seno de la Corte Suprema⁽⁸⁵⁾. ¿Es la poligamia de nuevo, como en los viejos tiempos mormones, piedra de toque para el constitucionalismo estadounidense? ¿Estamos con todo, por imperativo además constitucional, ante la *new frontier* del derecho de familia por esas latitudes? ⁽⁸⁶⁾. Bien mirado, si hay una piedra de toque para el constitucionalismo en este terreno no es la poligamia, sino el principio

⁽⁸³⁾ J. BENNION, L.F. HOFFE, *Introduction*, en *The Polygamy Question*, cit., pp. 3-21 (cita, p. 19).

⁽⁸⁴⁾ Maura Irene STRASSBERG, *Distinguishing Polygyny and Polyfidelity under the Criminal Law*, en *The Polygamy Question*, cit., pp. 180-198; p. 181: « Since I first began writing about polygamy, the legal landscape has shifted considerably. *United States v. Windsor* (2013) and *Obergefell v. Hodges* (2015) in particular opened up the possibility of liberty-based arguments supporting the decriminalization of polygamy »; pp. 180-182: de momento, una Corte de Distrito Federal de Utah ha declarado la inconstitucionalidad de la penalización de la cohabitación poligámica (caso *Brown v. Buhman*, 2013). La autora justamente abriga serias dudas sobre la posibilidad de que la poligamia mormona pudiera calificarse como ejercicio constitucional de libertad en general y religiosa en particular.

⁽⁸⁵⁾ Lo emplea el voto disidente del *Chief Justice* para enarbolar el fantasma de la poligamia en el caso *Obergefell*: « If not having the opportunity to marry ‘serves to disrespect and subordinate’ gay and lesbian couples, why wouldn’t the same ‘imposition of this disability’ [...] serve to disrespect and subordinate people who find fulfillment in polyamorous relationships? ». Ya dije que la traducción castellana, *poliamorío*, no rige, aunque no faltan intentos de adopción de derivados, como *poliamorismo* o *poliamoroso*. Mis reservas también proceden de que puede tratarse no sólo de *amor*, equipárese o no con sexo, sino también legítimamente de amistad, de interés o de otra relación o conveniencia.

⁽⁸⁶⁾ Mark GOLDFEDER, *Legalizing Plural Marriage: The Next Frontier in Family Law*, Waltham, Brandeis University Press, 2016.

de libertad humana con su corolario de identidad sexual que plantea, entre otras cuestiones, la suya, frente a la noción y la práctica del matrimonio monógamo heterosexual excluyente. Es el camino que ha señalado, para no recorrerlo en absoluto, la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*. Por cuanto aquí nos importa respecto a la historia, subrayemos el modo como la entrada se ha bloqueado apenas haberse entornado un resquicio de apertura.

El bloqueo se realiza precisamente con la historia sirviéndose de los *amici curiae* que la interesan. La historiografía resulta así que, con toda su buena voluntad, hace un mal servicio de cortocircuito de la libertad. Sirve para exaltar la función social y constitucional del matrimonio en su forma de monogamia antes heterosexual, ahora también homosexual. Ya podía venirse advirtiendo: « the idea of gay marriage, which so horrifies traditional people, is a kind of homage to commitment, to stability, monogamy, and to a kind of all-fashioned nuclear family ». Esta advertencia no se formulaba contra la posibilidad del matrimonio homosexual ni mucho menos ⁽⁸⁷⁾. Tan sólo señala la implicación de su mimetismo con la tradición heterosexual que puede venir a reforzar. Ahora, toda la exaltación del matrimonio monógamo por la sentencia no es retórica compensatoria de la cesión ante la homosexualidad. Como bien se nos han indicado por unas primeras críticas, viene a amparar el mantenimiento de un modelo de familia que, en su misma encarnación institucional, no responde precisamente a un modelo de libertad. Hubiera sido preferible que tuviéramos en el caso *Obergefell*, entre *amici* y jueces, *amicae* y juezas, menos de mala historia y de peor sociología, por interesadas y selectivas, y más de buen derecho y de mejor constitucionalismo, el de libertades.

Nos han interesado las críticas planteadas desde el presupuesto de libertad, no las más abundantes, venidas y por venir, que se oponen a la sentencia en defensa de institución e incluso de religión ⁽⁸⁸⁾. Tampoco nos hemos ocupado de los votos disidentes en sí. Aquí no nos las estamos viendo con el estado del ordenamiento estadounidense, sino con una historia del mismo de interés, presumo, no sólo para dentro, sino también para fuera de los Estados Unidos. Nos importa su historia. Y su historiografía ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., p. 582.

⁽⁸⁸⁾ americanprinciplesproject.org/?s=obergefell. Se apela a la nulificación en la defensa del derecho de los Estados con su competencia sobre el matrimonio: *Nullifications and Secession in Modern Constitutional Thought*, ed. Sanford Levinson, Lawrence, University Press of Kansas, 2016, pp. 14-15 y 249-250.

⁽⁸⁹⁾ Hay un aspecto de las opiniones en el caso *Obergefell* que no trato, el de la capacidad normativa judicial en garantía de derechos. Sentencia: « The Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that

5. *Una primera narrativa histórica: ¿Obergefell como fin de partida?*

A los pocos meses, antes de un año, ya tenemos una primera historia del proceso que conduce a la *marriage equality* en los Estados Unidos, lo que se entiende que es la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*, nuestro caso ⁽⁹⁰⁾. Su autor es David Cole, un constitucionalista bien conocido por la defensa de los derechos no sólo en el caso de la homosexualidad, sino también en otros como el de la exigencia de garantías en la mal llamada, por no estar constitucionalmente declarada, *war on terror*, esto es en sustancia, ante las prácticas de terrorismo antiterrorista de Estado. En lo que respecta a uno como a otro caso, también al nuestro, no se trata de improvisaciones o de unas intervenciones precipitadas. Muy al contrario, Cole ha venido siguiendo ambos asuntos con artículos de revistas de mayor difusión que las académicas y por comentarios en la red. Integrándolos y desarrollándolos ahora en narrativa y análisis de superior aliento, nos encontramos ante una historia de presente, una historia constitucional de presente tal ⁽⁹¹⁾.

Ahora el asunto se integra en un libro sobre el *power of citizen activists to make constitutional law* como verdadera *engine of liberty* este activismo cívico. La primera parte ya sabemos que es la que se dedica a nuestro asunto, el de *marriage equality*. La segunda lo hace al derecho de portar armas, *right to bear arms*; la tercera, a las garantías en la lucha contra el terrorismo, *human rights in the war on terror*. Por supuesto que interesaría seguir a Cole en la incitante comparación entre casos tan

process does not abridge fundamental rights », pero « the dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right ». Voto del *Chief Justice*: « Understand well what this dissent is about: It is not about whether, in my judgment, the institution of marriage should be changed to include same-sex couples. It is instead about whether, in our democratic republic, that decision should rest with the people acting through their elected representatives ». Es una cuestión por supuesto de la máxima significación en el sistema estadounidense y en general, pero que, de una parte, desborda completamente nuestro objeto y, de otra, la sentencia y los votos la manipulan de forma oportunista, sin ser decisiva para las respectivas posiciones.

⁽⁹⁰⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., por su parte I: « Marriage Equality ».

⁽⁹¹⁾ law.georgetown.edu/faculty/cole-david-d.cfm es el sitio de David Cole como profesor de derecho constitucional y justicia penal en la Universidad de Georgetown con información por supuesto a todos esos respectos; papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=141331 es la página de enlace a artículos suyos en acceso libre. La principal revista de difusión donde ha venido siguiendo los avatares de la reivindicación del *gay* o *same-sex marriage* es la *New York Review of Books*, cuyo sitio cuenta con buenos buscadores para localizar sus intervenciones (para artículos: nybooks.com/contributors/david-cole). Un post o comentario suyo en esta revista está citado.

diversos entre sí aun con el punto en común de cambios constitucionales inducidos por la acción ciudadana, pero aquí ya sabemos que estamos enfocados en uno solo, el primero. Éste culmina, en el relato de Cole, con nuestro caso, el cual así constituiría *the end game*, el *fin de partida* a favor del matrimonio igualitario entre heterosexuales y homosexuales, *straight y gay people* si se puede trazar así de marcadamente la diferencia antes y, aún menos, ahora. En todo caso, la catalogación como supuesto de conquista ciudadana de derechos de alcance constitucional ya establece un encuadramiento y un enfoque, veremos si limitados, para *Obergefell*, la sentencia ⁽⁹²⁾.

« The argument of this book is that civil society groups play an [...] important part in shaping constitutional law. At their best, they are the catalysts of constitutional change », como entiende que ha pasado en el proceso por el que « the right of same-sex couples to marry go from unthinkable to inevitable », No es algo, afirma, que suela atender la narrativa constitucional: « Popular and scholarly accounts of constitutional law too often neglect the critical function such groups play in our constitutional order », el estadounidense. Cuando más se acerca a este terreno de la movilización civil, la atención en lo que suele enfocarse es en la litigación estratégica a través de la justicia federal sin advertir que « the vast majority of the work necessary to transform constitutional law took place outside the federal courts » y que, si se triunfa en los tribunales, es porque antes se ha desarrollado el arduo, complejo y dilatado trabajo necesario para producir cambios relevantes en la opinión pública y entre especialistas. En todo caso, naturalmente, « in focusing on the work of constitutional advocacy groups I (Cole) do not mean to suggest that they are the only cause of constitutional change ». Sólo señala, como punto de partida, que suele ser, de una parte, clave « as important, if not more important, than the courts ») y, de otra, poco o nada atendida por parte de la investigación y la enseñanza del constitucionalismo ⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., capítulo sexto y último de la primera parte: « The End Game: *Windsor* and *Obergefell* ». Del caso *Windsor*, de 2013, ya también sabemos. Similarmente, GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., p. 142: « This (same-sex marriage) may be the last battleground over 'traditional' marriage ». *Fin de Partie*, *Endgame*, *Fin de partida* es obra de Samuel Beckett (1957) que, por escatológica, no creo que se esté evocando. El uso es el ajadrecístico: la jugada, toda ella, ya estaría ganada para los derechos cara al matrimonio.

⁽⁹³⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., pp. 4-6, 10 y 246-249, poniendo como ejemplo de dicho acercamiento más usual a Richard KLUGER, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, New York, Alfred A. Knopf, 1976, que tiene reediciones; con un capítulo adicional sobre el medio siglo transcurrido desde dicho caso, New York, Vintage, 2004; y discutiendo bibliografía

La historia que Cole reconstruye es una crónica de movimientos sociales, grupos de apoyo, sensibilidades institucionales e iniciativas individuales a favor, en general, de los derechos de homosexuales y, en particular, de la *marriage equality*, el matrimonio sin signo de género, desde mediados del siglo XX, afrontando retos como la penalización de la *sodomy*, en sentido que asimilaba sexos anal y oral, la medicalización de la homosexualidad, el acoso social contra sus manifestaciones, la discriminación tanto informal como institucionalizada, la persecución del asociacionismo *gay* o la forzada clandestinidad consiguiente. En un principio lo que se imponía eran *politics of protection*: una estrategia grupal de autoprotección, el aseguramiento de espacios de sociabilidad con motivos culturales propios y no mucho más ⁽⁹⁴⁾. Desde los años ochenta del siglo pasado, ante las urgencias de la gravísima crisis de la incidencia del sida en la comunidad homosexual, se afronta resueltamente el desafío de la identificación, la organización y las reivindicaciones públicas ⁽⁹⁵⁾. Es también a partir de entonces, de la inseguridad provocada por la crisis de los años ochenta, que comienza a despuntar la idea, como un refugio institucional, de la *marriage equality*, de una igualdad que asegurase cosas tan elementales como el derecho de visita a la pareja en hospitales, el de adoptar disposiciones para el caso de muerte sobre los restos y sobre los bienes o incluso el de estar presente con el debido reconocimiento en las exequias ⁽⁹⁶⁾.

Comienza así la historia de agrupamientos, movilizaciones e iniciativas que van a conseguir cambiar la percepción social predomi-

sobre *popular constitutionalism* de una aspiración normativa, por querer sustraer a los tribunales toda capacidad de cambio constitucional, que Cole no comparte. Confronta a este efecto en particular a Larry KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004. Un crítico del constitucionalismo popular viene ahora a cargarle de energía: Erwin CHERMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, New York, Viking Penguin, 2014.

⁽⁹⁴⁾ *Politics of protection* es expresión tomada de W. N. ESKRIDGE, *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, New York, Routledge, 2002, y *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America*, cit., aun en el contexto de la defensa del matrimonio dual como panacea de seguridad frente a otras formas de relaciones homosexuales. Añádase ahora Chistina B. HANHARDT, *Safe Space: Gay Neighborhood History and the Politics of Violence*, Durham, Duke University Press, 2013; Jim DOWNS, *Stand by Me: The Forgotten History of Gay Liberation*, New York, Basic Books, 2016.

⁽⁹⁵⁾ La base para la consideración de este giro la ofrece Randy SHILTS, *And the Band Play On: Politics, People, and the AIDS Epidemic* (1987), Londres, Souvenir Press, 2011.

⁽⁹⁶⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., p. 19: « The AIDS crisis also set the stage for the fight for marriage equality. It urgently revealed the many problems that gay couples confronted when the states did not recognize their relationships ».

nante sobre la homosexualidad, haciéndola evolucionar del rechazo al respeto, y a poner en marcha procesos políticos y judiciales con apertura progresiva de espacios para la deliberación y las decisiones entre contrariedades y consecuciones, avances y retrocesos. Estaríamos ante ejercicios de democracia participativa a la que el espacio judicial, con jurados y con cortes supremas independientes, se presta más que el terreno político representativo, pero que sobre todo, según Cole, cabe impulsar directamente mediante la movilización social y la animación cultural. El autor personifica en Evan Wolfson la evolución de un significativo movimiento desde el derecho académico y la litigación estratégica al activismo social y cultural que pudiera producir un cambio de mentalidad como cimiento firme de la constitucionalización final del matrimonio igualitario. La rehabilitación entonces de la vía judicial no tiene por qué ser menos democrática que la de enmienda constitucional. El resultado definitivo en el campo de la justicia ante la Corte Suprema sería « only a small part of the overall effort ». Por ello reitera que la historia que más importa para el cambio constitucional es la de la movilización social ⁽⁹⁷⁾.

En unos inicios, incluso cuando todavía se hablaba de reconocimiento de unión civil y no todavía de matrimonio, el movimiento distaba de mostrarse de acuerdo. Había una oposición marcada respecto a todo mimetismo con las prácticas heterosexuales. Cole lo señala: prevalecía la preferencia por « a distinct lesbian and gay identity and culture » sin lastres de familia patriarcal. Según transcurre su narrativa, pareciera que unos progresos fueron despejando la disensión. Sin embargo, la hemos visto manifestarse frente al misticismo matrimonial de la Corte Suprema realmente en pleno, de sentencia como de votos disidentes, tal y como hemos visto. De hecho, nunca ha desaparecido la resistencia a la integración en la sociedad imperante por el presunto atractivo de su derecho de familia ⁽⁹⁸⁾. El mismo caso *Ober-*

⁽⁹⁷⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., pp. 22-24 y 29-31, en referencia a escritos y actividades de Evan WOLFSON, *Same-sex marriage and morality: the human rights vision of the Constitution*, student paper, Harvard Law School, 1983; ID., *Why Marriages Matter: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*, New York, Simon and Schuster, 2004.

⁽⁹⁸⁾ Douglas NEJAIME, *Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage*, en « California Law Review », 102 (2014), 1, pp. 87-172; p. 90: « Critics of the movement's current devotion to marriage articulate some of the earlier ideological objections to marriage in today's more thoroughly marriage-centered moment. They argue that instead of advocating for family pluralism and sexual liberty, today's advocates box same-sex couples into the confines of marriage and position marriage as the appropriate mechanism for the distribution of rights and benefits », añadiendo oportunas referencias e incisivas evidencias no muy atendidas ahora por las *Engines of Liberty* de Cole.

gefell no puede tenerse como fin de partida, tal cual Cole hace, entre quienes subrayan las limitaciones del matrimonio igualitario como panacea ante unas dificultades que van bastante más allá por la población afectada, no sólo la homosexual, y por las discriminaciones que afronta, más que las de pareja ⁽⁹⁹⁾. Cole desde luego es consciente de todo esto, pero, aparte advertencias ocasionales, en su historia no tiene cabida la persistencia y el alcance de dichas *identity and culture*. Desde los mismos comienzos de la historia que narra se difumina la riqueza de un debate ciertamente interesante para los aspectos constitucionales de la cuestión, sobre todo esto para quien valora justamente su dimensión social. Ha tenido a mano estudios que no aprovecha en lo que merecen ⁽¹⁰⁰⁾.

Cole sigue con detalle y cuidado tiempos y contratiempos de una historia. No es necesario que sigamos su crónica. Nos interesan sus términos. Va en la línea de lo ya comprobado en los *amici curiae* de la OAH y la AAH. Con todo su interés y todos sus méritos, es a mi juicio otro caso de historia *whig*, de una historia selectiva y teleológica hacia un horizonte de libertad y para gloria de una Constitución: « The Constitution had everything to do with the result in *Obergefell* » ⁽¹⁰¹⁾. Ciertamente, pero sólo a partir del momento en que cinco individuos en un colegio judicial de nueve así lo deciden. No es origen y destino de una historia constitucional predeterminada por libertad ⁽¹⁰²⁾. Como

⁽⁹⁹⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., cap. 6 citado: « The End Game: *Windsor* and *Obergefell* ».

⁽¹⁰⁰⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., todo el cap. 1: « The Vision », y p. 25 para la cita; « The End Game » ya sabemos que es el título del capítulo dedicado a *Windsor* y *Obergefell*. Para estudios que cita y no aprovecha en lo que creo debido, NEJAJME, *Before Marriage*, cit.; Michael BOUCAI, *Glorious Precedents: When Gay Marriage Was Radical*, en « *Yale Journal of Law and the Humanities* », 27 (2015), 1, pp. 1-82. Añádase Nancy D. POLIKOFF, *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston, Beacon, 2008. Cole utiliza en mayor medida a Michael J. KLARMAN, *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*, New York, Oxford University Press, 2013, un ejemplo de historia *whig* como enseguida digo también de la suya.

⁽¹⁰¹⁾ Es la cita aquí capitular: COLE, *Engines of Liberty*, cit., p. 94. Si queremos ponerlo en términos de comparación con el matrimonio interracial, que es habitual, como hemos constatado, para la conexión jurisprudencial ahora entre *Laurence* y *Obergefell*, digamos que lo que no se toma en cuenta es la incidencia negativa de las secuelas de unos *apartheids*, el racial y el homosexual, en la misma estructura institucional predominante y la mayoría que la ha venido usufructuando: Nathaniel RICH, *James Baldwin and the Fear of a Nation*, en « *New York Review of Books* », 63, 8, 12-V-2016.

⁽¹⁰²⁾ CHERMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, cit., p. 14, resaltándolo en el contexto de un repaso histórico que lo pone sobradamente en evidencia. COLE,

hemos visto en la cita capitular, Cole realiza su tajante afirmación para contradecir al presidente de la Corte Suprema, quien concluía su voto disidente de esta guisa: « Celebrate the achievement of a desired goal. Celebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it ». *Nothing to do* con uno textos constitucionales y *everything to do* con una cultura constitucional, la que no sólo es judicial, sino también social. Cole puede tener razón por el derecho que defiende, pero esto no conlleva que la tenga por la historia que representa a su servicio. Una vez que el primero se legitima por libertad, ¿hace falta la segunda para fortalecerlo?

La historia de Cole es una historia de presente, pero una historia de presente sin densidad temporal, quiero decir sin conciencia ni constancia del peso que puede guardar el tiempo pretérito menos inmediato, un pasado que es todavía presente. Como buena historia *whig*, esta primera narrativa de la conquista de la *marriage equality* gracias al caso *Obergefell* se desarrolla en una forma lineal desde unos orígenes y hasta unos resultados, el planteamiento los unos y la aceptación los otros de una reivindicación en el caso. Falta el análisis de una serie de términos: aquellos en los que se produce la victoria, aquellos en los que se acomoda en el sistema establecido y aquellos en los que repercute sobre el mismo, esto de un modo que no debe presumirse ni positivo ni negativo, pues habrá precisamente de indagarse o, por ser cuestión de futuro, de someterse a la prospección que tal estudio sistemático con densidad histórica permita ⁽¹⁰³⁾.

Si la sentencia hubiera sido otra, si hubiera de algún modo eludido la *marriage equality* o seguido mostrándose deferente hacia el proceso político en curso entre los Estados con ventaja para la des-

Engines of Liberty, cit., lo rechaza, pero sin que su argumento realmente le respalde; p. 91: « If polygamous marriage were ever to receive constitutional protection, it would not be because five justices found Roberts' parallels analytically inescapable. It would be because a mass of people cared enough to create a set of civil society institutions that worked to legitimate the idea ». Los paralelos del *Chief Justice* los conocemos. Que ni el mismo Cole considere que el movimiento social sea el único factor del cambio constitucional también nos consta.

⁽¹⁰³⁾ Para un abordaje de este tipo, sabiendo poner de relieve y analizar el funcionamiento de mecanismos de desigualdad bajo reglas de igualdad, el propio D. COLE, *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, New York, New Press, 1999. Lejos del *End Game*, ahora, tras *Obergefell*, es cuando podría ser buen momento para emprender la investigación para un libro con el título de *No Equal Marriage: Gender and Sex in the American Family Law*, o con el subtítulo también por lo que vamos a ver a continuación, referido al derecho de familia de México o de España hoy, después del respectivo reconocimiento del matrimonio homosexual.

igualdad, la historia anterior, hasta 2015, seguiría siendo por supuesto la misma, pero la historiografía al estilo de Cole, con su carga de teleología, no podría sostenerse. La densidad temporal de la historia constitucional tampoco es que haya de llevarnos muy atrás. No habrá que remontarse a pasado medieval, por una isla europea, del *common law*, del *canon law* o de simple religión. Para cobrar perspectiva que interese a nuestro momento constitucional a propósito del matrimonio, no hay que elevarse en la historia sino apenas al siglo XIX. Por ahí, tan cerca y tan lejos, se hunden aún algunas de las raíces vivas y se airean todavía algunas de las ramas verdes del bosque tupido y enmarañado de hoy en día. Dilatación mayor en el tiempo, si no correspondiendo al objeto como es el caso, lo que aporta es ligereza historiográfica, no densidad histórica ⁽¹⁰⁴⁾.

Obergefell no se deduce tan limpiamente de la Constitución estadounidense no sólo porque, desde el siglo XIX, ésta haya venido sosteniendo un modelo agresivo de matrimonio heterosexual no del todo depurado ni mucho menos a estas alturas, sino también porque la competencia federal para producir el cambio constitucional procede de por entonces, de una apropiación de poderes por el Congreso y por la Corte Suprema al servicio de dicho mismo modelo. No son coordenadas inocentes. Al fin y al cabo, la sentencia del caso *Obergefell*, este presunto fin de partida, defiende a ultranza la institución matrimonial ahora extendida a la pareja homosexual. Quizás tan sólo se haya desplazado la frontera de la discriminación y la exclusión. El futuro, hoy por hoy incognoscible, dirá. De momento, dado tanto el peso de la historia como las ilusiones de la historiografía, ni siquiera para el matrimonio igualitario estamos ante un fin de partida. Valga el síntoma de que ni la administración federal parece mostrarse diligente al propósito, Hay más que inercia ⁽¹⁰⁵⁾. De los Estados refractarios, no digamos. Me repetiría si recordase que la competencia en materia de

⁽¹⁰⁴⁾ Si interesa el contraste del enfoque opuesto, ya sabemos que hay obras a las que acudir. Añádase, para ese otro escenario, la última edición del manual de J. WITTE Jr., Joel A. NICHOLS, *Religion and the American Constitutional Experiment* (2000), New York, Oxford University Press, 2016, cap. 1.

⁽¹⁰⁵⁾ archive.acf.hhs.gov/healthymarriage, sitio oficial federal, del Departamento de Salud y Servicios Humanos, Oficina de Asistencia Familiar, programa de Matrimonio Saludable y Responsabilidad Paterna, *Healthy Marriage and Responsible Fatherhood*, esto es, de matrimonio heterosexual y autoridad masculina, cuando bastaría decir *Parenthood* para que la referencia fuera a ambos cónyuges, heterosexuales u homosexuales (última visita, al cumplirse el año de *Obergefell v. Hodges*). Los presupuestos federales vienen asignando fondos a políticas de promoción de la familia en dicho sentido restrictivo, no igualitario: GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., p. 190. Y valgan las reacciones citadas ante *Obergefell*.

derecho de familia sigue sustancialmente recayendo, sin excluir el matrimonio, en cada Estado.

Para el caso del matrimonio igualitario y del movimiento social que conduce a su aceptación judicial, que es lo que le interesa, Cole no toma en consideración la práctica de los *amici curiae* como elemento comunicante de lo uno con lo otro. No mira la iniciativa y acción civil ante la justicia institucional, algo que pudiera ser decisiva al propósito de su estudio. Puede decirse que el *amicus curiae* representa hoy uno de los mecanismos de la democracia deliberativa en el campo judicial. Cole, sin embargo, hace tan sólo un trío de referencias sumarias al recurso a dicha práctica, una por parte del citado Evan Wolfson en su época menos proclive a la litigación estratégica ⁽¹⁰⁶⁾.

Cole toma en cambio en consideración algunos *amici curiae* más, o al menos se refiere en mayor medida a su práctica, para el caso de las garantías judiciales en la *war on terror* y el del derecho a portar armas. Pero aquí ya hemos advertido que sólo íbamos a ocuparnos de la sección dedicada a la *marriage equality*, nuestro asunto ⁽¹⁰⁷⁾. En cuanto a la ciudadanía como *engine of liberty*, interesa no sólo la movilización encauzada con vistas a la participación por la vía política, sino también y no menos, allí donde cabe como en los Estados Unidos, por la judicial de amistad ⁽¹⁰⁸⁾. El contraste de países, como España, donde esta posibilidad no tiene cabida ayuda a percibir su potencial.

⁽¹⁰⁶⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., pp. 30, 62 y 86 (atribuyo a Evan Wolfson un *amicus curiae* presentado por *Freedom to Marry*, su organización).

⁽¹⁰⁷⁾ opensocietyfoundations.org/events/guns-marriage-and-constitution, para comprobación de que el motivo original por el que D. Cole empareja los dos movimientos, el de las armas y el del matrimonio homosexual, es sobre todo el de que ambos alcanzan éxito. Aunque considerando otras obras del autor, D. Cole ni siquiera registra el libro que muestra cómo el derecho individual a portar armas cuando se afirmó por primera vez a escala federal fue tras la abolición de la esclavitud cual reivindicación de legítima defensa por los ex esclavos: Stephen P. HALBROOK, *Freedmen, the Fourteenth Amendment, and the Right to Bear Arms, 1866-1896*, Westport, Praeger, 1998, como tampoco toma Cole en cuenta que con anterioridad lo era a escala estatal o territorial esencialmente como derecho de propietarios esclavistas y de colonos frente a indígenas. Es otra muestra de carencia de densidad histórica. Respecto al capítulo de la llamada *war on terror*, conviene contrastar el panorama más sombrío respecto a consecución de garantías que ofrece CHEMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, cit., pp. 71-88. En número del « *American Journal of Legal History* » con sección monográfica sobre el derecho a portar armas (56 (2016), 4), una breve recensión del libro de Cole (pp. 494-495) no deja de acusar la posible extrañeza, para « some readers », de la asimilación en importancia entre los casos del matrimonio igualitario y tal derecho.

⁽¹⁰⁸⁾ COLE, *Engines of Liberty*, cit., pp. 276-277, para el momento de mayor atención a *amici curiae*, que se produce en el capítulo de la *war on terror*, momento significativamente recludo en nota. En todo caso, Cole nos da un buen consejo final, p.

6. *Concluyendo con Estados Unidos, México y España.*

6.1. *Constitucionalismo moral.*

Hemos comenzado nuestro relato por el caso de la poligamia mormona porque es el que dió pie a la conformación de competencias federales sobre el matrimonio, pero la historia viene de antes por cuanto que los poderes sobre el derecho de familia radicaban en los Estados. Poderes eran, poderes que podían prevalecer sobre los derechos. No se piense que en unos comienzos constitucionales hubiera nada parecido a la *privacidad* y esto muy particularmente respecto a los grupos o a las personas cuya vida no respondiera a la costumbres del modelo de familia asumido por cada uno de los Estados. En un momento determinado, como hemos visto, el Congreso y la Corte Suprema federales comenzarían a sumir ese poder de definir e imponer el modelo. La historia del caso mormón es paradigmática. Ni a uno ni a otro nivel, ni al estatal ni al federal, se trata de poder que pasase por Constitución, por su reconocimiento y garantía de derechos. No pasaba ni por la respectiva de cada Estado ni por la común federal.

Entonces podía hablarse de *police power*, un poder de *policía* en un sentido mucho más amplio del que mantiene en la actualidad, un poder que no figuraba entre los poderes reconocidos, articulados y limitados constitucionalmente ⁽¹⁰⁹⁾. Hoy puede hablarse de *constitucionalismo moral*, constitucionalismo conformado por una moralidad patriarcal de disposición política cuya determinación no se entendía que hubiera de atenerse a ese juego de poderes formalizados ⁽¹¹⁰⁾. Escapaba en la práctica a los mismos. Resultaba más dilatado o menos restringido, sobre todo para los Estados ⁽¹¹¹⁾. Aun reduciéndose, sigue siendo *police*

229: « Do not leave constitutional law to the lawyers, much less the judges », tampoco a nosotros.

⁽¹⁰⁹⁾ Markus Dirk DUBBER, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, New York, Columbia University Press, 2005, cap. 1: « Police and Patria Potestas », partiendo así del patriarcalismo doméstico y político de alcance materialmente constituyente aunque tendiendo luego a reducirse a lo que suele entenderse por *policía* hoy; *American Sexual Histories*, ed. E. Reis, Oxford, Blackwell, 2012; B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalisms of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2015, cap. 1: « Freedom's Law and Oeconomical Status: The Euro-American Constitutional Moment ».

⁽¹¹⁰⁾ Tomo la expresión de *constitucionalismo moral*, en este sentido de fondo equivalente a la *policía* de antaño, de GORDON, *The Mormon Question*, cit.

⁽¹¹¹⁾ Véase el marcado contraste entre respaldo y freno por la Corte Suprema a poderes de los Estados en casos planteados bajo idénticos supuestos constitucionales

power sustancialmente en manos estatales componiendo el constitucionalismo moral junto a los poderes federales ⁽¹¹²⁾. Si en todo lo que hemos visto hay un problema de fondo, es éste, el de un poder solapado que asigna al Estado competencias exorbitantes sobre la vida de la población, ciudadana o no, más allá, mucho más allá, de lo que le habilita su propia Constitución y de lo que requiere un orden social por sí y, más todavía, de regir sobre medios plurales ⁽¹¹³⁾.

Estado significa ahí, en ese panorama, tanto, en general, la institución estatal como, en particular, cada uno de los Estados de los Estados Unidos, Estados que eran los competentes en materia de derecho de familia aplicándole legislativa y judicialmente un moralismo de tracto religioso sin base en su constitucionalismo formal. Desde mediados del siglo XIX, el Congreso y la Corte Suprema federales, aun con menor fundamento todavía en su propio constitucionalismo, asumieron con entusiasmo ese constitucionalismo moral regulatorio de la familia desde unos presupuestos religiosos que no confesaba su nombre bajo una Constitución que se pretendía no confesional ⁽¹¹⁴⁾. Así acaba de forjarse un modelo agresivo de monogamia heterosexual procreativa, un modelo excluyente y criminalizador de otros modos y otros ámbitos de relación sexual y convivencia social. En la historia de los Estados

y resueltos de forma radicalmente distinta, a favor del poder estatal cuando se trata de un asunto que se tiene por inmoral (la lotería y no el trabajo infantil) en CHEMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, cit., pp. 91-94 y 109.

⁽¹¹²⁾ supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html, la sentencia del caso *Loving v. Virginia*: «While the state court is no doubt correct in asserting that marriage is a social relation subject to the State's police power», *poder de policía* originalmente del Estado incluyendo como objeto el matrimonio, «the State does not contend in its argument before this Court that its powers to regulate marriage are unlimited notwithstanding the commands of the Fourteenth Amendment. Nor could it do so», pues los poderes federales, en virtud de dicha Enmienda XIV, participa. John DeWitt GREGORY, J.L. GROSSMAN, *The Legacy of Loving*, en *Loving v. Virginia in a Post-Racial World*, cit., pp. 12-26 (pp. 18-20); Risa GOLUBOFF, *Vagrant Nation: Police Power, Constitutional Change, and the Making of the 1960s*, New York, Oxford University Press, 2016.

⁽¹¹³⁾ Para ilustración de algunos aspectos de su despliegue federal, David J. LANGUM, *Crossing over the Lines: Legislating Morality and the Mann Act*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, Para su incidencia en el encuadramiento del derecho de familia, GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., pp. 110-112. Sobre la recuperación última de constitucionalismo moral a escala más general, Samuel MOYN, *Christian Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2015.

⁽¹¹⁴⁾ Para el espejo judicial federal, BALL, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans*, cit. Y sigue interesando desde luego al efecto la bibliografía ya citada sobre el fondo religioso inconfeso del constitucionalismo estadounidense.

Unidos, esta *overcriminalization* fue acompañada por una *overfederalization*, la criminalización extremada por una federalización pronunciada, pero manteniéndose en todo caso mantenía las competencias básicas de la policía sexual en las manos más efectivas de los Estados (115).

¿Hay lecciones en esta historia que puedan interesar fuera de los Estados Unidos? La primera tendría que ser historiográfica. En medios sociales ensimismados en la ficción de matrimonios estables hasta que la muerte les separe entre importantes minorías con vidas al margen de esa institución, la matrimonial, ya por opción, ya por desentendimiento, o que practican la poligamia legal de carácter secuencial por medio bien del divorcio consensual, bien de las relaciones sin esponsales y con cohabitación; en una sociedad de elevados porcentajes de infancia y adolescencia crecida y socializada entre estas otras circunstancias y no en el paraíso imaginario de los matrimonios vitalicios reproductivos (116); con todo ello, la correspondiente historiografía tiende a mantener un *canon* que comienza por perder evidencias más o menos equivalentes, pero por igual significativas, en el pasado (117). Por lo que toca a la historiografía constitucional, el canon elimina de la vista el constitucionalismo moral.

Aun con planteamientos formales distintos, la historia del constitucionalismo moral, en cuanto tal regularmente en posición más bien solapada, no es muy diferente por los lares de otros Estados de cultura afín. Competencias y prácticas intrusivas en la vida social y en la intimidad personal, más acá de los principios constitucionales de libertad teóricamente asumidos y más allá de los requerimientos del sistema de poderes formalmente establecido, pasan más o menos lim-

(115) L.M. FRIEDMAN, *Crime and Punishment in American History*, New York, Basic Books, 1993, caps. 6: «Morals, Morality, and Criminal Justice», y 15: «Law, Morals, and Victimless Crime»; Susan Sun BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, en «American University Law Review», 54 (2005), 3, *Overcriminalization: The Politics of Crime* (ed. Ellen S. Podgor), pp. 747-780.

(116) HASDAY, *Family Law Reimagined*, cit., p. 2, definiendo dicho *canon* como el surtido de «dominant narratives, stories, examples, and ideas that judges, lawmakers, and (to a less crucial extent) commentators repeatedly invoke to describe and explain family law and its governing principles»; p. 5: «the problem is that family law's canonical narratives about itself are frequently inaccurate, unhelpful, and misleading», mostrándolo.

(117) Mary Lyndon SHANEY, *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Boston, Beacon, 2002. Para los Estados Unidos el panorama lo exponen gráficamente desde su introducción GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit.

piamente de unas Iglesias a unos Estados. Pueden cambiar contenidos caso de asumirse en serio principios de libertad, pero no por ello se desvanece el poder ultraconstitucional que se ha heredado, entre religión y derecho, para conformar vidas y condicionar intimidades.

En el caso de los Estados Unidos, el ejercicio federal de ese poder ha reducido el alcance del que permanece en manos de los Estados, particularmente a través de la construcción jurisprudencial de un derecho a la *privacy*, pero la sentencia del caso *Obergefell* es prueba de hasta qué punto no se renuncia al constitucionalismo moral por mucho que carezca de base en el constitucionalismo formal. El mismo derecho a la *privacidad* no cancela, porque contrapese, el intrusismo moral de los Estados, su poder sobre el derecho de familia más acá y más allá de principios y reglas constitucionales, más allá y más acá de tradiciones y doctrinas religiosas ⁽¹¹⁸⁾. Aún está por hacer el balance de la hipoteca que supone la historia para el orden de la familia y la institución del matrimonio; dicho de otro modo, la carga onerosa del constitucionalismo moral ⁽¹¹⁹⁾.

Hay Estados en los que éste, el constitucionalismo moral, no ha tenido un peso inferior o que incluso lo tiene patentemente superior al del caso de los Estados Unidos. Dentro de la constelación política de religiones cristianas, se trata, grosso modo, de los Estados en los que ha imperado el catolicismo, por cuya vía y sin necesidad de contrastes en el terreno constitucional como el de la poligamia ha venido la imposición del modelo de matrimonio heterosexual dual. En términos normativos, ello suele producirse históricamente mediante la codificación civil, una forma fuerte de representación del constitucionalismo moral ⁽¹²⁰⁾. Por todo esto puede resultar relevante a efectos no sólo

⁽¹¹⁸⁾ Se ha podido considerara lo de las limitaciones de la privacidad a partir precisamente del caso de la poligamia mormona: Nancy L. ROSENBLUM, *Democratic Sex: Reynolds v. U.S., Sexual Relations, and Community*, en *Sex, Preference, and Family: Essays on Law and Nature*, eds. David M. Estlund y Martha C. Nussbaum, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 63-85. Y ya tenemos registrado un encuadramiento: GROSSMAN, FRIEDMAN, *Inside the Castle*, cit., pp. 112-120, con sus términos de referencia de los casos principales (*Griswold v. Connecticut*, 1965, *Roe v. Wade*, 1973, y *Lawrence v. Texas*, 2003).

⁽¹¹⁹⁾ Para sendos acercamientos en España y en México, a cuyos casos ahora acudiremos, Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, *Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 91 (2011), pp. 69-102; Elisabeth MAIER, Guillermo ALONSO MENESES, *Sexo y cultura: disputando el significado del matrimonio y la familia*, en « La Ventana. Revista de Estudios de Género », 33 (2011), *Los dilemas del sexo*, pp. 117-150.

⁽¹²⁰⁾ B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 14 (1987), pp. 85-102; ID., *Código como fuente de derecho y desagüe*

comparativos que en estos otros casos venga también a plantearse, con todas sus implicaciones, la cuestión del matrimonio igualitario.

Con esta constatación no nos salimos del campo en el que nos venimos moviendo, dado que así lo entiende justamente un *amicus curiae* de *Obergefell* que no está entre los ya vistos. Seis juristas de nacionalidad estadounidense con especialidad y experiencia en derecho internacional y derechos humanos lo presentan. Sabemos que existe otro *amicus* de expertos en derecho de otros Estados, hasta cincuenta y cuatro con bastantes de nacionalidad no estadounidense, al que ahora tendremos que regresar. Uno, el de la media docena, va a favor; el otro, el del medio centenar y pico, a la contra, interesando ambos al tándem de la religión y el matrimonio en Estados de medios culturales de tradición católica ⁽¹²¹⁾. Veamos al respecto los casos de México y España.

6.2. *Religión constitucional.*

El *amicus* del sexteto de expertos ofrece un estado del arte comparado sobre la admisión de uniones homosexuales por un panorama internacional. Y resalta precisamente la significación de que estén abriéndose paso por tales medios. Así lo consigna: « That predominantly Catholic countries such as Spain, Portugal, Mexico, Argentina, and Brazil now allow same-sex marriages (either throughout the country or in some jurisdictions), vividly illustrates that religious freedom and individual rights can readily co-exist with respect to same-sex marriage [...] despite strong opposition from leaders of the Catholic Church ». Las políticas de dichos países constituyen muestras de « an emerging global consensus among liberal democracies that governments best ensure the dignity and autonomy of all people not by stigmatizing some and arbitrarily denying equal access to the legal institution of marriage, but rather by respecting the religious freedom of some groups to grant solemn recognition of the sacrament of marriage

de constitución, en *Codici. Una riflessione di fine millennio*, eds. Paolo Cappellini y Bernardo Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 69-147.

⁽¹²¹⁾ *Brief for 54 International and Comparative Law Experts from 27 Countries and the Marriage and Family Law Project as Amici Curiae in Support of the Respondents*, cit.; *Brief for Foreign and Comparative Law Experts Harold Hongju Koh, Thomas Buergenthal, Sarah H. Cleveland, Laurence R. Helfer, Ryan Goodman, and Sujit Choudhry as Amici Curiae in Support of Petitioners*, encabezando así por ese orden no alfabético, tres expertos tan acreditados como H.H Koh, profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale; T. Buergenthal, juez de la Corte Internacional de Justicia, y S.H. Cleveland, profesora de derechos constitucionales y humanos de la Universidad de Columbia. La página donde se encuentran los *amici* ya nos consta.

in accordance with the particular tenets of their faith ». En el contexto constitucional o, en este sentido, *liberal*, la libertad religiosa tiene acomodo para las prácticas religiosas pues el matrimonio homosexual viene de forma que no cambia nada del heterosexual.

Entre los casos señalados, digamos de dos que han procedido a una admisión franca y abierta del matrimonio homosexual por vía legislativa uno y por la judicial el otro. Me refiero a España y México respectivamente, de cuyos casos dicho *amicus curiae* ofrece noticia al momento, lógicamente, de su presentación. Sobre el caso español informa que una ley de 2005 introduce el matrimonio del mismo sexo en términos igualitarios con el heterosexual y cita al presidente del gobierno que la impulsó enfatizando que este paso « is everyone's triumph. It is also the triumph of those who oppose this law, even though they do not know this yet, because it is the triumph of liberty » (122). Seguramente por no traer novedad, aunque su argumentación es desde luego más relevante jurídicamente, que la del presidente del gobierno, no se añade referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional que en 2012 convalidó la ley (123).

La ley había sido recurrida en virtud de que este registro de la Constitución: « El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica ». El Tribunal Constitucional sustancialmente arguyó que ahí lo que tenemos es una apreciación de derecho conforme a la ley de entonces, no una garantía de institución, y de un derecho de relación entre hombre y mujer que no puede además interpretarse en perjuicio de derecho igual entre otros sujetos, como entre dos hombres o dos mujeres. De este modo se entiende que la Constitución deja a disposición del legislativo la posibilidad de apreciar esa participación de derecho incluso por la fórmula del matrimonio igualitario. A mayor abundamiento, la sentencia también recurre a la idea de la Constitución viva que ha de evolucionar con el tiempo (124).

(122) boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364, ley 13/2005, de 2-VII, « por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio » disponiéndose ahora (art. 64 del código) que « el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo ».

(123) La explicación puede ser de lo más sencilla, pues la fuente que se utiliza es anterior a la sentencia constitucional: el *Foreword* de Michel Kirby a *Current Trends in Regulation of Same-Sex Relationships*, eds. Paula Gerber y Adiva Sifris, Annandale, Federation Press, 2011, que registra la noticia, pero no contiene capítulo específico sobre España.

(124) boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14602, sentencia 198/2012, de 6-XI, resolviendo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y dos diputados en relación a la ley 13/2005. El registro heterosexual dicho se encuentra en el art. 32.1 de la Constitución.

Ya se sabe: *the times they are a-changin'* y las jurisdicciones supremas son oráculos que administran los tiempos constitucionales.

Sobre el caso mexicano el *amicus* dice más. Es también más complicado. Presenta similitudes con el caso de los Estados Unidos del norte (la denominación constitucional de México es también Estados Unidos, Estados Unidos Mexicanos) ⁽¹²⁵⁾. Las competencias normativas sobre el derecho de familia corresponden a los Estados, a cada uno de ellos, o territorios equivalentes, como el Distrito Federal que ésta ahora, en 2016, en el trance de un proceso constituyente para convertirse en Estado o entidad federativa de Ciudad de México. Precisamente, en 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal introduce el matrimonio igualitario: « Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua » ⁽¹²⁶⁾. Con esto se genera una dinámica semejante a la de los Estados Unidos por cuanto que los Estados se resisten a conceder validez a los matrimonios del mismo sexo celebrados en el Distrito Federal. En 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declara la constitucionalidad del matrimonio igualitario del Distrito Federal; en 2012 alega jurisprudencia interamericana proscriptiva de discriminación sexual para reforzar su validez frente a las resistencias estatales ⁽¹²⁷⁾. Entre los Estados, aquí y allá, comienzan

⁽¹²⁵⁾ Hay un detalle de inferior complicación en México en comparación con España. La Constitución federal, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, hace referencia a igualdad de género, pero no a éste mismo cuando se compromete a la protección de la familia (art. 4: « El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia... »). Se refiere al matrimonio como unión entre hombre y mujer, pero sólo incidentalmente (art. 30.B.II: « La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos... »). La Constitución de los Estados Unidos ya sabemos que no se refiere para nada al matrimonio pues originalmente no tiene competencia sobre derecho de familia y porque posteriormente las iniciativas de enmienda constitucional para definirlo como unión entre hombre y mujer no han prosperado.

⁽¹²⁶⁾ info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343, « Gaceta Oficial del Distrito Federal », 29-XII-2009, Código Civil para el Distrito Federal, actual art. 146 conforme al decreto « por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ».

⁽¹²⁷⁾ corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovente: Procurador General de la República, demandada: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, agosto de 2010, sin expresión de día; Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, 5 de diciembre de 2012. Como es sabido, pueden localizarse en el *Semanario*

entretanto a producirse también movimientos de reconocimiento de la unión civil homosexual o incluso, siguiendo el ejemplo del Distrito Federal, el matrimonio igualitario. Los Estados de Quintana Roo y de Coahuila lo adoptan en 2010 y 2012 respectivamente ⁽¹²⁸⁾.

El *amicus* de los seis expertos da cumplida cuenta de todo ello. Por mi parte me he limitado a localizar los textos de referencia para la reproducción de las citas. Lo que no pueden dar estos expertos es noticia de un paso decisivo posterior. El 12 de junio de 2015, precisamente pocos días antes de la resolución del caso *Obergefell* por la Suprema Corte de los Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia de México, declara inconstitucional, por discriminatoria, la definición normativa del matrimonio como unión de hombre y mujer que todavía prevalecía en el derecho civil de los Estados implícita o explícitamente ⁽¹²⁹⁾, con lo que los conflictos entre éstos habrían de llegar a su fin. La legitimación del matrimonio igualitario y el correspondiente derecho de acceso al mismo se establecen con carácter general, aunque ahora se abra la batalla de proposiciones contrapuestas de reforma de la Constitución federal para garantizar tal derecho igualitario o para restablecer la exclusiva del matrimonio heterosexual. Mientras no haya reforma constitucional o, lo que es más probable, de no haberla, la Suprema Corte, tras haber anulado la concepción heterosexual excluyente de algún Estado, sienta una jurisprudencia vinculante mediante la

Judicial de la Nación de la Suprema Corte: 200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx.

⁽¹²⁸⁾ periodico.sfpcoahuila.gob.mx/ArchivosPO/74-ord-16-sep-2014.pdf, « Periódico Oficial », 16-IX-2014, Decreto n° 574: « Se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza », art. 253 del código: « El matrimonio es la unión libre y con el pleno consentimiento de dos personas, que tiene como objeto realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar »; congresoqroo.gob.mx/codigos, Código Civil del Estado de Quintana Roo, art. 602.2 bis: « La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas entre sí a partir del vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción, afinidad, o por una relación de hecho, donde sus miembros gocen de una autonomía e independencia personal ».

⁽¹²⁹⁾ Por ejemplo, info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885, Código Civil para el Estado de Puebla, art. 294: « El matrimonio es un contrato civil por el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia ». Para un estadillo crítico anterior al cambio, pero no del todo obsoleto, Marta TORRES, *¡Viva la familia! Un panorama de la legislación vigente en México*, en « Alteridades », 38 (2009), pp. 41-54.

forma que en México se denomina *tesis*. He aquí su motivación: « considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social »; « pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio » (130).

En México como en España, en España como en México, la reacción radical a la contra de la Iglesia Católica no alcanza un eco popular que pueda influir en el curso de los acontecimientos. Muy al contrario, lo que se da es una palmaria aceptación social de la práctica igualitaria del matrimonio del mismo sexo. No hay visos de marcha atrás (131), ni siquiera, en el caso de España, porque las más altas instituciones consultivas del Estado se hayan manifestado a la contra desde presupuestos de fondo todavía más religiosos que jurídicos. No me parece síntoma de un pronunciado gap generacional, sino de una seria asincronía institucional, que el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado españoles se opusieran en su momento, entre 2004 y 2005, al proyecto de ley de matrimonio igualitario. La Iglesia Católica, con fuerte apoyo mediático, había lanzado una campaña de movilización social bajo la engañosa consigna de « La familia sí importa ». Todo en vano (132). Dado el aparente predominio cultural del catolicismo, es algo que conviene desde luego subrayarse. Al *amicus* de

(130) Tesis Jurisprudencial de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia 43/2015 (10ª); « La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquel es la procreación y/o lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer es inconstitucional ».

(131) cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11984, encuesta en 2010 del Centro de Investigaciones Sociológicas español sobre *Actitudes de la juventud ante la diversidad sexual*, con un índice de más del 75 % de aceptación del matrimonio homosexual y menos de un 20% de rechazo.

(132) Francisco Javier MATIA PORTILLA, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: Un ensayo sobre la constitucionalidad y los límites en la actuación del segundo*, en « Revista General de Derecho Constitucional », 15 (2012), *Derechos fundamentales y homosexualidad, Especial referencia al matrimonio*, online, art. 2, redactado como si fuera un *amicus curiae*, lo que sabemos que en España no cabe porque, según el mismísimo Tribunal Constitucional, *iura novit curia*, pero, entre 2005 y 2012, durante este largo periodo de pendencia de la resolución constitucional, de hecho los hubo con un diálogo de sordos doctrinal que no deja de influir en la sentencia porque el Tribunal Constitucional no cite sus fuentes. Sin *amici curiae* y todo, para la jurisdicción constitucional en general aunque se suela despreciar, puede ser cierto lo que afirma BRODIE, *Friends of the Court*, cit., p. XIV: « a final court of appeal needs a social and political constituency to bolster its position in a political system ».

los seis expertos le asiste toda la razón cuando lo hacen como hemos visto.

Como cultura social, la religión católica viene lentamente convirtiéndose en una religión constitucional pese a la resistencia de la correspondiente iglesia. Como también ha señalado el *amicus*, la religión tiene su acomodo en términos de libertad. Lo encuentra la práctica del matrimonio dual, ambisexual, procreativo y vitalicio como opción constantemente libre de los contrayentes sin posibilidad de recurrir al Estado o de seguir confiando en él para imponer su régimen como modelo, así como, habrá también de entenderse, con responsabilidades hacia la descendencia no contrarias ni tampoco inferiores a las marcadas por el derecho familiar de alcance constitucional. Es una opción que, por lo demás, no necesita de motivación religiosa para adoptarse. Puede existir sin necesidad ni de religión ni de constitucionalismo moral. Con todo, éste último está en curso de superación, aunque solo aún lo sea en unas fases más bien, por cuanto arrastra, iniciales. Ya sabemos que donde no estamos es a final de partida ⁽¹³³⁾.

Es mucho lo que se está en juego para la religión menos constitucional. Aquí entra el *amicus* de los cincuenta y cuatro expertos enfrentándose en forma directa al de los seis para defender solapadamente religión sobre derecho. Más firmas no añaden más información ni más reflexión. Se trata de un falso amigo pues a lo que comienza por dedicarse es a negar evidencias que los seis han puesto a la vista. De México asegura algo tan falso como que las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo tienen valor entre las partes. Ni la revisión editorial ha debido ser muy cuidadosa cuando lo que dice es carecen de valor « ergo omnes », por *erga omnes* desde luego. Respecto a España, achacan al Tribunal Constitucional haber legitimado el matrimonio del mismo sexo por la sola razón de querer defender a gays y lesbianas, como si esto encima fuese un disvalor. Y a la ley de 2005 no le conceden especial relieve, intentando reducir su alcance mediante citas y referen-

⁽¹³³⁾ En la misma órbita de cultura de tracto católico, para noticia comparada del caso italiano, Giovanni DAMELE, *Rhetoric and Persuasive Strategies in High Court's Decisions: Some Remarks on the Recent Decisions of the Portuguese Tribunal Constitucional and the Italian Corte Costituzionale on Same-Sex Marriage*, en *Argumentation 2011: International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*, eds. Mikal Araszkiwicz et al., Brno, Masaryk University, 2011, pp. 81-93. Para contexto de un reformas en el derecho de familia por Argentina, Brasil y Chile con el respectivo peso de catolicismo patriarcal, Mala HTUN, *Sex and the State: Abortion, Divorce, and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

cias sesgadas de la sentencia constitucional de 2012. Entre los cincuenta y cuatro expertos no falta uno mexicano y cinco españoles ⁽¹³⁴⁾.

6.3. *Desestablecimiento matrimonial.*

Ya sabemos que aquí nos interesan más las críticas de la integración del matrimonio homosexual en el modelo monogámico por defensa de libertad que aquellas que la atacan en apoyo del orden familiar establecido. Las primeras tienen no sólo razones, sino también propuestas. No entienden que nos encontremos al final de la partida. Y van en dirección contraria a la sentencia del caso *Obergefell*. No se montan en el *slippery slope* del *what's next?*, en la pendiente resbaladiza de si lo próximo es algo tan supuestamente nefando como la poligamia. No hay caída y, aún menos, irrefrenable. Hay necesidades y posibilidades sobre las que reflexionar. Y hay ya también un nombre para la dirección contraria a la del caso *Obergefell*, al de la cooptación de la unión homosexual por parte del matrimonio monógamo heterosexual, de un modelo ahora disponible al efecto por venir perdiendo su carácter patriarcal ⁽¹³⁵⁾. Son propuestas que se formulan en y para los Estados Unidos, pero ya sabemos que pueden perfectamente interesar a otros casos como el de México o el de España. La base de partida de la sentencia en un *derecho a la identidad sexual* es de derecho humano ⁽¹³⁶⁾.

Ese nombre para una alternativa es el de desestablecimiento o desinstalación del matrimonio monógamo, una cierta desinstitucionalización a su costa. No se trata de algo tan irrealista e iliberal como su abolición ⁽¹³⁷⁾, sino de su reconfiguración para hacerlo compatible en

⁽¹³⁴⁾ De México, suscribe Alberto Patiño Reyes, profesor de derecho y religión de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. De España, destaca la firma de Rafael Navarro-Valls, profesor emérito de derecho eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid. No diré que éste pertenece conocidamente a una orden católica, el Opus Dei, por no sugerir que el *amicus* responde en exclusiva a iniciativa de la misma. La Universidad Iberoamericana es de otra orden, de la Compañía de Jesús. Alberto Patiño se doctoró en la Complutense.

⁽¹³⁵⁾ Se añadirá pronto a todo lo ya citado A. LEFKOVITZ, *The Politics of Marriage in the Era of Women's Liberation*, disertación doctoral, Universidad de Chicago, 2010, publicación anunciada para 2017.

⁽¹³⁶⁾ Anthony TIRADO CHASE, *Human rights contestations: sexual orientation and gender identity*, en «The International Journal of Human Rights», 20 (2016), 6, pp. 703-723.

⁽¹³⁷⁾ Patricia A. CAIN, *Imagine There's No Marriage*, en «Quinnipiac Law Review», 18 (1996), 1 y 2, *Symposium: Extraterritorial Recognition of Same-Sex Marriage: When Theory Confronts Praxis* (ed. Jennifer G. Brown), pp. 27-60; Daniel A. CRANE, *A*

términos no privilegiados de libertad e igualdad con otras formas de plantearse la convivencia humana y la realización personal en agrupamientos diversos o también en solitario, con la monogamia dual sin signo de género por supuesto incluida. Podría comenzarse porque el sexo y la orientación sexual fueran datos irrelevantes que no tuvieran por qué constarle al ordenamiento o a sus registros ⁽¹³⁸⁾.

Con unos u otros detalles, se trata de propuesta que no tiene por qué entrañar enemiga alguna frente a las prácticas familiares de religiones, monogámicas u otras, pues ahí tienen espacio de libre desenvolvimiento en el debido escenario de competencias judiciales, mejor que de normas generales, para garantía de derechos tanto de involucrados como de terceros, con la infancia y la adolescencia por supuesto en primer término. No se trataría a estas alturas en absoluto de devolver a los Estados lo que perteneciera en tiempos a los Estados, todo el derecho de familia, ni, aun menos, de entregar a religión lo que fuera antaño de la religión, sino de confiar a libertad lo que ha de corresponder a libertad, con su derecho privado a atenerse o no a religión siempre que no se genere discriminación ni se afecten derechos ⁽¹³⁹⁾.

Ahí también tiene su espacio la homosexualidad sin necesidad de haber de mimetizarse con el matrimonio dual de régimen privilegiado y de asumir con ello una identidad ni siquiera representativa de las personas de dicha opción, la homosexual ⁽¹⁴⁰⁾. No hay unanimidad

'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage, en « Cardozo Law Review », 27 (2006), 3, *Symposium on Abolishing Civil Marriage* (ed. Edward Stein), pp. 1221-1259; Pamela S. KARLAN, *Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage*, en « California Law Review », 98 (2010), 3, *A Right to Marry* (ed. M.C. Nussbaum), pp. 701-704; Tamara METZ, *Untying the Knot: Marriage, the State, and the Case for Their Divorce*, Princeton, Princeton University Press, 2010; WIDISS, TEBBE, *Equal Access and the Right to Marry*, cit.

⁽¹³⁸⁾ Si Francisco TOMÁS Y VALIENTE et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, hubiera incluido la transcripción de los coloquios del encuentro del que sus capítulos proceden, podría citarme por haber hecho tal propuesta, entonces más polémica de lo que resulta hoy.

⁽¹³⁹⁾ Elisabeth BRAKE, *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, and the Law*, New York, Oxford University Press, 2012; R.C. DEN OTTER, *In Defense of Plural Marriage*, New York, Cambridge University Press, 2015, cap. 6: « The Disestablishment of Marriage ».

⁽¹⁴⁰⁾ Sonu BEDI, *Beyond Race, Sex, and Sexual Orientation: Legal Equality without Identity*, New York, Cambridge University Press, 2013, cap. 6: « Same-Sex Marriage and the Disestablishment of Marriage », a partir de la crítica en concreto de la clasificación de *identidades* por la Suprema Corte para el amparo de derechos, entre ellos los de homosexuales con escrutinio de exigencias inferiores a las aplicadas a afrodescendientes y a mujeres, lo que *Obergefell* podía haber confrontado y no lo ha hecho.

entre los propios medios interesados, ni antes ni después de *Obergefell*, sobre el acomodamiento de la homosexualidad en la institución del matrimonio ⁽¹⁴¹⁾. Tras la sentencia no han dejado de manifestarse reservas de urgencia como bien nos consta ⁽¹⁴²⁾. Lo propio cabe decirse de la poligamia (recuérdese: poliginia, poliandria o poligiandria), ahora todo en condiciones de libertad y con garantías de igualdad. Ahora digo por un futuro que dista mucho de divisarse nítido en el horizonte.

Obergefell es un testimonio de esta misma incertidumbre de futuro. Sigue en el camino de mantener contra viento y marea el margen que queda de constitucionalismo moral. Pongámonos contrafactuales. En este caso, el estadounidense, una vez que, de una parte, cabe defender derechos frente a Estados con la Enmienda XIV y, de otra, se ha asumido alguna competencia sobre el derecho de familia con el asalto a la poligamia mormona, figurémonos que el Congreso y la Suprema Corte federales hubieran asumido la tarea garantista de neutralizar la imposición estatal de constitucionalismo moral. Muy al contrario, asumieron esto. Entre Reynolds y *Obergefell* corre un hilo rojo de resistencia al pluralismo social de moralidades ⁽¹⁴³⁾. Dicho para una época pretérita, para el siglo XIX sin ir más lejos, cuando el conflicto constitucional como se planteaba era entre diversas formas de patriarcalismo, entre mormones y otros cristianismos digamos, la contraposición entre constitucionalismo y pluralismo morales puede que resulte desorbitada, literalmente fuera de órbita, pero, cuando la alternativa es de libertad, el dilema cobra todo su sentido. ¿Cuál ha de ser entonces la perspectiva? Una cosa es segura. El tiempo de la historia, de la historia que hacemos, es de hoy, no de ayer.

«The Constitution does not forbid the government to enforce traditional moral and sexual norms», es la manifestación paladina que ya conocemos de un juez de la Suprema Corte de los tiempos actuales.

Sobre el uso discriminatorio por la Corte Suprema de sus propios principios antidiscriminatorios, CHERMERINSKY, *The Case Against the Supreme Court*, cit., pp. 46-52.

⁽¹⁴¹⁾ N.D. POLIKOFF, *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston, Beacon, 2008; NEJAIME, *Before Marriage*, cit.; BOUCAI, *Glorious Precedents*, cit.; HADAR AVIRAM, Gwendolyn M. LEACHMAN, *The Future of Polygamous Marriage: Lessons from the Marriage Equality Struggle*, en «Harvard Journal of Law and Gender», 38 (2015), pp. 269-336.

⁽¹⁴²⁾ DAVIS, *Faith in Marriage*, cit.; NICOLAS, *Obergefell's Squandered Potential*, cit.; JOSHI, *The Respectable Dignity of Obergefell v. Hodges*, cit.; HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatism*, cit.; TAIT, *The Return of Coverture*, cit.

⁽¹⁴³⁾ R.C. DEN OTTER, *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2009. Guarda consecuencia que su próxima obra haya sido *In Defense of Plural Marriage*, con su capítulo, el sexto, ya citado, acerca del *disestablishment of marriage*.

He ahí el constitucionalismo moral puesto ya a la defensiva, pero que no se encuentra todavía en retirada si miramos más allá de dicha corte ⁽¹⁴⁴⁾. Se le identifica mejor hoy si se conoce su historia de forma que se despeje su mitología, el canon historiográfico imperante. Significativamente, el juez autor de esa afirmación se elevaba para justificarla al caso de la poligamia mormona, alegando que « the Federal Government's long history of making pronouncements regarding marriage — for example, conditioning Utah's entry into the Union upon its prohibition of polygamy » ⁽¹⁴⁵⁾. Ahí en efecto ya sabemos que se tenía el constitucionalismo moral de base religiosa a pleno rendimiento a nivel federal en relación al matrimonio.

Si hay una moraleja final para nuestro trabajo, a los efectos profesionales, está dicha. Históricamente existe una cara oculta del constitucionalismo, la de un constitucionalismo moral, con religión inclusive. La misma ha de ser investigada como pieza clave del pasado y el presente del constitucionalismo si a éste lo que ha de interesarle, primordialmente y en definitiva, son los derechos de todas y todos, no sólo de los padres de familia propietarios y conciudadanos de cultura eurodescendiente.

¿Hay también una moraleja sustantiva? El matrimonio, secularizado por completo y todo, estaría mejor en la misma posición constitucional que la religión, desestablecido el uno como desestablecida la otra. Perifraseemos el primer pronunciamiento de la primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: « Congress shall make no law respecting an establishment of religion *or marriage*, or prohibiting the free exercise of *either of them* » (lo cursivo por supuesto es mío).

⁽¹⁴⁴⁾ Para un ejemplo estadounidense, por si hiciera aquí todavía falta, de orden familiar, en forma de *family values* como guía política, Keira W. WILLIAMS, *Gendered Politics in the Modern South: The Susan Smith Case and the Rise of a New Sexism*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 2012.

⁽¹⁴⁵⁾ supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf, la sentencia y los votos particulares de *United States v. Windsor*, 2013, siendo el de A. Scalia, como ya sabemos, el de estas manifestaciones.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

EUROPA, PRINCIPIOS, REGLAS, JUECES, REMEDIOS

(A propósito de Giuseppe Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi*)

1. La historia, los orígenes, los problemas. — 2. Un paso adelante, dos atrás. El paulatino empobrecimiento de la unificación jurídica del Derecho del contrato. *Oltre il consumatore*. La incidencia de la globalización: la nueva *lex mercatoria*. — 3. Revuelta antidogmática y Derecho jurisprudencial. El dialogo entre los jueces: principios, reglas, efectividad, remedios. — 4. El proyecto europeo entre las dos crisis (1992-2007). La parábola de los remedios frente a los « derivados financieros ». — 5. Contrato y derechos en la posmodernidad. — 6. El contrato justo en el orden constitucional europeo. — 7. Apuntes marginales. *Uno sguardo spagnolo*: el papel predominante de los jueces y la amplitud de los medios de interpretación. Necesidad de redefinir el papel de los jueces. Positivismo y posmodernidad: algunas dudas. — 8. Conclusión.

1. *La historia, los orígenes, los problemas.*

El libro ⁽¹⁾ reúne una larga meditación del autor, plasmada en varios escritos parciales sobre el contrato y los derechos fundamentales, dentro del nuevo orden comunitario y sus reflejos en Italia, y que ahora se presentan en una visión de conjunto, inspirada por una idea didáctica, según Vettori (p. IX) Si bien hay que considerar ese objetivo plenamente realizado, densa de ideas propias y también reflejo de un estado de la cuestión, sobre todo en la doctrina italiana, la obra es una suerte de parada y descanso en un camino cuyo recorrido continúa, ofreciendo al viajero una suerte de panorámica de los recodos anteriores. Esa panorámica resulta ser un gran mosaico donde los trazos generales, delineados por Vettori con poderosa y bella síntesis, dibujan una arquitectura sólida y nada fluida, pese al carácter ciertamente rompedor de la misma, en no pocas ocasiones. No obstante, el curioso que se acerque y mire alguna o algunas de las numerosas teselas, podrá apreciar, y casi siempre de la propia mano del autor, que muchas de

⁽¹⁾ Giuseppe VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, Giapichelli, 2015.

ellas son microcosmos bullentes, donde la última palabra del diseño está muy lejos de ser dicha.

Quizá para entender adecuadamente esta armoniosa conjugación de lo sólido y de lo inestable desplegada en el libro, el lenguaje poético ayude con su superior penetración. El mosaico es una imagen de un tiempo jurídico pasado presente futuro, quizá en algún punto incompleta, pero nunca falsa, que se muestra «en una red creciente de tiempos divergentes, convergentes y paralelos. Esa trama de tiempos que se aproximan, se bifurcan, se cortan o secularmente se ignoran, abarca *todas las posibilidades*» (2). Como dice el propio autor, «*la complessità del reale rende impossibile il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile. I sociologi e i filosofi parlano di una modernità liquida intenta a ricostruire le proprie basi in mare aperto con i resti del proprio e dei precedenti naufragi*» (p. 30). Esa contemporaneidad, dimensión propia del jurista actual, comporta la necesidad de adecuar categorías jurídicas, y abandonar una mentalidad vieja y sus envejecidos instrumentos, desconfiando de las abstracciones, y partir de las cosas y de los hechos (p. 29).

En ello no cabe más que estar de acuerdo, aunque no se comparta que explicar Europa en clave de antítesis (3) no sea útil para repensar el proyecto. Hacerlo nos conduciría a un redescubrimiento de valores compartidos, en franco pero fuerte diálogo, como viene auspiciado por el autor (p. 130), ante una contraposición fundamental y siempre presente en la historia del Derecho: la de valorizar, a través de un acrecido papel de la jurisprudencia, y la del iuspositivismo, que rechaza una jurisprudencia autorreferencial, e invita a un constitucionalismo más atento al papel de la ley que a la función creativa de los jueces. Este es el nudo central de la cuestión, en la que será útil ver que «*molti e diversi segnali spingono al riconoscimento di alcune ragioni reciproche e a la piena consapevolezza dei punti di dissenso*» (p. 130), como con su habitual probidad intelectual nos advierte Vettori.

En el capítulo primero, dedicado a la historia y los orígenes no solo hay una perspectiva general del trayecto histórico europeo, sino que al hilo de ésta se anuncian en gran parte los problemas jurídicos que se abordan en el resto del libro. En efecto, se arranca desde la

(2) Jorge Luis BORGES, *El jardín de los senderos que se bifurcan* (1941), en *Obras completas*, I, Barcelona, 1996, p. 479.

(3) εἰδέναι δὲ χρὴ τὸν πόλεμον ἕντα ξυνόν, καὶ δίκην ἔρι, καὶ γινόμενα πάντα κατ' ἔρι καὶ χρεῶν (Es preciso saber que la guerra es común a todos los seres, y que la justicia es discordia, y todas las cosas se engendran por discordia y necesidad), HERÁCLITO, fragmento 80 (en las fijaciones de Diels-Kranz y Walzer, recogidas por Rodolfo MONDOLFO, *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación*, traducción española, México, Siglo XXI, 2007).

consideración del proyecto europeo en la historia, desde el *ius commune* a nuestros días, señalando el paso de la sociedad sin Estado del Medievo a los Estados nacionales y su sangrienta herencia, y la aspiración a la unidad y a la superación que supone aquel proyecto nacido en 1956.

Esa aspiración es bien cierta, y expresión de un alto ideal; pero a mi modo de ver, al igual que la Edad Media no fue aquel fosco periodo que en ella vio la historiografía romántica ⁽⁴⁾, no debemos olvidar que los Estados nacionales son los que portan desde su inicio, en mayor o menor medida, y con variables enfoques y circunstancias, los primeros mecanismos de previsión social. Este dato es para mí decisivo, dado que es el pilar, más allá de sentimientos abstractos de pertenencia, del afecto de los ciudadanos europeos a sus Estados; estos ciudadanos no se sienten más protegidos, sea ello verdad o no, por las instituciones europeas que por sus propias instituciones estatales. Diría aún más, la idea de pertenencia europea tiene unos anclajes radicados más en los sentimientos que en otro tipo de consideraciones. Viene esto a cuenta del creciente euroescepticismo, al que las políticas económicas destiladas en Alemania y aplicadas por Bruselas ignoran de manera suicida.

En este contexto, es difícil el progreso de la UE como comunidad jurídica, pero su única salida es auspiciar su creación, con todos los mecanismos al alcance del intérprete, como subraya con enorme vigor y precisión técnica el libro de Vettori en todo momento. Un momento esencial de la construcción de aquella comunidad es la adopción de los principios de la Convención de Derechos Humanos por el tratado de Lisboa, y desde luego la incorporación a los Tratados de la Carta de Derechos nacida en Niza. Este es el itinerario a recorrer, no exento de graves dificultades, y entre ellas la confrontación entre el Tribunal de Luxemburgo y el del Estrasburgo, en la que el primero, aun de manera controvertida, opta por una suerte de patriotismo o autoafirmación jurisdiccional ⁽⁵⁾. No es una buena noticia, sobre todo porque el TJUE estará por el respeto escrupuloso de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros mucho más que la Corte de Estrasburgo, dotada de un distinto aliento y más altas aspiraciones, y que encuentra curiosamente aceptaciones mayores que la Carta Europea de los Derechos fundamentales ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Esclarecimiento definitivo en Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

⁽⁵⁾ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión europea. *Ad rem*, Laura SÁNCHEZ GUIJARRO, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un desafío para Europa todavía pendiente*, en *Documentos de Trabajo IELAT*, N. 86, Mayo 2016.

⁽⁶⁾ Conviene recordar que una de las mayores reticencias del Reino Unido en el Tratado de Lisboa se refería a la incorporación de la Carta, y en cambio, promulgó en

La verdad es que es elevadísima la contingencia histórica (y mucho más en el presumiblemente dramático 2017 que comienza cuando se escriben estas líneas: *Brexit*, elecciones decisivas en Alemania, Holanda, Francia, avance de los populismos, incertidumbres ligadas a la nueva Presidencia norteamericana...) para indicar qué será conservado y qué no, en términos formales. Pero, y Vettori lo señala con toda fuerza y con todo rigor, « *al di là del rilievo effettivo del Trattato di Lisbona* (7) *il progetto europeo ha sdrammatizzato il problema dei confini e riconciliato l'Europa con le varietà delle proprie radici; si fonda su valori che risultano da condivisione e stratificazioni di Stati e popoli; si presenta come laboratorio di innovazione istituzionali e culturali, per il governo dei processi di globalizzazione, per l'integrazione dinamica fra pubblico e privato, (dove 'hanno fallito liberalismo e dirigismo unilaterali')* e per la tensione ad una futura condivisione di un modello di Stato sociale, creato in Europa in paesi diversi e da politiche diverse, come patrimonio a cui ora guarda anche l'altra sponda dell'Atlantico » (p. 5).

Estamos, pues, ante una entera cultura, diría más, una entera civilización, cuya fuerza en el terreno de los valores y en el terreno del Derecho se ensimisma en los Tratados y su curso histórico, pero que de alguna manera los precede y proporciona una eficacia al orden jurídico comunitario que no depende enteramente del entramado institucional y del carácter transaccional y muchas veces genérico de los textos, resultando por ello decisiva la interpretación-aplicación. Tarea esta última cuya trascendencia es uno de los hilos conductores de la obra, se podría decir la más íntima entraña del discurso del autor.

Partiendo de esta pujante realidad, el autor diseña con enérgicos trazos las vicisitudes del proyecto europeo, comenzando por su déficit de legitimación democrática, a pesar del constante crecimiento de la regulación económica. En el fondo, lo apunta el autor, todo ha conducido a que el modelo dominante de dicho proyecto significa una camisa de fuerza para algunos partidos e ideologías.

A mi modo de ver, no se extraen en el libro, al menos de modo explícito, las gravísimas consecuencias de este hecho. Es moneda común que lo que conocemos en Europa como Estado social tiene un

1998 la *Human Rights Act*, con lo que venía a adoptar un grado de eficacia jurídica bastante superior al de otros países, singularmente en España, donde el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo niegan eficacia directa a las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo, ni siquiera en el sentido de legislar conforme a sus fallos. Cual sea el porvenir de la *Human Rights Act* tras el *Brexit* es incierto. En puridad la salida del Reino Unido de la UE no debería afectar al *Act* de 1998, pero el contexto británico es verdaderamente incierto.

(7) De cualquiera de los Tratados, pienso yo, aunque estos sean hitos de la conciencia europea y su proyecto.

fuerte carácter transaccional entre una democracia cristiana, fuertemente iluminada por la doctrina social de la Iglesia, y una socialdemocracia fuertemente inspirada en su raíz por el marxismo de raíz democrática. El crecimiento económico y, hay que decirlo, el temor al socialismo real, han sido la argamasa de este pacto, y de la enorme expansión de libertades y derechos sociales. Este acuerdo profundo, que va más allá de « grandes coaliciones » dictadas para unos y para otros por la necesidad de la coyuntura y nunca por la convicción íntima, al día de hoy no existe. Las brutales políticas de consolidación fiscal (se quiera o no, en beneficio de un preciso núcleo de países de la Unión, liderados por Alemania) han destruido una parte esencial de la flora política y social de Europa.

Las consecuencias están a la vista, tanto en el orden interno de los Estados miembros como en la creciente desafección de los ciudadanos a las instituciones europeas. Se genera así, se ha dicho con ironía trágica, un « Estado del malestar », que es el huevo de la serpiente de la civilización y cultura europeas, antes mencionada como factor de fuerza del proyecto europeo, malestar que cuestiona los Tratados, porque cuestiona a Europa misma, huevo de la serpiente que tiene sus precisos voceros populistas, nacionalistas, xenófobos. Sin un nuevo pacto social que alcance inmensas capas de la población, el porvenir de Europa está comprometido (8). El autor, quizá desde otros parámetros, ha percibido agudamente el problema (9), y sobre él tendremos ocasión de volver.

Vettori señala que, aun presente ese bloqueo democrático, ha existido desde los años sesenta del pasado siglo un especial activismo por parte de los jueces en la aplicación del Derecho comunitario, con diversas manifestaciones (pp. 7-31):

— un concepto de mercado que va más allá de la preservación de la competencia, individualizando modelos de responsabilidad aquiliana diferentes de la defensa del consumidor, lo que evidencia la tensión hacia la individualización de contenidos concretos del modelo social enunciado en los Tratados;

— la presencia de la Carta de los Derechos fundamentales, que libera a los jueces de proteger los derechos sin tener que recurrir a una labor de abstracción y posterior concreción de los mismos en diversos textos normativos, dotándolos de un anclaje sólido y unitario (es decir,

(8) Por desgracia, aunque las perspectivas son muy fluidas, y nada es predecible con algo de seguridad, no parece imponerse esa consciencia. No sé si es el caso de preguntarse si *quos Iuppiter vult perdere dementat prius*.

(9) En todo el capítulo quinto, « Contratto e diritti nella posmodernità », *Il contratto*, pp. 109-149, con gran expresividad en la rúbrica « Contenuto dei diritti e Fiscal Compact », *ibidem*, pp. 132-137.

la propia Carta), lo que demuestra que los principios europeos no tienen como único fin los de la tecno-economía;

— las propias libertades económicas tienen como barrera los derechos fundamentales, que se deben ponderar cuidadosamente con aquellas, tarea que cumple el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en un claro contexto de derechos y principios tanto en el ámbito del contrato (razonabilidad, buena fe), conjugando igualdad y singularidad. Ello acaece dentro de un sistema de fuentes contractuales complejo, dentro del cual hay que buscar los remedios adecuados a él tanto desde el punto de vista del contrato como acto, como del contrato como relación;

— y por lo que se refiere a la propiedad, el artículo 17 de la Carta, aunque marcado fuertemente por el principio de subsidiariedad y el respeto a las tradiciones jurídicas nacionales ⁽¹⁰⁾, no corresponde a la idea decimonónica del « derecho terrible », dando amplias posibilidades al juego de la función social.

De todo ello resulta la emergencia de un nuevo marco de relaciones entre los intereses particulares y generales, enteramente por construir bajo el principio general del Derecho Comunitario al proceso público y justo, que proclama el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), que hacen especial hincapié en la consecución de un remedio efectivo, tanto desde el punto de la adecuada configuración procesal como de la tutela sustancial. En suma, bajo la égida de un principio que domina tanto las fuentes comunitarias como las domésticas, el de la efectividad de la tutela.

Que estas líneas de tendencia, incluso de concreción actual, expuestas por Vettori sean ciertas es algo que no admite discusión. No obstante, creo que no queda cerrada la cuestión de cuál sea la intensidad de las mismas, en un Derecho comunitario aun fuertemente marcado por la construcción jurídica de un mercado propio del capitalismo maduro, en el que los pilares son la libertad de concurrencia y la defensa de los consumidores, sin que esta última pueda ser vista exclusivamente como un mecanismo de tutela del contratante débil, y de protección de bienes primarios, como la vida o la salud, sino también como un elemento de eficiencia del mercado mismo ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Me sea permitido reenviar a mi comentario al artículo 17 de la Carta, en el volumen colectivo *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, dirigido y coordinado por Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, Granada, 2012, ahora recogido en A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, pp. 377-394.

⁽¹¹⁾ Lo explica bien Fernando GÓMEZ POMAR, aun resaltando que la legislación de defensa de la competencia y la de protección del consumidor tienen fundamentos

Las incertidumbres propias de un proceso de afirmación de los derechos fundamentales en estas circunstancias son grandes. Dicho esto, queda claro que el análisis, por encima de afirmaciones vagas y genéricas o de predicciones poco fiables sobre cuál será el futuro, debe centrarse en las formas concretas de penetración de los derechos fundamentales en el contrato, los vehículos normativos a través de los cuales se produce (principios, reglas, leyes, decisiones judiciales), la emergencia de la técnica remedial, el papel de los jueces comunitarios y nacionales, el ascenso del tiempo de los derechos en el ámbito contractual, la pulsión hacia un contrato justo. De todo ello se ocupa esta obra, reflejando no solo el grande dominio de las cuestiones, sino también el laudable e intenso compromiso ético y cívico del autor, que a mi juicio no es un dato extrínseco para la tarea del jurista, sino la razón íntima de la nobleza de nuestro oficio.

2. *Un paso adelante, dos atrás. El paulatino empobrecimiento de la unificación jurídica del Derecho del contrato. Oltre il consumatore. La incidència de la globalización: la nueva lex mercatoria.*

Cuando se detallan, como el autor hace con expresiva concisión (pp. 33-61), los distintos modelos nacionales en materia de contrato, aún resalta más el grado de contingencia histórico de las más recientes epifanías, en relación con los planes de acción de la UE. En efecto, y dejando aparte el peculiar esquema contractual del *common law*, tan enormemente penetrado por la vida de los negocios ⁽¹²⁾ con todo lo que ello significa de flexibilidad de formas y tipos a la hora de pactar y de rigidez frente a las técnicas de reequilibrio de lo pactado (pp. 34-36), las cercanas manifestaciones legislativas dan la sensación que implican un

distintos, en *La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho*, en « InDret », 2003.

⁽¹²⁾ Quizá la ausencia de distinción entre « civil » y « mercantil », con la ausencia consiguiente de autonomía científica y didáctica (si es que estos términos tienen algún sentido en la enseñanza jurídica del *common law*) responda, más allá de cualquier partición escolástica a la percepción de la unidad esencial de la regulación del tráfico económico. Por otra parte, y en casa nuestra, de la inexactitud de hablar de una relación entre « común » y « especial » en materia de contrato civil y mercantil ya había advertido, hace bastantes años, Joaquín GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, 1968) y por consecuencia de una regulación esencialmente diferente. Todo ello sin olvidar el constatado fenómeno histórico que conduce a que el Derecho Mercantil de hoy sea el Derecho Civil de mañana, especialmente en estas incumbencias. *Ad rem*, las imperecederas páginas de Tullio ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, en « Rivista di diritto commerciale », 1934.

paso adelante y dos atrás en el avance hacia la unificación del Derecho contractual europeo. En efecto, la *Modernisierung* del BGB ha tenido en la recentísima reforma del *Code* francés una réplica competitiva, una toma de posición nacional frente a eventuales intentos unificadores conducidos bajo la cultura germánica⁽¹³⁾; la historia del Marco Común de Referencia ha pasado de ser un ambicioso proyecto de puente a la unificación, a un sustitutivo de la imposibilidad de este, cada vez con menos fuerza e impulso, y en cierta medida en un estado de semihibernación⁽¹⁴⁾; la súbita evaporación, sin mayores explicaciones del proyecto de Reglamento europeo de la compraventa... todo ello hace dudar de que caminemos, no a un Código contractual europeo, sino que ni siquiera avanzamos al ritmo deseable hacia una armonizada convivencia de una « Europa de los Códigos »⁽¹⁵⁾.

No obstante esta poca alentadora fotografía, cuya imagen puede variar de un día para otro, el camino hacia una cada vez más estrecha conexión entre el contrato y los principios constitucionales no se ha interrumpido, y en la medida que ese trayecto sea un problema, « *resta dunque interpretativo e sistematico ma si deve riconoscere che il contratto, come tutti gli altri istituti del vivere civile (persona, famiglia, gruppi intermedi, proprietà, contratto, testamento) non é privo di una rilevanza costituzionale* », en palabras inobjetables de Vettori (p. 52). Tampoco parece discutible que ese nuevo camino exige un « *ripensamento e adeguamento dei rimedi, coniugando eguaglianza e solidarietà, con gli strumenti consueti dell'analogia, dei principi e delle clausole generali* », y que « *la legislazione interna e comunitaria è già oltre la figura del consumatore* » (p. 55).

Partiendo de esta premisa, y con la particular y pragmática penetración del jurista que vive en la teoría y en la práctica, el autor traza un preciso programa: no hay que recurrir a categorías nuevas⁽¹⁶⁾, sino adoptar un nuevo método para la disciplina del contrato, que parta de un nuevo conjunto de fuentes de la reglamentación que da avío a nuevas formas de tutela, privilegiando algunos instrumentos del acervo

(13) Que en Francia despiertan amplias antipatías, salvo, obviamente, que sean manifestaciones de su hegemonía jurídica. Para una exasperada visión ancestralista, vid. Pierre LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, en « *Revue internationale de droit comparé* », 1996.

(14) Sobre el porvenir del DCFR, pueden verse las brillantes páginas de Francisco INFANTE RUIZ, con un impagable punto de irónico humor, *Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo*, en « *InDret* », 2008, www.indret.com/pdf/534_es.pdf.

(15) En la felicísima expresión de Luigi MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in « *Rivista critica del diritto privato* », 1992.

(16) Ejemplos: « *contratto terzo* », « *contratto d'impresa* ».

tradicional, pero repensados y utilizados para ese nuevo conjunto de fuentes: causa concreta como control de la validez y licitud, derechos constitucionalmente garantizados como límites a la libertad de contratar, buena fe como criterio de valoración de los comportamientos precedentes y sucesivos a la conclusión del contrato, comportamientos que son fuentes de responsabilidad independientes del juicio de validez del acto-contrato, y por ello insertas en el contrato-relación.

Aquél programa debe ser realizado en la consciente continuidad de los mejores resultados de la civilística del siglo pasado, que deben ser consolidados e innovados con fuerza, sin recurrir a inútiles abstracciones, traduciendo en reglas y técnicas aplicativas los principios y las normas, tomando como elemento decisivo el perfil concreto de las situaciones jurídicas subjetivas, esto es, consideradas en su singularidad (p. 56). Estupenda página que traza un preciso proyecto de actuación de los derechos constitucionalmente garantizados, y que se constituye en *parola d'ordine* de la tarea que, desde la dignidad de la ciencia y de la ética propugna Vettori; pero, con el pleno pragmatismo de quien vive la realidad cotidiana del Derecho, nos advierte, en relación con la realización de ese proyecto: « Resta da indicare come » (p. 56).

Antes de analizar el comienzo de ese « come si fa » en relación con la actuación del diseñado proyecto, tal vez convendría exponer algo que el autor, perfecto conocedor de ello, da, en mi opinión, por descontado: la dificultad añadida que supone el fenómeno de la globalización (17). El proyecto de insertar en la vida del contrato los derechos fundamentales choca frontalmente con el producto jurídico típico de la globalización, la *lex mercatoria*, fabricada en las estancias de los poderosos de la tierra (18), a través de esos nuevos mercaderes, los del Derecho (19), las dominantes *law firms*. La *lex mercatoria* degrada, a través del contrato internacional y las Cortes de Arbitraje, tanto el papel del legislador como el del juez nacional (20), aquél sumiso receptor de

(17) Sobre el argumento, con especial referencia al Derecho Europeo, Maria Rosaria FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, en estos « Quaderni fiorentini », 31 (2002). A mi modo de ver, el *approach* sociológico, donde la eminencia de la autora es indiscutible, abre interesantes perspectivas, pero también resulta, como era inevitable, y seguramente el propósito de Ferrarese, un tanto limitado.

(18) Basta con remitirse al crudo testimonio que significa, con independencia de la calidad científica de los argumentos, el libro de Francesco GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005.

(19) Yves DEZALAY, *I mercanti del diritto: le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1997.

(20) Así he tenido ocasión de razonarlo en mi ensayo *Hic sunt leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización*, en *Derecho civil constitucional* cit., y ahora

modelos contractuales fuera del poder democrático ⁽²¹⁾, por ausencia o connivencia de este, este, el juez, al que se reserva como solo monopolio la potestad de ejecutar lo juzgado, y que guarda como última y casi siempre no utilizada bala en la recámara la excepción de orden público ⁽²²⁾, y sabido es que en el Estado social orden público es sinónimo de derechos fundamentales ⁽²³⁾. Pero aunque se hiciera un generoso uso de la excepción de orden público, no dejaría de ser una maniobra defensiva, nunca diseño fruto de una acción positiva de actuación de los derechos fundamentales en el ámbito contractual. En conclusión, el entorno de la globalización es, como poco, un entorno hostil para esa actuación. Quizá por ello hay quien ve en la producción de normas jurídicas desde el *imperium*, aunque sean de formas flexibles y principales, la única barrera a la rampante *lex mercatoria* ⁽²⁴⁾.

también en «Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla», 2016.

⁽²¹⁾ En esta clave se insertan las enormes reticencias de muchas instancias europeas al *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), aunque ahora su futuro es muy incierto, por razones que están en la mente de todos. En cualquier caso, no ha ayudado mucho a su aceptación el secretismo de las negociaciones.

⁽²²⁾ Sobre el punto, con gran acopio de datos de Derecho comparado, Fabio MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. Francesco Galgano, Padova, Cedam, 2003, ilustrando el progresivo deterioro del concepto de orden público interno en favor de un llamado orden público internacional-regional de imprecisos límites. En el fondo, detrás de todo está la tendencia mundial, incluso en las Leyes de Arbitraje nacionales, de favorecer la irrevisabilidad de los pronunciamientos de fondo de los laudos arbitrales. En la práctica, los pronunciamientos de *exequatur* u homologación del laudo se limitan al control de la genérica regularidad procesal: observancia de los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas.

⁽²³⁾ De nuevo me permito remitir a una obra mía, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

⁽²⁴⁾ Ole LANDO, *Some features of the law of contract in the third millennium*, 2000, www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf. La opinión del autor noruego resulta ingenua: el problema de la *lex mercatoria* no es un problema europeo; algo menos ingenuo resulta el olvido de que los Principios elaborados por la Comisión por él presidida adeudan muchísimo a la citada *lex*: justamente lo que deben a los Principios UNIDROIT, que no es poco. Que la Comisión Lando tuviera un origen y legitimación distinta de los propios de la *lex mercatoria* no es argumento, y más cuando desde hace mucho tiempo se sabe que la *lex mercatoria*, sobre todo la de nuestro tiempo, tiene la vocación de buscar la legitimación política a través de la legislación, con independencia de su continua evolución. He intentado explicar este proceso en *Hic sunt leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización*, cit.

3. *Revuelta antidogmática y Derecho jurisprudencial. El dialogo entre los jueces: principios, reglas, efectividad, remedios.*

En todo caso, y a pesar del contexto citado, es innegable que los principios constitucionales inciden cada vez más en el *sancta sanctorum* de la autonomía privada, y en especial en el contrato; pero, ahora según el pensamiento del autor, no basta ya con utilizar entre las diversas posibilidades de interpretación la más cercana al texto constitucional, sino proponer la actuación directa de este en un caso concreto, cuando la normativa sectorial no suministre la tutela adecuada. Tutela de los derechos o intereses concretos, que se realiza en un complejo sistema de fuentes de la reglamentación contractual, con obsequio al principio de efectividad, en la búsqueda de instrumentos idóneos para satisfacer el interés pretendido, itinerario que es preciso recorrer por la fuerza de los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 13 de la CEDH, y singularmente el artículo 47 de la Carta. Dicho principio de efectividad se refleja en las exigencias de tutela sustancial de los intereses protegidos y de un proceso justo (pp. 19-31). Su técnica príncipe son los remedios, su fundamento los principios constitucionales internacionales, comunitarios e internos, sus ejecutores los jueces.

Las afirmaciones anteriores, tomadas en su generalidad, y sin los matices que el propio Vettori introduce sucesivamente, nos conducirían (salvo que las indicaciones del legislador fueran absolutamente precisas y aptas para la satisfacción de los intereses protegidos, y conformes a los principios constitucionales) a una habilitación a los jueces para pasar *per saltum* de los principios a las reglas que el legislador omisivo debió promulgar y no promulgó, o puso en vigor sin la eficiencia jurídica suficiente para tutelar aquellos intereses. Todo ello abre un universo de problemas que requieren algún apunte.

Desde luego, para mí es claro que la habilitación indicada no puede consistir en adjudicarle al Juez papeles que no tiene constitucionalmente. En la medida que aquella habilitación se asigne, no puede exceder el principio de separación de poderes. Pero sería muy fácil y desde luego totalmente farisaico (y por otra parte absolutamente irreal) ante la creación judicial del Derecho rasgarse las vestiduras y acusar un quebrantamiento del principio de separación de poderes. Quienes así razonan olvidan que lo esencial del mismo, ahora, y desde el inicio de la Modernidad jurídica, no es tanto la inevitable función creadora del Derecho por el Juez ⁽²⁵⁾, sino la supremacía del Parlamento, en última

(25) Mauro CAPPELLETTI, en su obra *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, expone una clara demostración de que el proceso de creación del Derecho es idéntico para el Legislador y para el Juez, y que el problema no versa sobre la alternativa creación o no creación judicial del Derecho, sino los modos y límites de la creatividad judicial. Dichos límites son intrínsecos a la propia tarea de juzgar, desde el instante en que el Juez

instancia ⁽²⁶⁾. El problema es otro, como el propio autor anuncia desde el mismo título de la obra, el de la relación entre principios y reglas *en*

tiene un deber de fundamentar las decisiones, bien en normas, bien en precedentes jurisprudenciales, pero atendiendo a que cada conflicto en sí mismo considerado es nuevo y único como situación de hecho. Cuando el juez acomoda su decisión a la técnica del *distinguishing* o al argumento *a contrario*, no está invadiendo la competencia del legislador sino poniendo de manifiesto que la interpretación no tiene un resultado final, mecánica e inequívocamente predeterminado; y ese resultado tiene que estar presidido por el buen sentido y el uso habitual de las palabras.

Añado por mi cuenta: ese buen sentido y ese uso habitual no puede ser una pura determinación autorreferencial, pues entonces estamos ante el « Derecho libre » (lo que expresamente rechaza Cappelletti) entre otras cosas porque se debe asegurar el tratamiento par a los ciudadanos y dotar a las decisiones judiciales de predictibilidad económica, y eso exige la vinculación o al precedente o la ley, que según el caso serán objeto de una aplicación inmediata con la subsunción, y otras con más elevado grado de arbitrio.

En relación con este, Alejandro NIETO (*El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000) ha puesto de manifiesto que no es algo ilícito (lo ilícito es la arbitrariedad) sino una alternativa a la legalidad, su complemento imprescindible; de ordinario el juez modaliza la aplicación de aquella con este, introduciendo un elemento arbitrado (que no arbitrario) que ayuda para concretarla y adaptarla a las circunstancias. El ilustre autor nos explica como este paradigma no es extraño a nuestra tradición jurídica propia, aunque ha venido sofocado por la exacerbada presencia del positivismo legalista. No cabe nada más que estar de acuerdo en esta tesis central, aunque la obra, llena, como siempre en este maestro, de ideas estimulantes susciten alguna perplejidad o discrepancia, que ahora no es necesario traer a colación.

Ahora bien, ello no significa que el peligro de la extralimitación del Juez sea una falsa percepción alarmista. Las razones que justifican su acrecido poder, propio de un nuevo entramado del ordenamiento, pueden fomentar actuaciones *ultra vires Constitutionis*. Me he pronunciado extensamente sobre este punto en *Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular*, en estos « Quaderni fiorentini », 35 (1996). Claro es, y nunca debe olvidarse, que la última palabra, aún correctora, corresponde, obviamente en el marco constitucional de referencia, al Legislador.

⁽²⁶⁾ Nos alumbró este pormenor esencial la experiencia británica. La clásica obra de DICEY (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, primera edición London, Macmillan, 1885), de tan enorme influencia, nos ha enseñado que los dos pilares básicos del complejo entramado que conocemos como Constitución británica son la *supremacy of Parliament* y la *rule of law*. Al lado del principio de supremacía ha convivido el sistema de creación judicial del Derecho, y si no se han planteado cuestiones de separación de poderes, han sido por la justificación que suministra la llamada « teoría declarativa » del *common law* (aunque todos sabemos que es una pura ficción) y por el *self-restraint* de los jueces. Sobre el punto, brece pero expresiva noticia en Stefan VOGENAUER, sub. voz *Judge made Law*, en *Max Planck Encyclopaedia of European Private*

un preciso dominio y un singular momento, el de la interpretación-aplicación en el caso concreto (passim). Por razones obvias, en ese preciso momento, la función del Juez está por encima de cualquier otra. Ello es claro: si no fuese así, se le estaría despojando de su papel constitucional que se desempeña *en el caso concreto*, y conviene resaltar que tanto principios como reglas son material imprescindible para esa tarea (27).

Law, Oxford, Oxford University Press, 2012. De todos modos, nos informa el mismo texto, hay abundantes acusaciones críticas del activismo judicial. Para la experiencia norteamericana es demostrativo de la necesidad de cohesión la *precedent rule* con el imperio de los *statutes* el libro de Guido CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Harvard (MA), Harvard University Press, 1982, de título bien expresivo. Por otro lado, y aunque la función nomofiláctica del ordenamiento esté, en la casación « continental », confiada a un Tribunal, ello no puede hacer olvidarnos qué se persigue con ella, la uniformidad del mandato legislativo, como mecanismo de preservación de su integridad; baste con evocar la página de historia jurídica francesa que enseña que la casación vino a sustituir al *référé législatif*. Insuperables las páginas de Paolo ALVAZZI DEL FRATE, *Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789*, en « Revue historique de droit français et étranger », 2008.

(27) En un agudo e interesante ensayo, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, en « Jueces para la Democracia », 1996, Juan Carlos BAYÓN pone de manifiesto que en la querrela sobre los poderes del Juez se introduce precisamente la distinción entre principios y reglas, de manera que la utilización de los principios parece ser el soporte de un nuevo juez garante de los derechos, mientras que las reglas determinarían un papel de dicho juez más cercano al de un aplicador de las leyes exclusivamente, con escaso margen para una jurisprudencia creativa. Uno vendría a ser el Juez del Estado Social de Derecho, el segundo el del Estado Liberal. Con suma precisión y certeza, Bayón descabalgua tales argumentos maniqueos porque ningún ordenamiento puede prescindir del valor ordenador de los principios, tanto en su propia eficacia, como en la orientación de la eficacia de las reglas, a lo que añade que ningún sistema de reglas es tan autosuficiente como para no necesitar de la interpretación-aplicación judicial con mayor o menor intensidad creativa, salvo extraordinarias excepciones. En última instancia, los límites del poder del Juez los marca, con su producción normativa, el Legislador ordinario. Cosa bien distinta es que el Legislador no establezca reglas, o bien las que establece se acojan a la técnica de las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados. Tanto en un caso, como en otro, el Juez no puede dejar de cumplir su deber de resolver los casos concretos, porque la inactividad del legislador no le excusa, en el primer caso, y en el segundo es el propio Legislador el que le autoriza. Añado que si su actividad se desliza, en estas circunstancias, al activismo político-ideológico, ello es posible, pero corregible por el propio sistema, con mayores o menores dificultades según las circunstancias, aunque no hay que olvidar que en una perspectiva final, todo cuerpo intrínsecamente extraño a la plausibilidad y al consenso general, acaba siendo expulsado. En cualquier caso, el principio democrático ha de ser siempre enérgicamente afirmado. Bayón termina su brillante frase ensayo de esta forma:

Dicho lo anterior, y antes de ahondar en esa densa problemática, conviene poner de relieve el trayecto europeo de la distinción entre principios y reglas, tal como Vettori nos lo presenta, también en aguda y compendiosa síntesis, trayecto que tiene su natural desenlace en la técnica remedial (pp. 61-80).

El autor parte de la constatación de que la verdadera relevancia del TJUE ha estado en su capacidad de incidir en la dinámica de las relaciones de poder entre Comunidad y Estados miembros, desarrollando normas superiores para la tutela de los derechos fundamentales. Ciertamente es que (aunque haya evitado formular un principio jurídico concerniente a la explotación de las relaciones personales en el ejercicio de la autonomía privada), se ha negado a intervenir, reenviando al Derecho nacional en casos de desequilibrio contractual, si bien, no obstante, ha requerido en alguna ocasión al Juez nacional una valoración en concreto de una eventual posición de inferioridad grave de una parte contractual en relación con la otra. Luces y sombras, pero que ponen de relieve según el autor que la «verdad efectiva» de la Unión europea implica un ordenamiento que pretende ir más allá de la disciplina del mercado, con acentuado protagonismo de los jueces.

En el fondo, dice el autor, hay toda una revuelta antidogmática y la elaboración de un Derecho jurisprudencial, tanto en el ámbito doméstico como en el comunitario, que convierte a este en un espacio gobernado por el Derecho y no por el Mercado o los negocios, lo que es una peculiaridad en relación con el proceso de globalización. Esa revuelta supone un fuerte rechazo del positivismo normativo estatalista, innova intensamente el tejido de las fuentes de la reglamentación contractual, y plantea problemas de una juridicidad de alguna manera nueva, donde la clave es que no se trata de salvaguardar la coherencia constitucional del ordenamiento interno, sino de encontrar las interconexiones entre este y el comunitario.

Todo ello lleva a la necesidad de un diálogo entre Tribunales: Luxemburgo, Estrasburgo, Jueces nacionales, diálogo no exento de discrepancias y dificultades, lo que conlleva la obligación de buscar argumentos persuasivos, a través del análisis estructural de la distinción entre principios y derechos consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales, distinción (si está fundada en dicho análisis) insuficiente y quebrada para resolver problemas. Insuficiente porque la

« Pienso que haríamos bien en no olvidar estas palabras: *‘El cándido ciudadano tiene que confesar que si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que nos afectan a todos ha de ser irrevocablemente fijada por las decisiones de la Corte Suprema...el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo, al haber puesto en la práctica su gobierno en las manos de ese eminente Tribunal’*. Y también haríamos bien en no olvidar quien las escribió. No fue Robert Bork ni Antonin Scalia. Fue Abraham Lincoln ».

cuestión es justamente la de transformar un precepto general en regla, y ello supone valorar el papel de un hecho que no se engloba en una prefijada, con lo cual las consecuencias jurídicas se obtienen del balance entre principios concurrentes, incluso en colisión, y de su concreción en normas. Ello implica la utilización conjunta de principios, reglas y cláusulas generales. En esta tarea es decisivo el poder de los jueces, que no es una anomalía, sino una forma de la democracia constitucional, que exalta la naturaleza práctica del Derecho.

De todo lo anterior resulta obvio que una aproximación estructural a las distintas situaciones jurídicas del sujeto, encuadrándolas como derechos o como principios, no conduce a resultados satisfactorios, aunque esté consagrada en el artículo 52 de la Carta. Estos no se pueden alcanzar sino con una visión remedial en la búsqueda de la técnica de protección que asegure la máxima realización del interés jurídico protegido, ya por un derecho, ya por un principio. En las propias palabras de Vettori, « *dalla complessità delle fonti emergono principi che sono fonti di obblighi e indici di emersione di interessi giuridicamente protetti. L'interrogativo sulla configurazione come diritto o principio, appunto non aggiunge molto a la soluzione di un problema che esige tecniche e strumenti di piena realizzazione della situazione soggettiva di dovere o potere* » (p. 74).

A decir verdad, la relación entre principios y reglas (atributivas de derechos, pensamos ahora) y la conexión entre unos y otras en la tarea de la interpretación-aplicación por los jueces, hoy de rabiosa actualidad y puesta en el centro de los problemas del universo jurídico, tiene su propia y larga historia en el Derecho privado⁽²⁸⁾, con independencia de haber sido desde el punto de vista filosófico político jurídico generadora de encuentros y desencuentros que en mi opinión no tendrán fin⁽²⁹⁾.

En todo caso, nadie parece negar, al menos en términos absolutos el carácter deóntico de los principios, y una vez atribuido por definición dicho carácter a las reglas o normas, las cuestiones prácticas son contadas: primera, la traslación del mandato contenido en el principio como tareas del legislador o del juez; segunda, los límites del proceso de traslación para cada uno de ellos, y en especial para el juez, ante el silencio del legislador; tercera, la ponderación entre principios, cuando sean contradictorios entre sí.

En relación con la primera, a mí me parece indiscutible que

(28) Por todos, la superior doctrina de Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Valladolid, Casa Martín, 1942.

(29) Una presentación crítica de las principales doctrinas (Dworkin, Hart, Alexy, Zagrebelsky, Atienza y Ruiz Manero), y defensa de la propia posición se encuentra en Luigi FERRAJOLI, *El constitucionalismo entre principios y reglas*, en « *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* », 2012.

precisamente por su carácter deóntico, todo principio aboca a la necesidad de convertirse en regla, y ello es misión tanto del legislador, como del Juez.

En cuanto a la segunda, se debe tener claro que los límites de esa traslación no son los mismos para el legislador y el Juez: en el Estado constitucional, aquel tiene, en abstracto, el poder de limitar la intervención de este, siempre que produzca un desarrollo preciso, claro y constitucionalmente correcto del principio; digo en abstracto, porque según la naturaleza de cada principio será más o menos factible, a veces poquísimo, tal producción precisa y clara. Hablo de limitar, que no impedir, la intervención del Juez, porque una interpretación puramente declarativa o literalista de las normas legales (el mito del positivismo legalista del Estado liberal) es un puro imposible lógico y práctico, y mucho más en un ordenamiento abigarrado y con complejidad de fuentes.

Por lo que hace a la tercera, no resulta demasiado claro predicar una ponderación de los principios en el caso del legislador, puesto que si se mueve dentro de los límites constitucionales, la ponderación no es más que un acto legítimo de dirección política, tan legítimo como cualquier otro alternativo. Es obvio que la tarea de la ponderación en el mecanismo de aplicación e interpretación, es decir, de producción de una regla para el caso concreto tiene bien distintas características, aunque solo sea porque su finalidad es distinta. A decir verdad, todo se resume en una obviedad: en el Estado constitucional, ningún Poder puede desconocer ni suprimir la esencia de la actividad de otro Poder, y la del Juez es que el proceso de interpretación aplicación es su « reino ».

Dicho esto, y yendo al terreno de los derechos fundamentales, su veste constitucional puede ser tanto un principio como una norma, con lo que la diatriba principios-reglas no es, al menos no totalmente, la determinante de su aplicación. Para el caso de las relaciones entre particulares, el problema de la aplicación de los derechos fundamentales a las mismas se dilucida en otros parámetros: las posibilidades de la *mittelbare Drittwirkung* y *unmittelbare Drittwirkung* no pasan necesariamente por la distinción entre principios y reglas. Entre los derechos fundamentales los hay que son principios, y pueden ser objeto de *unmittelbare Drittwirkung*, lo mismo que otros que son reglas, difícilmente pueden, y a pesar de ese carácter, incidir *inter privatos* sin la interposición legislativa.

En todo caso el mandato al Legislador de actuar normativamente los derechos fundamentales no tiene menor intensidad que el de protegerlos los jueces en el momento de la interpretación-aplicación. Es más, es tarea prioritaria de aquél, y el olvido de ello, juntamente con la necesidad técnica (como presupuesto de la accionabilidad ante la jurisdicción constitucional) de imputar a un acto de un Poder público,

en este caso al judicial, la vulneración del derecho fundamental (la famosa «finta alemana»), nos han hecho perder de vista que la actuación de los derechos fundamentales debe ser la principal ocupación del Legislador ⁽³⁰⁾.

No obstante, y aunque no pueda perderse de vista este denso cúmulo de cuestiones, al civilista le ha sido concedido el privilegio de ser el guardián de la vida jurídica íntima de las personas y puede prescindir de mediar en la disputa de la visión ontológica del problema, y se le permite descender a la humilde facticidad de lo cotidiano, a la entraña del derecho o interés vulnerado en un caso concreto. Cuando se habla de prescindir de una visión ontológica o esencialista del problema, no se pretende la negación de la diferenciación entre principios y reglas ⁽³¹⁾, sino la afirmación que nuestro problema en la interpretación-aplicación, está más que en la dilucidación de la esencia, en la pragmática determinación de grados, límites, restricciones para los jueces en el diálogo entre principio y regla atributiva de un derecho. Diálogo de los jueces entre principio y regla. Conviene detenerse sobre el punto, en general primero, y después con referencia a la concreta eficacia en el artículo 52 de la Carta.

La consciencia jurídica de la existencia de principios y reglas, a mi juicio, sólo es útil en la medida de que se consideren a ambos dos partes de un mismo territorio jurídico, sellado por la continuidad. Cualquier intento formalista de distinción, se utilice el criterio que se utilice, no añade nada a su comprensión de cara a su utilidad práctica. Cualquier intento sustancialista de verlos como ámbitos estancos vulnera la esencial unidad del ordenamiento, de manera aumentada cuando se trata de resolver cuestiones al calor de ordenamientos que se entrecruzan. Esta percepción de la unidad, o si se quiere de la continuidad, así como de que la tarea (ciertamente no fácil) es la de encontrar el procedimiento de transformación del principio en regla, han sido agudamente percibidas por Vettori (pp. 72-74).

Y es que no debemos olvidar que la existencia de principios y su traducción en reglas por los jueces son una necesidad inmanente en todo sistema jurídico ⁽³²⁾. Que ni siquiera los sistemas de Derecho civil codificado se dan por satisfechos con los principios sacados por induc-

⁽³⁰⁾ A este respecto, y con su indiscutible autoridad, Konrad HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

⁽³¹⁾ Obviamente no me refiero, antes bien, está en las raíces de mi afirmación, a esa otra ontología social de que habla VETTORI, p. 59, y la consiguiente valoración del contrato como acto social, y la necesidad de un diálogo intenso con otras ciencias.

⁽³²⁾ Para todo lo que sigue, me acojo al pensamiento de Josef ESSER, en el esencial libro *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1956.

ción de los textos legales es el primer hito del camino de la teoría de los principios generales del Derecho, cuya principal problemática es precisamente su traducción a reglas aplicables a la resolución judicial de un caso concreto. Esta es exactamente la cuestión que nos ocupa en estos momentos, cuestión que aparece ahora simplificada en lo relativo a las fuentes de legitimación de los principios, pues hablamos de la más indiscutida de ella, la constitucional, derivada de los Tratados o de las Constituciones nacionales.

Si aceptamos, como creo no puede ser de otra manera, que la heurística de los principios debe huir tanto del intento positivista de subordinarla al material positivo preexistente, como de ponerla en dependencia de cualquier pensamiento iusnaturalista axiomático, hay que partir de que para la conversión del principio en regla no podemos esperar ninguna buena orientación que no sea la observación del proceso real de la creación efectiva de Derecho.

En efecto, un principio jurídico no es un precepto jurídico y, ni siquiera una norma en sentido técnico, en tanto no contenga algún tipo de instrucción vinculante para el legislador y para el juez, y ello solo tiene sentido si cristaliza en una forma de protección del derecho o interés, y que solamente lo es tal si a su vez cristaliza (valga la redundancia) en un remedio adecuado. Determinar los contornos de este remedio es función exclusiva del Juez, a la que efectivamente no hay que ver como una anomalía (p. 29), sino como exacto cumplimiento del papel constitucional que le ha sido conferido. Si partimos de la base de que hay un inescindible *continuum* entre principios y reglas, la estrechez de estas no puede impedir el despliegue de plenitud de la tutela, y ese despliegue para el caso concreto no puede ser más que obra de la jurisprudencia.

De esta forma, la técnica remedial es una secuencia necesaria de la fuerza del principio sobre la regla. Esa fuerza del principio sobre la regla, significa que « *l'approccio rimediale non incide sull'an della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò non significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale, ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni d'interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare* » (p. 23). Cosa distinta es que los efectos de la concreta *actio* (en sentido material), tal como la dibujan las reglas, sean suficientes para alcanzar la plenitud de aquel despliegue, o haya expresos vetos que lo impidan (como indica el propio Vettori, p. 25). En suma, no solo hay que compartir la tesis del autor sobre la insuficiencia de la distinción entre derechos y principios (pp. 70-73), sino también negar que su validez teórica pueda gobernar el mundo de las soluciones prácticas ante la violación de intereses y derechos.

Ahora bien, ni aún en este contexto creo que la distinción entre principios y derechos que obra en el artículo 52 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales carezca de operatividad, ni de reflejos sobre la tutela de intereses y derechos subjetivos. A mi modo de ver, la *interpositio legislatoris* predicada por el precepto para la actuación de los principios, no deja de tener relevancia a la hora de implementar por los jueces los mecanismos de protección de situaciones jurídicas subjetivas.

Empero, conviene afinar el discurso. Como creo haber explicado antes, la omisión del legislador no puede ser para los jueces una barrera absoluta ni deja de ser una oportunidad. Veamos por qué.

No puede ser una barrera absoluta, porque si la ausencia de interposición es de tal magnitud, tanto cualitativa, como cuantitativamente, que expresa una manifiesta intención del constituyente de que no haya sin aquella interposición actuación alguna del principio, ello significaría que el principio carece de todo valor deóntico, con lo cual, en realidad, el problema no se plantearía, ya que un principio sin aquel valor deóntico no es un principio *jurídico*. Si partimos de la existencia de un principio jurídico, la falta de *interpositio legislatoris* no puede privarle de algún valor en vía judicial. Cosa distinta es hasta donde puede llegar la efectividad de ese valor.

Por ello, la omisión legislativa es una oportunidad, pues los principios son el campo privilegiado del juez constitucional cuando se prevé la tutela de los derechos fundamentales. Pero siempre conviene tener presente que la derivación de una regla desde un principio es operación delicada, pues depende de cada principio y su significación en el conjunto del ordenamiento. Es labor que aboca a delicadas tareas técnico-jurídicas, y siempre sutiles valoraciones, como consecuencia de que la interpretación judicial (toda interpretación) parte de la actitud u orden del espíritu que se ha llamado « precomprensión ». Esta, desde luego, en el razonamiento judicial no equivale a arbitrariedad, sino el recurso a cánones de plausibilidad social de la decisión, adoptada en el marco de las alternativas legales y con sólidos referentes en la dogmática consolidada; pero no cabe la menor duda de que la « precomprensión » dota de una amplitud a aquel razonamiento, que no se ve enteramente confinado dentro de una mecánica deducción de los efectos de una norma ⁽³³⁾.

Como queda dicho, por mínimo que sea el valor deóntico que *a priori* se le haya querido conferir a un principio, su traducción o derivación en normas es siempre posible, aunque no siempre sea de la

⁽³³⁾ Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972.

misma intensidad, y ello desde el instante en que no solo no se ha excluido al Juez del proceso de interpretación-aplicación, sino que se considera a este un dominio natural de aquel, como lo hace el propio artículo 52 de la Carta ⁽³⁴⁾. También se ha apuntado que la barrera de la *interpositio legislatoris* será, incluso desde la estricta observancia de la última *ratio* de normas como la citada, de muy diversa densidad en función de la importancia social de un principio, en un dado contexto histórico y de los consensos en él dominantes ⁽³⁵⁾. Por consiguiente, y en cuanto a los niveles de protección de situaciones jurídicas subjetivas, no es tan importante discutir si los derechos fundamentales son, en su

⁽³⁴⁾ En *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, sub. art. 52, Araceli MANGAS advierte de que la distinción entre derechos y principios, basada en la necesidad de un acto previo de desarrollo de estos tal vez encubra un solapado intento de devaluar los derechos sociales, y aun así habla « la delgada línea roja entre derechos y principios ». José Luis MONEREO PÉREZ, en *La Europa de los Derechos*, cit., sub. art. 52. habla de la indefinición entre principio y derechos, y la inseguridad jurídica que ello conlleva para los de carácter prestacional, en la misma línea que Mangas.

⁽³⁵⁾ Es paradigmática en esta incumbencias la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que opta por un máximo despliegue de eficacia del artículo 51 Constitución española (protección de consumidor), incluso para constreñir el contenido esencial de la libertad contractual (derivada necesaria de la libertad de empresa, artículo 38 Constitución española), aunque con necesidad del subsidio de otros títulos competenciales; son precisamente aquellos que justifican que el contenido esencial de la garantía *ex. artículo 38* de la Constitución no desborde su ámbito natural en el Estado social; ámbito natural que pasa por concebirla solo de manera limitada como un « derecho de libertad », y ello por la presencia de otros valores constitucionales específicos, a saber: el principio de igualdad *ex. artículo 14 C.E.*, como rector de la protección del contratante débil; el derecho a la salud (artículo 51); el íntimamente conectado con éste último derecho a la seguridad, aunque posiblemente es de radio más amplio, porque se intenta evitar la peligrosidad del producto en sentido amplio, lo que coloca al fondo incluso el derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución); no deja de tener incidencia también el artículo 47: el adquirente de una vivienda, en el tráfico en masa inmobiliario es también un contratante débil. Se podría aducir que incluso pueden reforzar, de manera más o menos directa el mandato del artículo 51 todos los títulos constitucionales que embridan la actividad económica para no deteriorar intereses colectivos.

Existe, pues, una relación dialéctica entre el artículo 38 y el artículo 51, ambos de la Constitución. De todos modos, este es argumento a manejar ponderadamente, y desde luego no de manera expansiva, sobre todo porque el exceso en estas incumbencias podría afrentar de manera constitucionalmente inaceptable la garantía institucional del artículo 38: la comprensión que sobre su núcleo ejerza el artículo 51 y sus derivadas no debe olvidar más allá de lo razonable la diferencia de magnitudes constitucionales entre ambos preceptos, ya el primero representa una garantía institucional, y el segundo un

conjunto, o uno a uno, « principios » o « derechos », o ambas cosas a la vez, sino de las posibilidades de que los principios se traduzcan en reglas, y ello en gran medida, diríase que naturalmente, es propio del proceso de aplicación del Derecho confiado a los Jueces. Ello, obviamente, no excluye que el Poder legislativo no ejerza su supremacía, negando con *contrarius actus* una dada línea jurisprudencial, o impidiendo su nacimiento con regulaciones restrictivas, constitucionalmente aceptables. Pero tal intervención, presupuesta su legitimidad constitucional, es inherente al principio de separación de poderes, y en sí misma, no puede limitar con carácter general la potestad de los Jueces de derivar de los principios, derechos, o más exactamente, hacer operativo un principio en regla aplicable, y no puede porque esa limitación general también sería contraria a aquel principio.

4. *El proyecto europeo entre las dos crisis (1992-2007). La parábola de los remedios frente a los « derivados financieros ».*

Ausculda Vettori la suerte del proyecto europeo tras las dos crisis que se mueven entre el año 1992 y 2007. En relación con la de la última década del pasado siglo expone con certera razón que vio un cambio sustancial en la dimensión de los poderes públicos, que pasaron de una intervención directa y sustitutiva del Mercado a la regulación del mismo. En todo caso, la nueva política económica no implicaba una vuelta a la concepción clásica del capitalismo. Los nuevos retos del Estado social, si no quiere arruinarse a sí mismo, han de partir de que el Mercado funciona como límite de compatibilidad económica de la acción política. Una conclusión parece emerger de todo este cuadro: hay que dejar a la política elegir, dentro de un marco de fuerte reivindicación de los derechos de la persona, cual es el papel de la libre competencia y el de la intervención estatal, de acuerdo con los tiempos, pero dejando al pensamiento jurídico la tarea de ordenar una nueva y más eficiente tutela de las situaciones civiles y económicas (pp. 80-85). En esa dirección ha progresado la jurisprudencia constitucional italiana, aunque con más timidez el TJUE (pp. 86-88).

Cierto es que el propio Tratado de Lisboa, en su artículo 3 apuesta por la economía social de mercado, cláusula sobre la que se agita la *vexata quaestio* de si posee solo carácter puramente programático (pp. 91-99). Como señala el autor, ello nos remite de nuevo la tensión entre derecho y principios, que ya conocemos, y en consecuencia a la enérgica negación de tal fuerza solamente programática, aunque las dificultades de la « cláusula social » son más que evidentes hoy, para

principio rector de la política económica y social, y entre ambos hay un dintel en la protección: cfr. artículo 53 Constitución española.

cumplir el mandato del cruce necesario entre igualdad formal y sustancial (p. 93).

Vettori da en el centro de la diana, cuando al analizar la segunda crisis, centra sus orígenes en la fagocitación del mercado por los poderes financieros y los nuevos instrumentos tecnológicos. Por ello resulta tan ilustrativa la parábola de los « derivados » financieros, frente a cuyos abusos se ha hecho frente con remedios civiles fundamentalmente con los deberes de información, en un acentuado papel del principio de buena en el desarrollo de la relación contractual y en los mecanismos de la causa « concreta » (pp. 98-107).

No cabe la menor duda de que tanto el ordenamiento comunitario como algunos nacionales han evolucionado en la dirección que el autor nos señala en su crónica del proyecto europeo a caballo de las dos grandes crisis que tan duramente lo han golpeado en los tiempos recientes. Siendo ello así, se suscitan algunas dudas sobre la dimensión real y efectiva de esa tensión hacia la consecución de la realización de los derechos, basada en el cardinal principio del Estado social, el principio de igualdad sustancial. Dudas no fácilmente despejables, porque la mirada histórica recorre unos tiempos demasiado cercanos, demasiado cortos, demasiado en ebullición, ebullición que no ha cesado en el presente. No me parece descartable la hipótesis de que la fórmula política con la que Europa esté intentando salir de la crisis no sea una cada vez más acentuado abandono de los principios del Estado social ⁽³⁶⁾. Esta es la salida más factible políticamente, aunque sea la más costosa socialmente, y ello por razones que creo profundas. En efecto, la forma constitucional « Estado social » es una forma jurídica y política débil, en relación con la del precedente Estado liberal, hasta tal punto de calificar a aquella de « noción inútil » ⁽³⁷⁾. Pero hay más, en mi opinión. Esa debilidad tiene su preciso correlato en la debilidad de los instrumentos de Derecho privado ⁽³⁸⁾, debilidad que es una segunda

⁽³⁶⁾ En efecto, no hay que desdeñar la hipótesis de que la segunda crisis no sea otra cosa que un episodio de « destrucción creativa » del propio capitalismo, concepto que inicialmente acuñado por Werner SOMBART, *Der moderne Kapitalismus. Historisch-systematische Darstellung des gesamteuropäischen Wirtschaftslebens von seinen Anfängen bis zur Gegenwart, 1902-1916*, ha sido posteriormente adoptado por Josef SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row, 1942, muy especialmente para deducir que las crisis financieras y especialmente las bancarias son instrumentos de progreso e innovación del capitalismo moderno. La crisis de 2007, por cierto no solo europea, vendría a ser un arquetipo de « destrucción creativa ».

⁽³⁷⁾ Tal es la opinión de Massimo Severo GIANNINI, al que no se puede tildar de falta de ponderación. Vid. *Stato Sociale: una nozione inutile*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽³⁸⁾ Como creo haber demostrado en *Estado Social*, cit.

derivada de su fragilidad fiscal, como tendremos ocasión de ver. Fragilidad que degrada las posibilidades de este « tiempo de los derechos », lo que no deja de ser oportuna y agudamente denunciado por Vettori.

5. *Contrato y derechos en la posmodernidad.*

Con independencia de que se comparta en toda su extensión la idea de posmodernidad en lo jurídico, hay que convenir que un « tiempo de los derechos » como el que parece en curso, pese a la intrínseca debilidad (creo) de los instrumentos del Estado Social, y la incertidumbre del momento histórico, es bien cierto que se caracteriza, como muestra Vettori, por la emergencia de la regla moral y del ideal de justicia contractual, en una perspectiva en que los Códigos son inútiles, y la respuesta de las leyes especiales es confusa y aluvional ⁽³⁹⁾, con lo que dicha respuesta se traslada a la jurisprudencia.

De lo que no cabe duda es que el reto, la finalidad primaria de las instituciones nacionales y comunitarias, es la cohesión social (pp. 116-118), para el logro de la cual el autor traza un preciso programa de recuerdos y olvidos del pasado, en el cual asume un papel esencial la recuperación de la verdad ⁽⁴⁰⁾, que vaya más allá del positivismo jurídico. De esa forma los principios encarnados en los derechos fundamentales pertenecen al Derecho y a la moral, y aunque sujetos a los modos, a los procedimientos y a los vínculos de la argumentación jurídica ⁽⁴¹⁾, huyen de una justicia puramente procedimental. De esta manera se obra un repensamiento y adecuación de los remedios que conjuga igualdad y singularidad (p. 127), « *con uno sforzo di aggiustamento che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che deve spingersi*

⁽³⁹⁾ Idea que creo ha de ser matizada, en la medida en que es subsidiaria de la idea de descodificación., de la que creo discutible la dimensión que se le atribuye habitualmente. Remito a mis notas *Constitución, Codificación y Leyes especiales*, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de profesores de Derecho Civil, II, 1990, y ahora también en *Derecho Civil Constitucional*, cit.

⁽⁴⁰⁾ La moda del tiempo, y bien reciente, es hablar de la era de la posverdad. *Post-truth* ha sido declarada por el *Oxford English Dictionary* la palabra internacional del año 2016. Por otra parte, posverdad será tal vez un término nuevo, pero el fenómeno que designa es viejo, viejísimo: la conversión del espacio público en un reino dominado por el arte de la mentira. Lo único novedoso son los nuevos instrumentos de ese arte: medios de comunicación de masas, técnicas de marketing, redes sociales. Interesantes consideraciones, pegadas a la realidad política del momento, en el artículo *Post-truth politics. Art of the lie*, publicado en « *The Economist* » el 20 de septiembre de 2016.

⁽⁴¹⁾ En el decir de Luigi MENGONI, citado por VETTORI, p. 122.

sempre alla ricerca di 'ancora di più e ancora oltre' nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto», en bellas palabras (ibidem).

Este programa del « tiempo de los derechos » (pp. 128-130), se tiene que desarrollar en una situación de crisis (que involucra los fundamentos de nuestra propia convivencia y problemas abiertos en la centuria precedente, y que aboca al repensamiento del fundamento de los derechos en una forma democrática, de su contenido, de los sujetos llamados a decidir, de las técnicas de aplicación de aquellos, p. 131). crisis que no consiente una mirada a corto plazo. El propio Vettori es quien nos pone de manifiesto con lucidez un fenómeno ciertamente insidioso, cuando denuncia que el contenido de los derechos viene profundamente comprometido desde el instante en que las fases favorables y adversas del ciclo económico han provocado que el equilibrio presupuestario y las limitaciones al gasto público entren como principios ordenadores en los Tratados europeos y en la Constituciones nacionales. Con toda razón Vettori nos dice: « *Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perche tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose, Dall'idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono le esigenze della sicurezza e dell'economia, alla convinzione, mai sopita che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto* » (p. 133).

Tal posición merece fuertes replicas, y las ha tenido, como no era menos de esperar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero, también como no era menos de esperar, la actitud ha sido mucho más renuente por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales ⁽⁴²⁾. Frente a ello Vettori propone una valoración sistemática de los dere-

(42) En el caso español, no disponemos, que yo conozca, de ninguna sentencia del Tribunal Constitucional sobre una situación jurídica individualizada sobre la influencia negativa en ella de los recortes en el gasto público. Además las competencias para la prestación de los derechos sociales (educación, sanidad, servicios sociales) son propias de las Comunidades Autónomas. Como el vehículo normativo utilizado por el Gobierno, en plena época de despotismo parlamentario, es el Decreto Ley, los casos más significativos se han sustanciado en recursos de inconstitucionalidad contra dichos Decretos-Leyes, acusando falta de urgencia o necesidad, invasión de competencias autonómicas, y como consecuencia vulneración de derechos de carácter prestacional, los llamados « derechos fundamentales de tercera generación ». El Tribunal, no por unanimidad, muestra una total sumisión a la existencia de una situación excepcional en lo económico, y aunque no califica las normas constitucionales sobre el derecho a la salud o a la educación como normas puramente programáticas, afirma que ello no empece a la potestad de configuración legal de las mismas. Mucho (y muy poco bueno) se podría decir de estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC de 18 de febrero y

chos en la Unión Europea que conjugue Carta de los Derechos Humanos, Carta de los Derechos Fundamentales, y Constituciones nacionales, que los pondere a la luz de los principios de igualdad y solidaridad, y que permita huir de la lógica del mercado, configurar un verdadero « derecho a la existencia », en lucha contra la pobreza, y con base en el principio de la dignidad de la persona (pp. 177-142). Ello supone sin duda una relación distinta entre legisladores y jueces, y nuevas técnicas de aplicación con un nuevo diálogo entre los tribunales domésticos y los internacionales (pp. 142-146). En suma, un *diverso modo di osservare il bello ed il giusto*, en la búsqueda del equilibrio y proporción, lo que solo se puede lograr en contraste con los hechos (pp. 147-148).

Nadie, con la dignidad ética del jurista, podría discutir este programa. No obstante, y el propio Vettori es tantas veces consciente en su libro, nuestra tarea como científicos no consiente no ajustar las cuentas con la realidad. Y en este terreno, más allá de los casos concretos, subyace un problema estructural importante del Derecho de la Unión, derivado de la afirmación, repetida en los Tratados y en las decisiones del Tribunal de Justicia, de la necesidad de respeto a las tradiciones jurídicas nacionales, y en especial a las constitucionales (43).

Sin posibilidades de ahondar sobre el precitado problema en un trabajo como este, hay que dejar constancia que la afirmación sistemática del estándar nacional de protección de los derechos fundamentales enturbia claramente la posibilidad de que el Derecho Europeo sea un camino que facilite instrumentos poderosos para una cultura de los derechos, con el dato añadido de que tras las últimas ampliaciones de la UE, es dudoso que algunos nuevos miembros tengan textos constitucionales homologables con los del Estado Social. Este dato, añadido al repliegue nacionalista que implican los nuevos movimientos políticos populistas, ya triunfadores en Gran Bretaña y USA, propician un método de actuación de los Tribunales nacionales ante el Derecho de la Unión como el que marcó en su día el *Bundesverfassungsgericht* en las notorias sentencias « Solange » (44). Cierto es también que, *de facto* (y

21 de junio de 2016), pero la tendencia a considerar inactuables derechos por razones económicas y presupuestarias es clara.

(43) Sobre el punto nos informa Silvio GAMBINO, *La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los derechos del hombre*, en « Revista de Derecho Constitucional Europeo », 2007 (www.ugr.es/REDC8).

(44) Como es sabido, la subordinación del Derecho propio al Derecho de la Unión, y por ende a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es aceptada sin reticencias, cuando se trata de la crítica de la legalidad de un Estado miembro. En cambio, existe una convicción bastante generalizada de que no puede la jurisprudencia del Tribunal de la

puede que sea incluso el caso alemán) no haya grandes diferencias en el núcleo central de la garantía de los derechos, tal como la conciben los más importantes ordenamientos nacionales europeos. Ese fue precisamente el parecer del Tribunal Constitucional ⁽⁴⁵⁾ y del Consejo de Estado ⁽⁴⁶⁾ españoles que reservaban una opinión eventualmente contraria al Derecho de la Unión, y es claro que en un ambiente que propicie la restricción de los derechos, dicha reserva puede desvirtuar la genérica afirmación de compatibilidad.

6. *El contrato justo en el orden constitucional europeo.*

Culmina el riquísimo trayecto recorrido por Vettori con una aguda disección de la cuestión del contrato justo. Es claro que en un « tiempo de los derechos » no se puede sostener « *qui dit contractuel, dit juste* » ⁽⁴⁷⁾. A partir de ahí desgrana el autor toda una serie de técnicas (reducción de la cláusula penal excesiva, relevancia del abuso del derecho, la buena fe en sentido objetivo en la búsqueda del reequilibrio contractual), basadas fundamentalmente en la potencia de los principios constitucionales para disciplinar el contrato, todo ello articulado en el ya conocido juego entre principios y derechos (pp. 150-153), a lo que añade la íntima conexión entre proceso y tutela sustancial, ambos inspirados por un principio de justicia contractual, que entre otras cosas

Comunidad desempeñar tal primacía cuando se trate de enjuiciar el nivel o estándar nacional de protección de los derechos fundamentales. Esta ha sido la posición final que ha adoptado el Tribunal Constitucional alemán, tras una tortuosa deriva en las llamadas sentencias *Solange* (« *en la medida que* »). Ténganse en cuenta además que la subordinación del Derecho propio al Derecho de la Unión, y por ende a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es aceptada sin reticencias, cuando se trata de la crítica de la legalidad de un Estado miembro. En cambio, existe una convicción bastante generalizada de que no puede la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad desempeñar tal primacía cuando se trate de enjuiciar el nivel o estándar nacional de protección de los derechos fundamentales. Esta ha sido la posición final que ha adoptado el Tribunal Constitucional alemán, tras una tortuosa deriva en las llamadas sentencias *Solange* (*en la medida que*: *Solange I*, de 29 de mayo de 1974; *Solange II*, de 29 de octubre de 1986; *Solange III*, de 12 de octubre de 1993), en especial en la sentencia *Solange III*, relativa al tratado de Maastricht.

⁽⁴⁵⁾ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, para la fallida Constitución para Europa, cuya « parte dogmática » (en la vieja terminología) coincide en gran medida con la Carta de los Derechos Fundamentales.

⁽⁴⁶⁾ Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 2004, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁽⁴⁷⁾ El célebre refrán de Alfred Fouillée.

porta a un uso generoso de los poderes por parte del juez en la apreciación de oficio de la nulidad (pp. 153-157).

Todo el anterior bagaje queda al servicio de una idea de justicia contractual que no puede reducirse únicamente al contratante débil, sino en la aplicación de « *principi, diritti e clausole generali che diversificano le posizioni giuridiche dei privati e inducono a percepire le differenze e la fonte generatrice delle diseguaglianze. Tutto ciò in base ad una tecnica argomentativa nuova e rigorosa* » (p. 161) Argumentación jurídica rigurosa presidida por el principio de razonabilidad, una visión de los hechos desde el ángulo de los valores, con plena conciencia de la pluralidad de fuentes y de los vínculos que impone a sí misma aquella argumentación, además de un cuidadoso usos de las nuevas técnicas propias del Derecho comunitario (pp. 167-173). Este arsenal debe conducir a un proceso justo, donde resplandezca la efectividad de los remedios (pp. 161-166).

En coincidencia sustancial con las tesis del autor, me permito añadir alguna observación.

A mi modo de ver, el rehúse de la valoración de la injusticia del contrato como acto y de su reequilibrio en el curso de la vida de la relación obligatoria surgida del mismo, no es tan ajeno a los Códigos como la opinión consolidada nos quiere hacer ver. Sucede lo mismo que con la propiedad, a la que la opinión dominante quiere ver en su coronación codificada como libre de todo límite. Es cierto que la antipatía a los gravámenes del dominio late en los Códigos, pero ello no ha significado nunca que los límites al mismo no fueran numerosos, incluso en la época protoliberal, y algunas veces con normas jurídicas de modesto rango, como una ordenanza municipal.

No ignorando esta enseñanza de la historia, a la hora de valorar la indiferencia de los Códigos a la injusticia contractual habría que no olvidar algunas cosas importantes: no solo la existencia en muchos de ellos de la rescisión por lesión, sino (y puestos que estamos de acuerdo con que en estas incumbencias el momento decisivo es el de la aplicación-interpretación judicial) los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, la posibilidad de desistimiento *ad nutum* en las relaciones llamadas de duración y el poder de la buena fe como fuente de la reglamentación contractual. Que la jurisprudencia haya primado un obsequio absoluto y en todo tiempo del principio *pacta sunt servanda* no se corresponde a la realidad.

Se dice esto para calibrar la dimensión histórica de la « forma Código », en cuya mochila no cabe incluir todos los pecados del positivismo legalista, aunque desde luego ello no implica olvidar que le fueron ajenas cuestiones tales como la *hardship*, y la posibilidad de renegociar el reequilibrio contractual, auténticos *trending topics* del nuevo Derecho de Contratos, por cierto no nacido al calor de los

derechos fundamentales, sino de la *lex mercatoria* (48). Este último extremo nos debería hacer meditar sobre el verdadero alcance en profundidad del *ius novum* que está a las puertas, pues no tiene siempre un aliento superador de la desigualdad ni propiciador de la solidaridad.

Que los principios constitucionales han penetrado cada vez más en la disciplina contractual es innegable. No lo es tanto que el papel decisivo haya sido de los jueces, sino de la interposición legislativa (defensa del consumidor, regulación de las condiciones generales) y pensando casi siempre en la figura del contratante débil, aunque esa legislación ha propiciado una evolución de su alcance, con el objetivo de la superior tutela de situaciones subjetivas diferenciadas, como, por ejemplo, derivan de la actuación de las políticas de género.

En un terreno más general, en relación con la eficacia sobre el contrato de los principios constitucionales (en sí mismos considerados) señala con precisa exactitud Vettori que existen tres orientaciones: la negación de la relevancia constitucional del contrato, la que afirma la misma como aspecto decisivo de la persona y su libertad, y la que predica su conexión con la libertad de empresa (p. 52). La demostración del autor de la inexactitud de la supuesta irrelevancia constitucional es certera (49), así como lo es que, partiendo de la relevancia, se trata de un problema interpretativo y sistemático. Problema interpretativo y sistemático que implica una tarea de ponderación, pues los principios constitucionales sobre la materia, aisladamente considerados, tienen un grado importante de contradicción (50), si bien no sea absoluta. La necesidad de proceder a estos equilibrios es puesta de manifiesto por el autor desde el mismo principio de su obra y la atraviesa enteramente (51).

(48) *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (2010): artículos 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3.

(49) Como sucede, por otra parte, señala VETTORI, con « *tutti gli altri istituti del vivere civile (persona, famiglia, gruppi intermedi, proprietà, contratto, testamento)* », p. 52.

(50) Como creo haber puesto de relieve en *La disciplina constitucional del contrato: consideraciones de principio*, en *Derecho Civil Constitucional*, cit.

(51) Y por ello, en la polémica (de la que antes nos hemos hecho eco) sobre si los principios constitucionales pueden ser siempre objeto de ponderación (la conocida posición de Robert Alexy) o no pueden serlo (la tesis contraria de Luigi Ferrajoli) creo que no cabe más que estar de acuerdo con la conclusión del primero. La cuestión no permite aquí mayores profundizaciones.

7. *Apuntes marginales. Uno sguardo spagnolo: el papel predominante de los jueces y la amplitud de los medios de interpretación. Necesidad de redefinir el papel de los jueces. Positivismo y posmodernidad: algunas dudas.*

Permítaseme terminar con unos apuntes marginales, en sentido estricto, es decir, breves y en el margen del discurso principal, del espléndido discurso de Vettori.

El primero ya se ha apuntado en algún momento. Con independencia de que la magistral aportación de Grossi sobre el absolutismo jurídico ⁽⁵²⁾ ha sido determinante para la recuperación de una teoría más acorde con los tiempos en materia de fuentes del Derecho, lo que ha tenido como resultado positivo la recuperación de la verdadera tradición civilística, que no es la de la Ley, sino de la autonomía de la voluntad y el nuevo papel de la jurisprudencia, hay que poner de relieve que *uno sguardo spagnolo*, el propio de la historia de este extraño país llamado España, tal vez conduciría a conclusiones algo más matizadas, sobre todo porque su modernidad jurídica ha sido gobernada por los jueces. Desde la instauración del Tribunal Supremo en las Cortes de Cádiz, y dado la tardío del Código, y la pobreza y poca influencia (con excepciones) de la doctrina, unidas a la aparición tardía del deber de motivación de las sentencias, y a la singularidad de que la casación puede estar fundada en el quebrantamiento de la doctrina sentada por aquel Tribunal en más de un pronunciamiento, son circunstancias que configuran un ordenamiento donde los jueces tienen un papel predominante ⁽⁵³⁾. Autor hay de gran autoridad que adscriben a España al área del *stare decisis* ⁽⁵⁴⁾, sin duda con algo de exageración, pero desde luego demostrativo de la singularidad ⁽⁵⁵⁾.

El segundo, y en buena medida secuencial a la anterior, es que la amplitud ⁽⁵⁶⁾ de los métodos de interpretación — aplicación en España

⁽⁵²⁾ *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1995, colección de sus ensayos sobre el tema.

⁽⁵³⁾ Interesantísima visión sobre el trayecto histórico que lleva a la *doctrina legal* y a la configuración de la casación, en un siglo sin sólidas referencias jurídicas, la de Marta LORENTE, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código (1808-1889)*, en estos «Quaderni fiorentini», 40 (2011).

⁽⁵⁴⁾ *Atlante di diritto privato comparato*, al cuidado de Francesco Galgano, 2011⁵.

⁽⁵⁵⁾ Como tal la veía HERZOG en *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, en *Études de droit privé espagnol de l'Institut de droit comparé de Toulouse*, 1942.

⁽⁵⁶⁾ A destacar la presencia de la interpretación sociológica, evolutiva o actualizadora. Sobre ella, remito a José María PABON ACUÑA, *La interpretación según «la realidad social» del artículo 3 del Código civil*, Valencia, Revista General de Derecho,

(acuñados por la jurisprudencia, consagrados en el Código, en especial tras la reforma de su Título Preliminar en 1975), la consagración de los principios generales del Derecho más allá del ordenamiento estatal⁽⁵⁷⁾, el poderoso papel atribuido a la buena fe y al abuso del derecho, la reducción de oficio de la cláusula penal, la gran extensión dada al principio del enriquecimiento injusto (*rectius*: sin causa), son partes de un arsenal que nos induce a tener por nuestra y casi presupuesta la técnica remedial.

Un tercero es que mi convicción de que la tarea príncipe del Derecho Civil del siglo XXI es ahondar en la tutela civil de los derechos fundamentales⁽⁵⁸⁾, pero que ello no implica la desaparición de la función conformadora del Estado Social, con los mecanismos que le son propios, y cuya potencia no está ligada a los instrumentos de Derecho privado, que siempre serán demasiado débiles para lograr una igualdad sustancial⁽⁵⁹⁾. Y en ese progreso, no cabe la menor duda del nuevo papel de la jurisprudencia, si bien que su aportación será insuficiente, aun en su versión más creativa, si el legislador no hace sus deberes constitucionalmente exigibles (pp. 109-114). Y en este horizonte el problema no es lo que la jurisprudencia haga sino hasta dónde puede hacerlo⁽⁶⁰⁾.

Toda la obra está atravesada por la idea del rechazo al positivismo legalista y la consciencia de un cambio trascendental para el Derecho por su necesaria inserción en la posmodernidad.

Desde luego que la visión positivista formalista, el legalismo que se cierra sobre sí mismo han de ser rechazados, aunque este último no tiene tantos fueros en la provincia europea llamada España. Ahora bien, a mi modo de ver queda abierta la cuestión de si el positivismo

1999, y a una revisión efectuada por mí en un caso singular *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*, en «Derecho privado y Constitución», 2013. Últimamente, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La interpretación evolutiva de la Constitución en Derecho privado (Más allá de la Constitución, pero por la propia Constitución)*, en «Revista general de legislación y jurisprudencia», 2015.

⁽⁵⁷⁾ En derecho español no cabría hacer una acusación igual que la que lanza Paolo GROSSI al artículo 12 de las *Preleggi*, cuando lo llama con toda razón *asfittico* (*Ancora sull'assolutismo giuridico*, en *Assolutismo e diritto privato*, cit.).

⁽⁵⁸⁾ Convicción manifestada en *De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación. ¿Una codificación para Europa?*, en *Derecho Civil Constitucional*, cit.

⁽⁵⁹⁾ *Estado Social*, cit.

⁽⁶⁰⁾ Significativamente es el planteamiento de CAPPELLETTI, defensor enérgico de la creación judicial del Derecho, *Giudici legislativi?*, cit.

formalista legalista es el único pensable, y que no existan formulaciones del mismo que no respondan a valores éticos estimables, incluso más consecuentes con los valores constitucionales y democráticos que los de algunas teorías críticas respecto del propio positivismo ⁽⁶¹⁾.

Por otro lado la idea de posmodernidad solo acepta definiciones negativas ⁽⁶²⁾, que giran siempre en torno al fracaso o no vigencia del legado de la Ilustración, y su incapacidad para hacer frente a una sociedad mucho más compleja, con el resultado de arrojarnos a una edad de la incertidumbre y al relativismo de valores que antes se pensaban sólidamente anclados. Ningún rasgo anterior parece discutible y así ha sido descrito con autoridad para el mundo del Derecho ⁽⁶³⁾. Con todo, y ciñéndonos sólo a él, los tiempos recientes no dejan de suscitar alguna perplejidad, de la que aportamos una (no por cierto la única) que brota del hecho de que el legislador civil de la posmodernidad sigue codificando, que aspira a que la « forma Código » siga siendo un eje central del Ordenamiento, como demuestran las reformas de los dos grandes paradigmas, el *BGB* y el *Code*. Bien me doy cuenta de que esta breve constatación es solo morfológica, pero no deja de suscitar la pregunta de si codificar es un modo superado de legislar ⁽⁶⁴⁾, y lleva a cuestionarnos si tal vez el mundo de la modernidad no era tan lineal y simple como ahora parece, y a él no era ajena la conciencia de una complejidad que los Códigos solo podían guiar desde el punto de vista de los principios, pero cuyas soluciones se encontra-

⁽⁶¹⁾ Remitimos a Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

⁽⁶²⁾ Nada más lejos de mi intención y posibilidades, y desde luego fuera de lugar en este momento, que articular un debate (aunque fuera muy limitado) sobre el concepto de posmodernidad; de todos modos existe, creo, un cierto consenso mínimo en que su base es una revisión crítica y negativa de la Modernidad Ilustrada y que partir de ahí, las consecuencias que se extraen de la crítica, y la identificación de las formas de la posmodernidad son variadísimas. Excelente visión de conjunto la de Gary AYLESWORTH, *Postmodernism*, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005. Ahora bien, y por lo que a nosotros ahora interesa, se puede aceptar como la designación de un concreto tiempo histórico, como hace Paolo GROSSI en el ensayo citado en nota siguiente, con indicación expresa por su parte. La evidencia de ese nuevo (al menos parcialmente, pero muy significativamente, y ahora expreso mi opinión) tiempo del Derecho en relación con la Modernidad nos libera, pienso, a los juristas de un debate general sobre la idea de posmodernidad.

⁽⁶³⁾ Paolo GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, recogido en ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁽⁶⁴⁾ Es la que formula desde su altísima autoridad Rodolfo SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, en « Rivista di diritto civile », 1983.

ban *aliunde*, muchas veces en una miríada normativa, no sustituidas por la sofocante ley ⁽⁶⁵⁾.

8. *Conclusión.*

El libro, el gran mosaico construido por Vettori con las armas excelentes de la Ciencia y el hábito de un gran compromiso cívico, se lee e incita a la relectura (como sabemos, es un escalón superior al que pocos libros acceden) y siempre nos dice cosas nuevas, nos sugiere ideas, nos estimula como juristas europeos, lo que es de agradecer en estos tiempos de tan sombríos tintes. Está destinado a ser una brújula inexcusable (se concuerde o no con el pensamiento del autor) en mitad de la tormenta, donde, cada vez más, las olas pasan de ser mar arbolada a mar confusa. Late en él una severa pero esperanzada mirada al tiempo, y nos llama a la única lucha propia de nuestro oficio: *per armis iustitiae a dextris et a sinistris*.

⁽⁶⁵⁾ Este era, desde luego, el caso de la propiedad, como creo haber puesto de manifiesto en *El derecho de propiedad. Una relectio*, en « Anuario de Derecho Civil », 1993, siguiendo la estela de las sugerencias de un esencial ensayo de Paolo GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, en estos « Quaderni fiorentini », 5-6 (1978).

FRANCESCO MIGLIORINO

STORIE D'ARTE E DI CARTE:
LA TAVOLA MESSICANA DELLA « VIRGEN DEL CARMEN »
DI UN MERCANTE E LA BIBLIOTECA DI UN CODIFICATORE
DELL'ETÀ LIBERALE

(A proposito di Carlos Petit, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016)

1. Backstage. — 2. Le parole e le cose: semantica e dintorni. — 3. Da Manuel Rivero a Pedro Sainz de Andino: una controversa transizione.

1. *Backstage*.

Vorrei provare a leggere il bel libro di Carlos Petit a cominciare dallo sguardo cinematografico dell'Autore e dalla sua capacità di raccontare la Storia e le storie con una tecnica narrativa che si iscrive degnamente nei territori della letteratura. Non ci meraviglia: per dirla con Walter Ullmann, il diritto è la più mirabile forma letteraria della società. C'è di più: Petit scrive ispirandosi al suo autore prediletto, Jorge Luis Borges.

« Smoke », un film del 1995 ⁽¹⁾, è un'opera sulla narrazione che — per la mia personale esperienza di lettore — ha molto a che vedere con un libro dal titolo solenne (fin troppo solenne) di « Historia del derecho mercantil ». Nasce dalla proposta del regista Wayne Wang a Paul Auster di costruire una trama in cui un breve racconto pubblicato dal celebre scrittore newyorkese meritava di stare come un film dentro il film da produrre assieme, dalla sceneggiatura alle riprese e al montaggio: l'affresco di una città in cui « si frequentano ogni giorno tante persone che non si conoscono affatto » ⁽²⁾. Lo scritto di Auster che

⁽¹⁾ *Smoke* [USA/Germania 1995]. Regia: Wayne Wang. Cast: Harvey Keitel, William Hurt, Harold Perrineau, Forest Whitaker, Stockard Channing, Ashley Judd. Sceneggiatura: Paul Auster. Fotografia: Adam Holender. Musiche: Rachel Portman.

⁽²⁾ Cfr. P. AUSTER, *Smoke & Blue in the Face*, trad. ital., Torino, Einaudi, 1995, p. 3.

tanto aveva impressionato Wang, apparso nel 1990 sul « New York Times » col titolo « Auggie Wren's Christmas Story », è la storia di un'amicizia tra uno scrittore in crisi d'ispirazione e un tabaccaio con l'hobby della fotografia.

Un editor del « New York Times » chiede a Paul (l'alias di Auster) di scrivere « una novella da pubblicare sul quotidiano di Natale ». Il suo primo impulso era di declinare l'offerta. Ma si sa, dinanzi a una persona affabile e insistente si fa fatica a dire di no. Un racconto su commissione era il peggio che potesse capitare a uno come lui. Il solo termine « novella di Natale » gli suonava stonato con il suo carico di « effusioni di sentimentalismo ipocrita e sdolcinato ».

La tabaccheria di Auggie (nel cuore di Brooklyn), dove lo scrittore andava ogni giorno a comprare i suoi sigari preferiti, si rivelò la sua ispirazione, ma anche l'unica via d'uscita per far fronte all'offerta del prestigioso foglio. Fu così che prese a prestito dal fantasioso Auggie una magnifica storia che, a dire dell'amico, era « vera da cima fondo ».

Lasciamo da canto la storia, che chiunque voglia può leggere ⁽³⁾ o vedere nella sua versione cinematografica ⁽⁴⁾. Qui interessa la stravagante passione di Auggie per la fotografia, il quale teneva nel retro della sua tabaccheria una considerevole collezione di lastre, dodici album identici. Il lavoro di una vita: cinque minuti al giorno (« ogni santo giorno degli ultimi dodici anni »). All'angolo fra Atlantic Avenue e Clinton Street, alle sette in punto del mattino, scatti sempre della stessa scena.

Quando mostra a Paul il suo straordinario repertorio di fotografie, il distratto e annoiato scrittore non sapeva cosa pensare. Aveva l'impressione che fosse la cosa più strana e sorprendente che avesse mai visto: « tutte le foto erano uguali », una sorta di « mattone monotono e ripetitivo ».

Vai troppo svelto, lo ammonisce Auggie: « Se non rallenti non riuscirai mai a capire ».

Aveva ragione, pensò poco dopo Paul: « Se non ci diamo il tempo di osservare non riusciamo a vedere nulla. Allora ho preso un altro album e mi sono sforzato di stare più attento ai dettagli, di notare i cambiamenti del tempo, di osservare la diversa angolazione della luce col passare delle stagioni. Infine sono riuscito a cogliere la sequenza dei giorni [...]. Poi a poco a poco ho cominciato a riconoscere la gente che si vedeva in secondo piano ».

⁽³⁾ In coda ad altri racconti, in P. AUSTER, *Esperimento di verità*, trad. ital., Torino, Einaudi, 2005, pp. 85-94, cui si rinvia anche per le citazioni che appaiono in questo testo.

⁽⁴⁾ Sulla lunga gestazione del film, che è uno stralunato inno d'amore a Brooklyn e all'arte della narrazione, cfr. AUSTER, *Smoke & Blue in the Face*, cit.

In realtà, Auggie « fotografava il tempo, sia il tempo naturale che quello umano ». Si spingeva al punto di citare a mente Shakespeare: « Domani e domani e domani il tempo scorre a piccoli passi ». Insomma, sapeva bene quel che stava facendo ogni mattina alle sette in quell'angolo di strada di fronte alla tabaccheria.

Paul Auster che legge Carlos Petit. Il « derecho mercantil » come un interminabile album fotografico di una storia avvincente di uomini e di donne « catturati » non solo in vicende memorabili, ma anche nelle loro oscure esistenze. Mai « in secondo piano ». Una folla stracolma di personaggi che vengono alla vita nelle molteplici trame del nostro libro: culture e istituzioni, scrupoli morali e credenze religiose, famiglie e compagnie, *amistad* e *gracia*, *letrados* e libertini, cambi e girate, banchi e regnanti.

Fino al tramonto di una tradizione in cui il giuridico era stato ancora parte di una rete interconnessa di ordini normativi diversi. Un passaggio storico cruciale, che è davvero « el meollo de este libro » (p. 35): dall'antico *ius mercatorum* a una nuova cultura — una nuova episteme — che, « con su correspondiente experiencia normativa », mirò decisa alla « reducción de los diversos órdenes que regularon el tráfico al único orden burgués: el ordenamiento jurídico del Estado » (p. 35).

Per restare dunque alla metafora degli scatti di Auggie, il libro di Carlos Petit chiede un lettore colto, ovvio!, ma che sappia anche « rallentare » per cogliere i dettagli, i cambiamenti del tempo, le diverse angolazioni della luce. In ciò ha proprio ragione Manuel Olivencia Ruiz, là dove scrive — introducendo il lavoro — « No es tampoco una historia lineal del Derecho mercantil, en el sentido de sucesión continua de hechos, sino una descripción de hitos, de señales que marcan a lo largo del tiempo un proceso, desde el origen de esta rama del Derecho a los grandes cambios operados en su evolución » (p. 13). Alla maniera di Walter Benjamin, si potrebbe dire che resterebbe deluso (e disorientato) quel lettore che pretendesse dall'Autore di far scorrere tra le sue mani i fatti storici quasi fossero le perline di un rosario ⁽⁵⁾.

2. *Le parole e le cose: semantica e dintorni.*

Per Carlos Petit il campo semantico « Derecho mercantil » non è un oggetto determinato e classificato una volta per tutte, non è un insieme che prescinde dagli enunciati che lo nominano, né tantomeno è una « sostanza » ontologica che trafigge i tempi storici per darsi a vedere in bella mostra come uguale sempre a se stesso. Non è una

⁽⁵⁾ W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia* (nuova versione annotata), Tesi XVIII.B, a cura di G. Bonola e M. Ranchetti, Torino, Einaudi, 1997, p. 57.

faccenda che riguarda la così detta evoluzione che va dal meno al più. Nonostante il titolo si ispiri ai classici (a partire dalla *Universalgeschichte des Handelsrechts* di Levin Goldschmidt), il nostro libro scava più volentieri in biblioteche e archivi — come sanno fare gli *archeologi* — alla ricerca delle architetture (più o meno nascoste) in cui la muta realtà delle cose e il regime della loro esistenza siano disvelati grazie alle pratiche discorsive che formano gli stessi oggetti di cui parlano ⁽⁶⁾.

Si capisce perciò perché non si vada alla ricerca di una improbabile continuità. Ai nostri giorni si fa un gran parlare di « Lex Mercatoria » con una sospetta simpatia per il medioevo del diritto. Una parola antica si congeda dalla sua storia e, nelle mani dei suoi più ispirati profeti, reclama un nuovo presente. Non ha di mira l'erudizione e i distinguo degli storici, preferisce i vocabolari più creativi degli scienziati sociali. All'orizzonte, il flebile chiarore di un *legal dream*, un fantasma benevolo che, tra mito e realtà, s'aggira per il mondo senza lasciare intravedere i suoi reali contenuti e la sua effettiva portata. Sembra quasi che la fattualità del diritto (non il diritto di Austin o di Kelsen!) si stia affrancando dallo scorbutico e pretenzioso Leviatano. La natura delle cose e il diritto vivente si presentano finalmente senza i fastidi della mera forma del Codice e degli *apices iuris* del *Corpus*. Si potrebbe presagire una rivincita del naturalismo protomedievale sulla forza invasiva dell'assolutismo giuridico. Rispetto all'odierna *lex mercatoria*, la *reductio ad hominem* della ragione borghese sembra naufragare in una nuova, sconfinata radura di fatti. Tra storia e natura « il presente precipita spesso e di buon grado nel passato per riempirsi di un nuovo tempo » ⁽⁷⁾.

E allora: è tanto più condivisibile l'intento del nostro Autore, che non va alla ricerca di un significato implicito e nascosto dei discorsi in cui hanno parlato l'antico *ius mercatorum* e il moderno diritto commerciale. Le formazioni discorsive sono governate da precise regole, non sono segni di qualcos'altro, ma vanno viste nel loro spessore concreto e specifico. Dall'antico « Libre de conexenses de spícies », rimasto manoscritto tra le mura della casa, ai libri *de mercatura* dei secoli XV-XVIII, dai memoriali di impavide traversate oceaniche verso le Indie alle accorate e « amoroze » lettere di grandi *cargadores* a mogli e figli, dalle disavventure di poeti e libertini alle prese con lettere di cambio e girate fino alle più asciutte fonti di codificatori dell'età liberale, il nostro libro prende sul serio quel che si dice e quel di cui si parla.

⁽⁶⁾ Fin troppo espliciti i miei riferimenti a *L'Archéologie du savoir* (Paris, Gallimard, 1966), in cui Michel Foucault persegue una destrutturazione dei sistemi di sapere della modernità.

⁽⁷⁾ Cfr. F. MIGLIORINO, *Diritto Mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 129-136.

A volere usare un termine appropriato per introdurre la trama narrativa del nostro libro, mi piacerebbe scegliere « Topica », nel suo significato di luoghi in cui trovare argomenti per congegnare un discorso persuasivo e ben costruito. Per dirla con un termine oggi fin troppo abusato, lo *Storytelling* del nostro Autore si dipana non in modo lineare e cronologico, mira piuttosto a tematizzare e a problematizzare. Il suo scopo, pienamente condivisibile, è di marcare i tratti permanenti e le discontinuità di un'esperienza (non prevalentemente giuridica) che ha connotato una secolare vicenda storica. Dalla cultura dell'*usus mercatorum* ai moderni codici di commercio.

Per una buona metà del libro — ammette l'Autore — a prevalere è l'interpretazione di fonti già note. Riguardano: la cultura e la struttura del *ius mercatorum*; la storia « sagrada » del commercio che « exhibía la antigüedad de la negociación », fino al punto da impartire « una enseñanza de legitimidad en el ejercicio de esta profesión » che era *necesaria* perché inscritta nell'ordine razionale del Creato (p. 42); la conversione della « religión de los mercaderes » in « devoción y amistad » (p. 55); il ruolo disciplinante (e iniziatico) della scrittura (« tintas, papel, plumas, caligrafía »), con la sua « gimnasia de gestos corporales codificados y la instrucción necesaria para lograr claridad y belleza » (p. 82); l'impensata e frequente apparizione — in un paesaggio prevalentemente « masculino » — di donne che « 'fait la marchandise elle-même sous son nom' o, más frecuentemente, 'une femme veuve d'un Marchand qui continue la marchandise après le décès de son mari' » (p. 80).

Nella scrittura del nostro Autore fa capolino il suo sguardo pittorico, là dove descrive — con Juan Antonio de los Heros — l'« exótico orden mercantil » che si celebrava « amistosamente » a Cadice, nella « calle nueva y plazuela de San Agustín », tra un banchetto festoso o seduti a un tavolo davanti a una fumante tazza di caffè (p. 37). A quel tempo non c'era bisogno di avere una borsa di commercio per negoziare i titoli con senno e prudenza, per rimettere un debito o rinunciare a reclamarlo in sede giudiziaria (p. 368). I mercanti del Seicento si scambiavano volentieri « las noticias del giro, la información sobre el tráfico de letras, las dudas sobre la solvencia y el honor de algún colega » (p. 37). Ancora una volta l'amicizia e i rapporti « amorosi » tra commercianti si ispiravano alla mirabile immagine del gioco degli scacchi, in cui l'equilibrio della società — con le sue differenze e le sue gerarchie — si dava a vedere, tra cielo e terra, animata dai principi della fiducia e dell'onore ⁽⁸⁾ (p. 26 e ss.).

⁽⁸⁾ Jacobo DE CESSOLIS, *Dechado de la vida humana, moralmente sacado del juego del ajedrez*, traduzido agora de nuevo por el licenciado Reyna, Valladolid, Oficina de Francisco Fernández de Córdova, 1549, p. 68 e ss.

E poi: il « Gobierno activo » di monarchi « paterni » e illuminati, che fanno della disciplina domestica degli usi mercantili un paradigma per il conseguimento del bene comune e della felicità dei sudditi. Per questa via, le classiche forme associative dei mercanti, sostenute da forti vincoli familiari, si trovarono a competere con « unas flamantes *instituciones* de Derecho imperativo, por completo diferentes a los tradicionales *contratos* de los mercaderes » (p. 163).

Nel suo « Ensayo económico sobre la moneda-papel », stampato alla fine del secolo XVIII, l'autore José Alonso Ortiz, che è anche il traduttore spagnolo di Adam Smith, scrive che « todo el mundo economico viene a ser un mercado publico de permutación y toda la sociedad como una gran compañía mercantil » ⁽⁹⁾. Una autorappresentazione del potere, pregna di segni iconici e di valori simbolici, cui guarda il nostro Autore sottraendosi volentieri all'asfissiante economismo di chi ha studiato banca e banchieri nella Madrid illuminata.

Sullo sfondo, il groviglio di titoli e di girate che, nei malaugurati casi di dissesto, gettava sul lastrico i più sprovveduti che si avventuravano in malaccorte operazioni cambiarie. Ormai il mercato finanziario non era solo affare dei commercianti, ma raccoglieva una variegata folla di operatori che affidavano i denari ai grandi banchieri e alle compagnie privilegiate volute dal magnanimo *Rex-mercator*: « nobles y mayorazgos sin pérdida de status, menores e incapaces, gentes e instituciones religiosas, cuerpos territoriales [...] y hasta universidades de estudios y academias literarias o científicas » (p. 180). La complessità della permuta di monete nell'Antico Regime richiedeva che si disponesse del sapere commerciale, ma ciò risultò eccessivo quando la lettera di cambio diventò un mezzo di pagamento universale e uno strumento di credito accettato dai più (p. 270).

Capitava che, al di là della Manica, dove era a dir poco disdicevole e poco onorevole saldare i debiti di gioco in moneta sonante, Lorenzo Da Ponte e Giacomo Casanova finissero per pagar lo scotto della loro inesperienza con fughe tanto avventurose quanto rovinose. Poteva pure stupire un viaggiatore continentale che si recava in Inghilterra (vero laboratorio di nuove invenzioni finanziarie) scoprire la facilità con cui si trasmetteva la cambiale: « De esa forma, antes que en la práctica continental, la letra de cambio inglesa había saltado del escritorio del mercader al bolsillo del ciudadano » (p. 284). Certo, qui era più precoce e intensa la trasmissione per girata della cambiale ed era visto, altresì, di buon grado il suo sconto: operazioni ordinarie che

⁽⁹⁾ Cfr. C. PETT, *Repubblica per azioni. Società commerciale e società politica all'epoca classica*, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a cura di Angela De Benedictis e Ivo Mattozzi, Bologna, Clueb, 1994, p. 79.

erano percepite socialmente come proprie di strategie volte a non lasciare ozioso il denaro. Non come segno di una sospetta urgenza di liquidità di avventurieri senza scrupoli. E ancora: l'opinione pubblica *moderna* — descritta magistralmente da Jürgen Habermas — era ormai avvezza ad accettare i titoli di credito come strumento monetario. Faceva capolino, ancora una volta, il principio di buona fede e di fiducia che aveva caratterizzato dal loro nascere gli usi commerciali.

Si può ben capire, allora, che il poeta di Mozart finì per andare in rovina, negoziando senza pensarci due volte, i cattivi titoli di William Taylor, « empresario londinese de la ópera italiana ». Sarebbe però sbagliato considerare gli interventi dei nostri personaggi in favore di uno o di un altro conoscente come atti privi di significato, di cavalieri che capivano appena il valore del denaro. Per Carlo Petit, « en nuestro asunto cambiario encontraron exacta expresión, aún durante el siglo ilustrado, sentimientos muy profundos de solidaridad profesional, viejas formas de *amor* entre comerciantes, si así se quiere ». L'amicizia mercantile e l'etica corporativa, anche in Inghilterra, erano pregne di conseguenze:

La conveniencia de intervenir en las letras ajenas explica [...] los famosos 'términos de gracia y favor' exigidos *ex consuetudine mercatorum* para presentar un efecto al pago o la aceptación; eran pocos días (tres, en el caso de Inglaterra), pero muy necesarios para cursar aviso a los amigos o buscar a toda prisa los contactos que permitieran saldar un débito mal parado (p. 288 e s.).

Un tema, questo, che attraversa il nostro libro, anche là dove dinanzi alla ovvia obiezione che dietro l'*immaginario* (ideologico?) del mercante si celasse una realtà ben più cruda e feroce (« negociantes encallecidos que jamás dieran tregua a sus deudores, ni de ricos egoístas que rehusaren compartir su riqueza »), si potrebbe dire che « la cultura del *ius mercatorum* — ordenada, religiosa, corporativa — aceptó de modo natural la existencia de familias convertidas en sociedades de comercio o el peso de la moral y de la gracia en el ámbito de los contratos, incluidas por supuesto las exigentes obligaciones cambiarias » (p. 56).

Alla fine, con la giusta combinazione di « amistad profesional » e « obligada prudencia », quel che contava davvero era che « la fama financiera de la plaza donde todos trabajaban » fosse sentita come « valor común que convenía mantener » (p. 54). Nel continente come oltremarica: dai tempi risalenti delle compagnie dell'Europa medievale al frenetico traffico cambiario dell'età illuminata.

Infine (Parte IV), l'aurora della modernità e della cultura del codice, quando

el saber comercial mutó en *código*, la disciplina doméstica se hizo *economía*

política y la religión pasó a ser, olvidada su vocación ordenante, simple y llana cuestión de *libertad*: una opción individual (p. 35).

Uno sterminato assortimento di fonti d'archivio, indagato finora per una piccola parte e con approcci poco condivisibili. Il nostro Autore lo maneggia a viso aperto, ne fa l'oggetto della sua «narración», tra i processi costituenti (poco fruttuosi) e la codificazione commerciale, tra la legislazione e la giurisdizione, lungo un percorso — non sempre lineare e chiaro — che, dal 1834 al 1868, vede intensificarsi gli sforzi per aggiornare, con leggi speciali costruite *ad hoc*, un testo normativo che non riusciva a stare al passo con «una società che ormai non era più la sua» (p. 439). Si sa: come amava dire lo storico Nino Tamassia, il diritto nasce «vecchio» e reclama dopo il suo travagliato parto nuove costruzioni e nuove invenzioni.

L'Autore si congeda, alla fine, con uno dei suoi temi preferiti, il percorso formativo nelle facoltà giuridiche dell'età liberale, tra i due codici di commercio, del 1829 e del 1885: una seducente storia intellettuale segnata dal declino delle scuole ancora gestite da *Gremios* e consolati, che è il segno più evidente del declino delle corporazioni, la fine dei loro costumi e dei loro ordini, per non dire dell'obliterazione dei loro valori e delle loro virtù familiari. L'Ordinanza regia del 26 febbraio 1797 — in cui ebbe grande parte Mariano Luis de Urquijo, commerciante di Bilbao prima ancora che ministro — era già storia passata quando il diritto commerciale iniziò a far parte dei corsi universitari.

Nello spazio di pochi anni, il diritto civile, disperso in territori e testi giuridici di remota origine, andò coagulandosi in una disciplina storico-positiva che meritò un insegnamento apposito («Storie e istituzioni di diritto civile della Spagna»), cui si aggiunsero, con una buona dose di sincretismo, gli «Elementi di diritto commerciale e penale». La nuova professione del commercio si avviava a rispondere agli imperativi razionali dettati dallo Stato.

Se le *Instituciones del Derecho mercantil de España* di Ramón Martí de Eixalá e il *Curso de Derecho mercantil* di Pablo González Huebra erano ancora manuali privi di uno sguardo internazionale, fu con Eduardo Soler y Pérez, docente di «disciplina ecclesiastica» a Valencia e professore di Diritto mercantile nella «Escuela de Comercio para Señoras» e nella «Institución Libre de Enseñanza» che il diritto commerciale, attento — come sempre — ai fatti e ai principi di buona fede, cominciò a mettersi in dialogo con le leggi e la dottrina straniera. Il suo *Manual de Derecho Mercantil*, che alla maniera della tradizione medievale si avvantaggiò delle *reportationes* degli allievi più promettenti, aveva un impianto originale: «un plan diferente del seguido usualmente por nuestros tratadistas». Ma anche una propensione a mettere in sistema le diverse materie: «instituciones de tanta importan-

cia como las de crédito hipotecario y agrícola, sociedades de seguros y cooperativas, que por primera vez son incluidas en los libros relativos al Derecho Mercantil » (p. 513 e ss.). Sarà solo dal 1883, con le riforme dei programmi universitari, che il diritto commerciale acquisirà uno statuto pienamente comparatistico.

Ormai, la « plazuela de San Agustín » e i suoi esotici festini erano davvero lontani.

3. *Da Manuel Rivero a Pedro Sainz de Andino: una controversa transizione.*

Le « costumbres comerciales » del *ius mercatorum* — potremmo anche chiamarle *habits* ⁽¹⁰⁾ — fanno fatica a essere ridotte alla nozione-concetto di « diritto consuetudinario ». Reclamano il loro tempo e la loro *alterità*. Al riguardo, si può far valere un formidabile argomento *ex silentio*: i giuristi d'Antico Regime ebbero nei loro confronti una disinvolta noncuranza, al più le relegarono in quella sfera opaca del diritto nato dalla pratica, « en tal sentido *propio* y válido con preferencia, y aun contrario, al *ius commune* doctrinal y al Derecho regio ».

Per taluni storici, quelli almeno che prediligono le scorciatoie e si ostinano a inforcare gli occhiali del presente, « la costumbre suele estar reducida a la condición de fuente jurídica secundaria, como rareza, 'del lugar', o pintoresquismo foral entrañable pero irrelevante ». Per questa via, l'esperienza medievale torna a farsi vedere come *proceso constituyente* « de las libertades y autonomía de los miembros de una profesión, los agregados en un ente corporativo o los pobladores de un núcleo rural » (p. 39). Antiquari, giuristi e sociologi si ostinano, dunque, a ridurre una mentalità e una cultura, stracolma di valori simbolici e segni iconici, a una questione di folklore e di « hábitos populares ». La storia — come accade spesso — non è poi così innocente. I temi e i problemi posti dal nostro Autore non sono questioni meramente filologiche, hanno molto a che vedere con la profonda cesura — consumata lungo un tribolato percorso di mutamenti culturali « que no tuvieron idéntica cronología » — tra il campo semantico del *ius mercatorum* e quello del moderno diritto commerciale (p. 34).

Tornano le stesse domande: ma cos'era questo *ius mercatorum*? Una tradizione consuetudinaria? Un complesso formalizzato di norme? Poteva ancora chiamarsi tale il diritto che veniva dall'autorità pubblica, che accendeva la riflessione dei giuristi, che si imprimeva nelle sentenze dei grandi tribunali? Pare di rivivere la storia che si dipanava — con la

⁽¹⁰⁾ Alla maniera di Pierce, padre del pragmatismo americano: cfr. almeno *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, I, *Principles of Philosophy*, C. Hartshorne and P. Weiss (eds.), Cambridge MA, Harvard University Press, 1931.

metafora della « vecchia città » di Wittgenstein — in un ginepraio di strade vecchie e nuove ⁽¹¹⁾. Eppure, le parole contano. A volte riescono persino a imprigionare i concetti e, come il riflesso di Alice *Attraverso lo specchio* ⁽¹²⁾, rimandano ai nostri occhi un'immagine deformata della realtà.

Per Carlos Petit sarebbe fuorviante imparentare il *ius mercatorum* con il *derecho mercantil* contemporaneo. Un termine è la maldestra traduzione dell'altro, ma ancor più che dalla lingua le due locuzioni sono separate dalla cultura, sicché « se hace posible narrar la historia del primero sin detenerse demasiado en el segundo, pero considero arriesgado proceder en sentido inverso » (p. 33).

L'attuale tempo storico — abituato alla frammentazione dei saperi e geloso della rassicurante idea di codice — ha condannato alla irrilevanza più assoluta una pluralità di sistemi normativi che, viceversa, guidavano e orientavano la vita quotidiana degli uomini d'affari: pensiamo all'economia, intesa nella sua accezione originaria di governo della casa; alla morale cattolica post-tridentina; al sapere mercantile che sapeva esprimere, negli straordinari manuali di mercatura, una impareggiabile capacità di disciplinamento. Pensiamo soprattutto alla religione, nella sua accezione più ampia, di spazio metaforico e *mitico* che, più di ogni altro *discours* aveva una funzione strutturante della società premoderna:

Nadie desconoce que las creencias religiosas dieron sentido a cualquier actividad de relevancia durante el Antiguo Régimen, pero resulta obligado recordar ahora la obiedad porque declina motivos particulares en relación con las empresas mercantiles: según se afirmó con insistencia, no habría otro ejercicio profesional adornado de mayor valor apostólico; ninguna práctica mejor que la negociación para servir a la causa *de propaganda fide* (p. 42 e s.).

Al punto tale che non stupisce come sin dai

tempos antiguos del *ius mercatorum*, la disciplina jurídica de los contratos fuese un capítulo específico dentro de la teología práctica, convirtiéndose el criterio del moralista en fuente principal del régimen contractual (p. 45).

Si tratta, allora, di mostrare come « las realidades materiales y

⁽¹¹⁾ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. ital., Torino, Einaudi, 1983, Parte prima, § 18, p. 17: « Il nostro linguaggio può essere considerato come una vecchia città: un dedalo di stradine e di piazze, di case vecchie e nuove, e di case con parti aggiunte in tempi diversi; e il tutto circondato da una rete di nuovi sobborghi con strade diritte e regolari, e case uniformi ».

⁽¹²⁾ L. CARROLL, *Through the Looking Glass and What Alice Found There*, London, Macmillan and Co., 1871 (datato 1872).

sociales de la vida » non sono semplicemente un riflesso della realtà, né tantomeno una loro specchiata raffigurazione *fotografica*.

In proposito, si fa ricorso a Edward Palmer Thompson che, coi suoi studi, ha dato un originale contributo al rapporto intrinseco tra le realtà materiali e il groviglio di rappresentazioni, sentimenti ed emozioni, che s'incaricano — anonimamente — di dare loro un orizzonte di senso ⁽¹³⁾: « las costumbres hacen cosas: no son formulaciones abstractas de significados, ni búsquedas de los mismos, aunque pueden transmitir significados » (p. 38).

Su *immagini e rappresentazioni*, mi pare utile fare almeno un cenno all'itinerario intellettuale di Antonio Manuel Hespanha, che frequenta da sempre l'*immaginario* della società d'Antico Regime con un'inclinazione non comune a interrogare le fonti senza infingimenti o giri di parole. La sua capacità di costruzione spiazza a tal punto il lettore da impigliarlo in una rete di simboli significanti che, dai lemmi del premoderno a quelli del postmoderno, cambiano continuamente di posto ⁽¹⁴⁾. Il concetto di *immagine* ha una controversa significazione. Tanto più, allora, sarebbe utile attingere anche agli scritti di Clifford Geertz, soprattutto là dove scrive che « la cultura non è un insieme di particolarizzazioni della funzione comunicativa incorporata nel linguaggio, ma è invece il linguaggio che si trasforma in uno dei tanti strumenti dello sforzo generalizzato di ordinare portato avanti dalla cultura come un tutto » ⁽¹⁵⁾.

Il *ius mercatorum* (coi suoi *habits*) e il moderno diritto codificato sono davvero due universi lontani e diversi. Sì, è vero, nel loro lemmario ricorrono in fondo le stesse parole e i medesimi attrezzi (società di commercio, lettere di cambio, banchi e depositi...), ma a mutare è l'orizzonte di mondo che, tra sette e ottocento, si costruì in favore di un nuovo assolutismo proprietario (e giuridico), per vie non lineari e sincroniche, ma in virtù di un precipitato di fattori storici che trovarono posto — al momento giusto — in una nuova e fantasmagorica costellazione storica.

Per capire meglio, basterebbe evocare una parola che, coi suoi

⁽¹³⁾ Cfr. E.P. THOMPSON, *Customs in Common Studies in traditional popular culture*, New York, The New Press, 1993.

⁽¹⁴⁾ Cfr. almeno il recente *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume Editora, 2010.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, trad. ital., Bologna, il Mulino, 1987, p. 146. Da vedere anche Z. BAUMAN, *Cultura come prassi*, trad. ital., Bologna, il Mulino, 1976, che si avvale dei contributi più significativi della teoria dell'informazione e della semiologia per rappresentare la cultura come attività volta alla strutturazione del mondo umano. Per questa via la cultura come prassi, di ispirazione marxiana, si incontra con l'antropologia e la sociologia, in particolare con la corrente ermeneutica.

slittamenti, dà conto dell'inclinazione della cultura premoderna per la sfera dell'affettività, dell'amicizia e dell'onore. Diversamente dalla modernità, che — in una delle sue tante declinazioni — ha preteso (e pretende ancora) di distinguere, nel funzionamento della mente, tra sfera intellettuale ed emotiva.

Ayuntamiento stava a significare nelle *Partidas* « las compañías [...] de dos hombres o de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayudandose los unos con los otros ». Una questione di fedeltà e di reciprocità *amorosa*: « como hermanos ». Il termine era anche usato come « de marido e de muger, fecho con tal entencion de beuir siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro ». Una solida e sacramentale *affectio*, dunque, che — nel mondo degli affari — prendeva a prestito il paradigma maritale (e familiare) per significare la stretta relazione fra i soci di una impresa commerciale: « un sentimento dotato de espesor jurídico, modelado según el amor que unía a los esposos » (p. 173).

È il momento, allora, di rivivere due storie *raccontate* dal nostro Autore, con lo stesso piglio fotografico di Auggie Wren. I personaggi: Manuel Rivero e Pedro Sainz de Andino. Meno di un secolo separa le loro esistenze: quando il primo muore, nel 1780, l'altro non era ancora nato, per pochi anni.

Rivero, dotato di un innato talento commerciale, fu per tutta la sua vita un uomo di mare, un impavido *cargador* che fece la sua fortuna commerciando lungo le rotte oceaniche per le Americhe. Sostenuto da una salda fede religiosa, non si risparmiò mai a elargire aiuti in favore di chiese e opere pie, a soccorrere — con *amistad y honor* — commercianti sul punto di perdere il buon nome o galeoni stranieri impigliati nei fondali cristallini di Lagos a seguito di una rovinosa battaglia ⁽¹⁶⁾. Un commerciante d'Antico Regime che guardava alla « Casa » (vero archetipo della *civitas*) non come una superficie muta e vuota, ma come spazio *vitale* costruito, più che coi mattoni e la calce, grazie all'amore coniugale per la sposa Juana, ai paterni ammonimenti ai figli Cristóbal e José Antonio e alle relazioni di amicizia e « mutua confianza » coi suoi sodali di compagnia. Spende la sua esistenza nella Spagna illuminata, condivide le strategie del « Gobierno activo », ne è in certo modo parte, di sicuro si avvantaggia delle mire imperiali di un paterno monarca che guarda non più solo al « bien común » dei suoi sudditi *hijos*, ma

(16) « Tan liberal asistencia le granjeó a Rivero la postura favorable del embajador de Francia cerca de la corte española en los momentos difíciles de la milagrosa moratoria, pero las actuaciones descritas nos interesan como manifestaciones de la lógica no-económica [...] de una cultura que premiò el intercambio gracioso » (p. 52). Su cui, sono ricordati i fondamentali contributi di Luigi Lombardi Vallauri, Antonio M. Hespanha e Bartolomé Clavero.

soprattutto alla loro « felicidad »: un « progenitor supremo » che donava volentieri il nome di « reales » alle « fábricas » che meritavano « mejor que otras el prestigioso adjetivo por ser dependencias del fisco — no rara vez administración de productos estancados — e instrumento directo de sus proyectos desarrollistas » (p. 169 e s.). Eppure, il suo *imaginario* di valori e di sentimenti era ancora in piena consonanza con quelli di Benedetto Cotrugli, di Gian Domenico Peri, di Jacques Savary e di Gerard Malynes (p. 30 e ss.). Più di quanto non lo fosse con l'« hábito » di codificatori che, di lì a qualche decennio, si sarebbero industrializzati per ridurre (e obliterare) entro le maglie del diritto un patrimonio che, per tanti secoli, era stato orientato dalla coesistenza (e concorrenza) di più dispositivi regolatori e ordinanti.

Carlos Petit in queste pagine fa da *voice-over*, non dismette i panni del narratore, preferisce, più volentieri, far parlare il suo personaggio con le sue stesse parole, anzi con le sue scritture: lettere, dispacci e memoriali (p. 47, nota 33). *Tintas e papel* ci lasciano il ritratto di un uomo di grande tempra, avvezzo ad affrontare i marosi della vita, che non rimuove, però, il bisogno di dire ai suoi la fragilità e i dubbi che lo stordivano, usa a volte toni di autentica commozione. Come quando, aspettando con apprensione le sue navi cariche di mercanzie, scrive alla moglie in lacrime:

te aseguro por nuestra Madre y Señora la Santísima Virgen, [que] no me pude contener, hecho un mar de lágrimas; me cogió solo en el almacén alto, donde me pude desahogar dándole infinitas gracias a Dios. Como media hora después de la oración, fue que entró la fragata. Hija, estas cosas, como de fe, debemos creer, que la mano de Dios las mueve todas (p. 48).

I suoi insistiti riferimenti alla sfera del sacro e del « milagroso » non sono stravaganti né tanto meno inconsueti, ricorrono di frequente nei diari e nelle memorie dei grandi « hombres de negocios » del Seicento. Come è il caso di quel Juan Munurga, che nei ricordi dell'amico Raymundo de Lantery, ispirò sempre la sua travagliata esistenza a « honra-honor » e, soprattutto, al « componente religioso ». Juan avrebbe preferito essere povero, ma Dio aveva già deciso che non lo fosse, perché « de lo que ganaba cada año, hacía tres partes: la una para el gasto cotidiano de la casa, otra para los pobres y conventos de Cádiz y la otra para los conventos de pobres de fuera del lugar » (p. 46).

Alla maniera del nostro Manuel Rivero che, oppresso da smisurati debiti e in attesa di una moratoria regia che tardava a venire, raccomandava al figlio Juan Gerónimo di disporre « misa cantada al Sr. San José y una limosna de comida y pan a nuestros queridos los pobres abundantes », perché — si sa — quelli che dicono che Dio dà cento per uno mentono, « que no tiene número loque da Dios » (p. 47).

Il valore della *amistad* tra commercianti faceva della « casa de comercio » una *ganzes Haus*, al punto tale che « los amigos mercantiles

de los Rivero tenían que ser tan grandes como podía serlo su casa » (p. 59). I vincoli « amorosi » si inscrivevano, dunque, pienamente nel fondamento naturale del « marco religioso ». Si può capire come la *pietas* del mercante onubense si trasmettesse ai figli come « una de las enseñanzas capitales en la formación práctica para el comercio ». Come quando scrive al figlio José Antonio per rammentargli che oltre a « cumplir con Dios y el mayor adelantamiento de vuestro crédito », lo avrebbe reso felice sapere del vantaggio per gli amici « del tamaño de esta casa, que es la más fuerte y que más crecidos riesgos hace a la América » (p. 48).

Ai tempi del suo apprendistato nelle Indie, Rivero spese i suoi primi guadagni per acquistare una tavola messicana della Vergine del Carmelo, opera di modesta fattura. L'effigie della « Virgen marinera » lo accompagnò per tutta la vita. Una sorta di divinità domestica, che, col suo valore taumaturgico, si dava a vedere nei momenti più ardui e sfortunati. Con le parole di un antico canonista medievale, una « scriptura ymaginaria », che scuoteva l'animo degli uomini facendo loro rivivere, « quasi ante oculos », le storie sacre ⁽¹⁷⁾.

Al cospetto del nostro tempo storico, non è così facile comprendere appieno il significato *pregno* di quell'icona sacra. La tirannia della ragione moderna si atteggia a monarca assoluto, si veste da sacerdote di una ragione monoteistica che pretende di fare a meno delle immagini. Una perdita non da poco, perché « il concetto non è il corrispondente sul piano intellettuale dell'immagine sul piano sensibile, ma è l'unità del molteplice, ciò che le cose hanno in comune, la loro essenza » ⁽¹⁸⁾. Se solo pensiamo a quel tempo lontano in cui l'uomo « ricopriva il mondo » di segni, l'astrazione si mostra senza eroismi: una esclusione da sé dei dati sensibili, caparbia e ostinata, da sempre, nel suo immane sforzo di produrre la cristallizzazione dell'identico. Nonostante il fruttuoso (e vitale) patrimonio dei miti, dei simboli, dei riti ⁽¹⁹⁾.

Come avrebbe fatto con la sua biblioteca — più di cinquant'anni dopo — il codificatore Sainz de Andino, Rivero diede nel suo testamento disposizioni puntigliose sulla sorte del suo « *totem* carmelitano »:

⁽¹⁷⁾ UGUCCIONE DA PISA, *Summa Decreti* (1188-1190), *De cons.* D.3 c. 27 (Admont, Stiftsbibliothek 7, fol. 447ra): « Ipsa pictura vel ymago dicitur ymaginaria scriptura [...] ipsa pictura plus movet animum quam scriptura », su cui mi permetto di rinviare a F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 37.

⁽¹⁸⁾ Cfr. U. GALIMBERTI, *La terra senza il male. Jung: dall'inconscio al simbolo*, Milano, Feltrinelli, 1984, p. 39 e ss.

⁽¹⁹⁾ Per C. SINI, *Il simbolo e l'uomo*, Milano, Egea, 1991, p. 2, « la parola e la pittura non sono disgiunte nella loro origine ». Anzi: « le parole delle origini sono insieme suono, pittura e suono ».

lo primero, destino por dote ycapital de este bínculo como alaxa de mi mayor estimación, una lámina de nuestra señora del Carmen de media vara de alta y una tercia de Ancho, que está colocada sobre la segunda puerta de la calle de la cassa principal de mi morada, en dicha ciudad de Ayamonte en cuyo sitio deberá permanecer siendo obligación de los posehedores de él mantener luz encendida toda la noche a esta soberana señora cuya pención les Ympongo en atención a ser esta Ymagen la primera alaxa que adquirí, con los primeros reales que agencié en la América siendo yo de edad de catorce años grangeando con su poderosa protección y amparo los demas vienes que la liberal y dibina mano me ha franqueado y en demostración de la gratitud que me asiste a tan singulares beneficios (p. 48).

In merito alle disposizioni del vecchio patriarca, vengono alla mente le pagine di un grande studioso della sfera simbolica del sacro, là dove scriveva che « ogni civiltà è, in una certa misura, un gigantesco sforzo per mascherare il bisogno e la morte e in generale la fondamentale insicurezza della condizione umana, e per far sì che il futuro sia una ripetizione di un identico mito di fondazione » (20). Ma veniamo all'altro personaggio della nostra storia.

Pedro Sainz de Andino, nonostante sia vissuto appena un secolo dopo di Manuel Rivero, ha operato in un *altro* tempo storico. Se i due si fossero mai incontrati, avrebbero avuto grosse difficoltà a intendersi. Era come se il tempo si fosse d'improvviso contratto, quando invece per secoli i discorsi sul commercio avevano condiviso il medesimo orizzonte di mondo: sin dai tempi dell'anonimo « Trecentista », maestro di una assennata filosofia della prassi (21), ai più tardi manuali *de mercatura*.

Non è la lingua a renderli estranei l'uno all'altro, ma la cultura. Si torna al punto cruciale di prima: il passaggio storico dal *ius mercatorum* al diritto commerciale codificato non ha nulla a che vedere con un fantasmatico « Anno Zero », è il frutto della concorrenza (non lineare e sincronica) di una pluralità di fattori, economici, sociali, giuridici e culturali. Sarebbe, altresì, fuorviante pensare che la codificazione del 1807 (in Francia) e del 1829 (in Spagna) siano state il culmine di un processo iniziato in epoca illuminista. Nonostante le *ordonnances* di Colbert e le ordinanze di Bilbao, la *lex mercatoria* di matrice corporativa, con le sue fonti frammentate e non sempre giuridiche, si accordava ancora bene con le strategie del « Gobierno activo » di un monarca che — con segni esteriori e atti concreti — si dava a vedere ai suoi sudditi-figli più come giudice che come legislatore (p. 349 e ss.).

(20) Cfr. E. DE MARTINO, *Furore simbolo valore*, Milano, Il Saggiatore, 1962, p. 37.

(21) Cfr. G. CORTI, *Consigli sulla mercatura di un anonimo trecentista*, in « Archivio Storico Italiano », CX (1952), p. 115.

Conseguita la laurea in diritto all'università sivigliana, Sainz de Andino diventò uno dei personaggi pubblici del secolo liberale. Personaggio non del tutto limpido e coerente, s'industriò alla meglio per servire il potere. Qualunque fosse: giuseppino, liberale, assolutista o moderato. Petit lo liquida come un « burócrata mediocre », un giurista di medio rango, di bassa statura morale e sempre ligio ai principi (sovranità statale, soppressione corporativa, centralismo fiscale) che, inclusi nel codice commerciale da lui stesso elaborato, abolirono alcune delle istituzioni che avevano resistito, senza grandi modifiche, durante i secoli (p. 357 e ss.).

Professore a Siviglia, fervido liberale durante il Triennio, Sainz de Andino passò poi a servire l'amministrazione pubblica come funzionario della *Hacienda* nei governi moderati, sotto i quali la sua carriera prosperò. Fece carriera lontano dai tribunali ed esercitò di rado l'avvocatura.

Vale la pena di notare come l'attacco alla *iurisdictio* dei consolati — nel duplice senso della possibilità di eleggere le proprie autorità e di gestire autonomamente i mezzi per eseguire le proprie funzioni — si rese possibile grazie al progetto, d'ispirazione squisitamente statalista, di codificazione del diritto commerciale. La perdita di autonomia corporativa implicò la condanna del diritto consuetudinario e degli usi, in tema di contratti, tipici dello *ius mercatorum*: di quella tradizionale cultura degli affari che aveva fatto di una festa tra amici qualcosa di più di una spesa riprovevole e del perdono di un debito, o della rinuncia a reclamarlo davanti a un tribunale, una decisione avveduta, propria del perfetto commerciante (p. 368).

Alla fine del 1827 Sainz de Andino si era già offerto per « formar una jurisprudencia comercial fija, cierta, uniforme y general », vale a dire alcune « ordenanzas generales de comercio terrestre y marítimo, cuyo proyecto trabajaría si el Gobierno tuviese a bien encargármelo » (*ibidem*). Un vero capolavoro di capacità mimetiche quanto persuasive.

Il suo lavoro si sviluppò in parallelo a quello di una commissione istituita con ordine reale: « Junta », della quale era presidente Bruno Vallarino e segretario lo stesso Andino. Ne sortirono quindi due processi di codificazione paralleli e indipendenti: una situazione inizialmente equivoca, dalla quale ovviamente Andino poté trarre profitto, servendosi per il suo progetto dei materiali frutto del lavoro dell'intera commissione.

Questa situazione d'iniziale ambiguità, tuttavia, portò con sé una sequela di polemiche. D'altro canto, il codice godette di un'accoglienza relativamente positiva, dovuta anche alla limitatissima possibilità di comparazione, consentita nel 1829 solo con i codici francesi, e le loro versioni del Regno delle Due Sicilie (1819) e degli Stati pontifici (1821), e con quello prussiano (1794). Notevole fu invece il successo del codice nelle repubbliche americane, dove ottenne grande diffusione, in Ecua-

dor, Bolivia, Perù, Costa Rica e nelle provincie argentine di Corrientes, Mendoza, Córdoba, Salta e San Juan (p. 373 e s.).

Sainz de Andino raccolse nel tempo una cospicua biblioteca (2029 libri). Al confronto con altre collezioni private, questa aveva un valore economico non indifferente. L'analisi del fondo librario va ben oltre la semplice lista dei titoli, ci è utile soprattutto per comprendere la cultura, non solo giuridica, del nostro codificatore commerciale. Si trattava, certamente, di una biblioteca professionale simile a quelle di gran parte dei grandi avvocati spagnoli dell'epoca. Meno ovvi sembrano, al di là della materia o delle materie dei testi raccolti, anche l'ampiezza e il contenuto della parte «sino también el alcance y contenido de 'lo jurídico'». Di certo, si trattava comunque di una collezione fatta «de sus estudios, escritos y trabajos», ma il cui fine era di servire quotidianamente al «experto en Derecho» che era sì «profesor de jurisprudencia» o «abogado», ma anzitutto «empleado en la administración pública» (p. 361 e ss.).

Sembra chiaro che le biblioteche di cui si parla solo in piccola parte raccoglievano opere di natura propriamente giuridica (meno di un quinto), mentre la maggior parte dei titoli era costituita da titoli con contenuto diverso (letterario, religioso, storico e geografico). Per lo più, l'*utilità* dei libri rispondeva a due distinti pilastri tematici: uno serviva da supporto alle attività professionali e politiche, l'altro dava fiato al «recreo» e alla «vocación literaria» del giurista dell'età liberale⁽²²⁾. Certo, non è poi così facile distinguere — con sguardo tassonomico — «entre las letras y el Derecho». Sarebbe come dire che le «Obras escogidas (1848) de Napoleón Bonaparte» (fra i volumi di Sainz de Andino) siano da catalogare tra le opere di teoria politica e militare, quando invece sappiamo bene il ruolo attivo che l'*Empereur des Français* ebbe nella redazione del *Code de commerce*.

Nelle prime decadi del secolo XIX, siamo comunque ben lontani dal predominio di una «filosofía jurídica de sesgo positivista». Nella Spagna del Codice commerciale «se entendía pacíficamente que 'la jurisprudencia es una filosofía moral'»:

Saber y practicar *Derecho* tenía así un sentido puramente metapositiva, como análisis de las 'disposiciones legales acerca de la materia, la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales; pero este exámen habrá de verificarse á la luz de la Filosofía y de la Historia, penetrando por medio de ellas en el espíritu y la razon de la ley' (p. 364).

Lo stesso Sainz de Andino — nei suoi *Elementos de elocuencia*

(22) Il nostro Autore si avvantaggia delle scrupolose ricerche di J.A. MARTÍNEZ MARTÍN, *Libros y librerías. El mundo editorial madrileño del siglo XIX*, in «Anales del Instituto de Estudios Madrileños», XXVIII (1990), pp. 145-172.

forense (1827) — pareva mostrare ampiezza di vedute, insieme con una speciale considerazione al « corpo eloquente » del giurista moderno:

no es bastante para llenar las atribuciones y deberes del abogado que analice y fije con acierto la inteligencia y aplicacion de la ley al caso propuesto [...] sino que para sostener la causa de su cliente discutiendo sus derechos [...] ha de poseer también las nociones necesarias y los medios de dar á sus discursos la fuerza del convencimiento y de la persuasion, que es el oficio del orador

Eppure, la biblioteca che tanto amava ci dice dell'altro, per lo scarto significativo con i dati già indagati dalla storiografia. Tutte le materie giuridiche sono rappresentate, ma in una proporzione inferiore alla media. I testi di contenuto giuridico e quelli economici sono la stragrande maggioranza. Egli non coltivava le belle lettere, né il giornalismo, genere comunicativo abituale per l'avvocato liberale. C'è una linea diretta tra la sua attività di consigliere dell'amministrazione (*hacendista*, pubblicista, legislatore) e i suoi libri: molto diritto, poche opere letterarie, storiche, geografiche e ancor meno opere di quei poeti che nutrivano i saperi e la pratica dell'oratore forense. Sono rappresentati tutti i rami del diritto, con enfasi per quelli più vicini ai suoi interessi: la politica e il diritto pubblico e amministrativo, non poco diritto commerciale e il diritto penale. A dominare, le opere in lingua francese (niente meno che il 42% del fondo), l'idioma delle grandi novità giuridiche. Una biblioteca, dunque, legata all'attività legale e amministrativa del suo artefice e proprietario (p. 365).

Ogni età ha le sue icone, si sa. Quella di Sainz de Andino era la sua biblioteca, specchio e rappresentazione di un'esistenza spesa al crocevia della radicale transizione (non ancora compiuta) dall'antico « diritto dei mercanti » al moderno codice degli atti di commercio.

Alla maniera di Manuel Rivero, dettò per il suo *totem* librario precise disposizioni, anni prima della sua morte. Le relazioni con la moglie Ana Villanueva non erano così pacifiche, sicché lasciò volentieri alla diletta figlioccia *doña* Teresa Novella una cospicua fortuna, insieme ai suoi amati volumi. A condizione, però, che si sposasse « con profesor de jurisprudencia, abogado ó empleado en la administración pública ». In caso contrario, la ricca biblioteca sarebbe stata devoluta « a la Real Universidad literaria de Sevilla » (p. 360). Alla fine, la « muy amada ahijada » Teresa rinunciò alla biblioteca — che doveva valere migliaia di *reales* — forse per non sopportare un peso così ingombrante o, meglio, per mantenere invariate le sue strategie matrimoniali.

Che dire? La modesta tavola messicana che Manuel Rivero aveva acquistato quand'era ancora un ragazzo continuò a far parte della « Casa », la ricca biblioteca di Pedro Sainz de Andino, invece, fu lasciata volentieri a una istituzione pubblica di ricerca.

Da una parte, la continuità di una cultura e di una mentalità,

dall'altra una sorta di *Auto da fé* che lasciava in cenere una intera vita di scritture e di letture.

Alla fine, forse, ci siamo avvicinati a quella frontiera che sta tanto a cuore a Carlos Petit: la gaia aurora della modernità e le sue sfrontate mitologie.

ANTONINO SCALONE

LA POTENZA DEL DIRITTO E IL PRINCIPIO
RAPPRESENTATIVO

(A proposito di Yan Thomas, *Il valore delle cose* [2002], trad. it. Macerata, Quodlibet, 2015; *Fictio legis* [2011], trad. it. Macerata, Quodlibet, 2016)

1. L'oggetto del diritto. — 2. *Fictio* e rappresentanza. — 3. Produttività del diritto e critica della teologia politica.

1. *L'oggetto del diritto.*

Il saggio è forse la forma nella quale il grande romanista Yan Thomas, recentemente scomparso, esprime al meglio le proprie doti: da un lato la mirabile padronanza e l'uso sapiente delle fonti, dall'altro la capacità di trarre da un itinerario rigorosamente disciplinare e specialistico suggestioni di più ampia portata, tali da risultare di cruciale importanza anche per studiosi di altre materie. Se ne può trovare conferma nei due scritti in questione, originariamente pubblicati in rivista e di recente resi accessibili al lettore italiano in forma di volumetti autonomi. Un elemento comune ad ambedue sembra essere innanzitutto la valorizzazione del carattere operativo e istitutivo del diritto romano: esso non registra e qualifica giuridicamente realtà naturali *già* esistenti, ma piuttosto produce oggetti giuridici all'interno delle proprie procedure logico-discorsive e grazie ad esse.

Questa circostanza appare con grande chiarezza nel primo dei due saggi, nel quale la nozione giuridica di *res* è esplicitamente sottratta ad ogni sostanzializzazione naturalistica e consegnata alla dimensione procedurale⁽¹⁾. Ciò significa che, a suo avviso, il diritto romano non definisce *res* « le cose del mondo esterno »; al contrario, « le qualifica giuridicamente 'cose' in quanto le coglie in un processo — il cui nome, *res*, rinvia

(1) Egli infatti, a proposito del diritto romano, parla di « un approccio proceduralista, più che sostanzialista » (Y. THOMAS, *Il valore delle cose* (2002), trad. it. Macerata, Quodlibet, 2015, p. 24).

allo stesso tempo alla « cosa » messa in causa e alla « messa in causa » della cosa » (2). In tale capacità produttiva e trasformativa rispetto alla realtà — espressione a sua volta di una raffinata razionalità tecnico-procedurale — sembra consistere la *potenza* specifica del diritto. Come osserva il curatore de *Il valore delle cose* nella sua *Postfazione*, « il grado di astrazione e la consistenza fittiva di quei nomi che sono le cose del diritto è ciò che permette di modificare le cose del mondo » (3). A conferma del carattere produttivo del diritto, Thomas nota come già nel lessico giuridico arcaico molte parole significassero a un tempo « il dibattito e la cosa dibattuta, la disputa e il suo oggetto ». Ciò vale in particolare per termini come *lis*, come *vindicia*, ma soprattutto vale per *res*, « disputa e oggetto sul quale essa verte, processo e cosa che le parti, ciascuna delle quali è detta *reus*, si contestano » (4).

È però in *Fictio legis* che è possibile apprezzare al meglio la novità della tesi thomasiana non solo rispetto ad approcci più tradizionali alla materia. La finzione è uno strumento classico di cui il diritto si avvale per perseguire i propri scopi. Esso, scrive Thomas nelle prime righe del saggio, « appartiene alla pragmatica del diritto » (5). Ben più della presunzione, che conserva un qualche legame con la realtà (6), la finzione si caratterizza per il fatto di assumere come vero qualcosa che è indubitabilmente falso. La scienza giuridica, da Gény a Jhering, a Maine ha spesso cercato di neutralizzare la radicale negazione della realtà propria di questa figura, enfatizzandone un presunto carattere conservatore. La finzione, secondo questo tipo di lettura, sarebbe semplicemente « un mezzo rudimentale, ma comodo, per estendere le qualificazioni giuridiche al di fuori del loro campo iniziale, senza perciò modificare in nulla le qualificazioni stesse » (7). Thomas, distanziandosi da questa interpretazione, sottolinea invece l'aspetto *soversivo* — questo è il termine usato — della finzione nei confronti del fatto e la sua totale irriducibilità alla dimensione naturale (8). Di più, la finzione mette in luce una caratteristica propria della razionalità giuridica in generale, ovvero il « radicale scollamento tra l'istituzionalità e il mondo delle cose della natura » (9).

(2) *Ibidem*.

(3) M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, in THOMAS, *Il valore delle cose*, cit., p. 91.

(4) THOMAS, *Il valore delle cose*, cit., pp. 68-9.

(5) Y. THOMAS, *Fictio legis* (2011), trad. it. Macerata, Quodlibet, 2016, p. 17.

(6) Cfr. *ivi*, p. 18.

(7) *Ivi*, p. 21.

(8) *Ivi*, p. 23.

(9) *Ivi*, p. 24. Come scrivono M. Spanò e M. Vallerani nella postfazione al saggio di Thomas, « La finzione è insomma niente di meno che il *modus operandi* più tipico e

È nel diritto romano che tutto ciò risulta con particolare evidenza. Tramite lo strumento della *fictio*, infatti, il diritto romano prende le distanze non solo rispetto alla natura e ai fatti presunti concreti, ma anche rispetto alla verità, giacché, come si è detto, ciò che si finge è contrario al vero. Qui appare chiaro quanto il diritto romano fosse caratterizzato essenzialmente dalla libertà inventiva, dall'artificialità e dall'autonomia⁽¹⁰⁾, sino a che punto fosse inteso come un prodotto radicalmente *umano*, situato per questo in un piano di totale immanenza. Non è la credenza, ma l'istituzione che nel diritto sacro di Roma permette di intendere i simulacri come veri, una « convenzione d'equivalenza — nota Thomas — posta in tutta arbitrarietà »⁽¹¹⁾.

Si capisce allora il motivo per cui il cristianesimo abbia cercato in tutti i modi di limitare la portata della *fictio*. Essa, proprio per il fatto di essere un prodotto artificiale e umano, uno strumento per modificare, o addirittura per creare *ex novo* la realtà, appare infatti inconciliabile con l'idea cristiana di un ordine naturale *dato* di origine trascendente⁽¹²⁾.

Cruciale in questo contesto è Agostino il quale meglio di ogni altro avverte « la singolarità della tradizione istituzionale di Roma » e la necessità per il cristianesimo di ridurla entro il perimetro dei propri principi⁽¹³⁾. Egli conduce questo tentativo nel *De civitate Dei* attraverso il confronto con Varrone. Per quanto pagano, Varrone appare ad Agostino particolarmente degno di considerazione per la sua cultura e per la sincerità del suo sforzo di discernimento⁽¹⁴⁾. Il suo stile — nota Agostino — « non è gradevole », ma nessuno, in campo religioso, « ha svolto indagini più avanzate, ha fatto scoperte più erudite, osservazioni più attente, distinzioni più sagaci, è stato più accurato nello scriverne »⁽¹⁵⁾, tanto da costituire un modello in campo storico, così come

proprio del diritto » (M. SPANÒ, M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della funzione giuridica*, in THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 98).

⁽¹⁰⁾ Ivi p. 53: « La scelta che così spesso fanno le leggi romane di disporre mediante contraffazioni piuttosto che tramite una considerazione dei fatti per come essi sono, testimonia invece dell'estrema libertà nei confronti della realtà, dell'eccezionale artificialità delle tecniche del diritto, e, a dirla tutta, della sua potente e innata autonomia ».

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 49.

⁽¹²⁾ Cfr. ivi, pp. 59-60.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 63.

⁽¹⁴⁾ AGOSTINO, *De civitate Dei*, 6, 6. Per la traduzione dei passi dell'opera utilizziamo l'edizione curata da C. Carena, Torino, Einaudi, 1992: « O Marco Varrone, tu sei il più sagace di tutti gli uomini, e indubbiamente il più colto, eppure un uomo, non un dio [...] Certamente discerni come bisogna distinguere le cose divine dalle frottole e dalle menzogne umane ».

⁽¹⁵⁾ Ivi, 6, 2.

Cicerone costituisce un modello per « lo studioso di stilistica ». Ebbene, il principale rimprovero che Agostino muove a Varrone è proprio quello di aver trattato prima le cose umane e poi quelle divine perché, a suo avviso, le seconde non sono altro che un prodotto dell'attività dell'uomo, un'istituzione umana ⁽¹⁶⁾. Ed è precisamente questo che il cristiano Agostino non può accettare: « Ma la vera religione non fu istituita da una qualsiasi città terrena, bensì essa ha istituito senza dubbio la Città celeste » ⁽¹⁷⁾.

La recezione cristiana del diritto romano comportava, di necessità, il superamento di quella « rappresentazione » secondo la quale — scrive Thomas — « le cose, anche quelle divine, erano cose costituite » e « la natura era un artificio al servizio di una produzione di artifici » ⁽¹⁸⁾. La natura viene piuttosto a costituire per il diritto medievale il limite che nessuna finzione giuridica è in grado di violare. Così la legge « ammette che un cittadino sia morto prima della sua morte, ma non può far sì che i morti generino i vivi. Essa ammette che un morto sia in vita, ma non può far sì che questo morto viva al di là di quanto è dato ai mortali. Essa [...] non può abolire l'ordine che distingue i primogeniti dai cadetti », né « può rendere padre un impotente per nascita » o « rendere chi è più vecchio figlio di chi è più giovane » ⁽¹⁹⁾. La verità, vale a dire « l'intangibilità della frontiera fra corporeo e incorporeo, e la legge della riproduzione dei corpi » non può essere trasgredita « né da parte del giurista, né da parte del legislatore » ⁽²⁰⁾.

2. Fictio e rappresentanza.

Il diritto romano costituisce per Thomas il « fondamento » dell'intera esperienza giuridica occidentale: una volta « radicata » da tale terreno, essa si mostra incapace di autonomia e bisognosa di certezze desunte dalla biologia, dall'etica, dalla religione o dalla sociologia ⁽²¹⁾. Occorre pertanto ripensarne la cifra specifica: il 'ritorno' al diritto romano, e in particolare alla nozione di *fictio*, contribuisce a rivelare

⁽¹⁶⁾ Ivi, 6, 4: « Varrone riconosce dunque di aver descritto prima le materie umane, poi le divine, poiché queste sono un'istituzione umana, in base al seguente ragionamento: 'Come il pittore viene prima del quadro dipinto, e il costruttore prima dell'edificio, così gli insediamenti civili precedono le istituzioni' ».

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁾ THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 65.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 87.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 89.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 57.

come quella cifra consista nella « separazione [...] tra il diritto e il fatto », separazione dalla quale « l'istituzione trae la sua essenza » (22).

Difficilmente sottovalutabili sono le conseguenze di questo assunto sul piano giuspubblicistico e su quello filosofico-politico. La denaturalizzazione del diritto, la sua riduzione al piano procedurale e istituzionale appaiono inconciliabili con ogni considerazione sostanzialistica di concetti quali volontà generale o bene comune. Il principio di maggioranza, in particolare, non corrisponde ad una trasformazione della quantità in qualità, in conseguenza della quale la volontà dei più, oltre un certo limite numerico, sarebbe per ciò stesso 'giusta' o 'vera', o comunque esprimerebbe la volontà unitaria di un'entità collettiva: nel diritto romano, afferma senza mezzi termini Thomas, « il voto maggioritario », vale a dire il fatto che « la maggioranza è considerata un tutto » si basa « su un colpo di mano, su un decreto » (23). Si manifesta di nuovo una « radicale disgiunzione fra realtà e imputazione, senza la quale non esisterebbe né la rappresentanza, né lo Stato » (24).

È appena il caso di ricordare la crucialità del concetto di rappresentanza all'interno della teoria politica moderna: com'è noto, la sua teorizzazione da parte di Hobbes costituisce l'atto inaugurale del moderno modo di pensare la politica (25). È il sovrano che dà corpo all'unità politica, che conferisce materialità al soggetto costituente, altrimenti invisibile. Invisibilità, però, non significa inesistenza: il soggetto costituente non coincide col nulla: è piuttosto una sostanza ideale che necessita della mediazione sovrana per rendersi presente.

Nella dottrina dello Stato novecentesco questo aspetto della rappresentanza risulta enfatizzato sia da Carl Schmitt che da Gerhard Leibholz. In *Römischer Katholizismus und politische Form* Schmitt assume la *Repräsentation* che la Chiesa realizza nei confronti di Cristo come modello della rappresentanza politica e sostiene che « contenuti concepibili di una rappresentazione sono Dio ovvero, in un'ideologia democratica, il Popolo o ancora idee astratte come Libertà ed Eguaglianza, ma non certo Produzione e Consumo » (26). Solo la teologia e il diritto (correttamente inteso, e dunque non ridotto a mero positivismo) sono in grado di pensare la rappresentanza, ma non certo la scienza economica, caratterizzata da una considerazione esclusivamente quantitativa dei beni e interessata alla determinazione della regola della

(22) Ivi, p. 56.

(23) Ivi, p. 57.

(24) Ivi, pp. 57-8.

(25) Sul punto risultano imprescindibili le riflessioni di G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, FrancoAngeli, 2003.

(26) C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica* (1925²), trad. it. Milano, Giuffrè, 1986, p. 50.

loro scambiabilità. Nella *Verfassungslehre* Schmitt ribadisce il principio per cui ciò che dev'essere rappresentato è una sostanza ideale, invisibile (e perciò bisognosa di esser resa presente), ma non certo inesistente: « Rappresentare — scrive — significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente ». Si tratta di un procedimento che non può essere realizzato « con qualsiasi specie di essere », ma soltanto con « una più alta specie di essere ». Esclusivamente le idee, come ad esempio quella di popolo, possono essere rappresentate; invece « ciò che serve solo agli affari e agli interessi privati » è oggetto di mera delegazione ⁽²⁷⁾.

Posizioni sostanzialmente analoghe si ritrovano nel quasi coevo *Das Wesen der Repräsentation* di Leibholz. Egli sottolinea la *realtà*, ancorché ideale, di ciò che viene rappresentato: esso è esistente, anche se non presente « qui ed ora » ⁽²⁸⁾; al concetto di rappresentanza « è immanente la duplicità dell'esperienza personale ». Per questo motivo la dialettica della rappresentanza nulla ha a che fare col principio d'identità ⁽²⁹⁾. Il popolo, ad esempio, « è in ogni momento realmente esistente » e tuttavia può essere « riprodott[o] nella realtà unicamente dalla rappresentazione » ⁽³⁰⁾. Sempre in accordo con Schmitt, Leibholz ribadisce che solo entità dotate di particolare dignità possono essere rappresentate: « l'idea di giustizia » o « le comunità che si organizzano intorno ad un valore », mentre, per converso, « non si dà una rappresentazione di valori economici, in quanto questi sono privi della specifica connotazione di valore che si riferisce all'idea » ⁽³¹⁾.

Thomas caratterizza la sua presa di distanza dal principio rappresentativo attraverso il riferimento critico a Kantorowicz, in particolare a *The sovereignty of the artist* e al più noto *The king's two bodies*. Egli rileva come Kantorowicz sia « affascinato dalla potenza dell'illusione » e come tale fascinazione gli impedisca « una fredda analisi della tecnica giuridica » ⁽³²⁾. In particolare, « molte delle sue analisi sostanzializzano ad oltranza le costruzioni politico-giuridiche », trascurando il fatto che esse « non concernono la causalità, bensì l'imputazione » ⁽³³⁾. Ritroveremo tali critiche in un altro punto del saggio. Ma già a quest'altezza

⁽²⁷⁾ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. Milano, Giuffrè, 1984, p. 277.

⁽²⁸⁾ G. LEIBHOLZ, *L'essenza della rappresentazione* (1929), trad. it in ID., *La rappresentazione della democrazia*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 70.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 71: « Il parlamento che rappresenta non 'è' il popolo, il rappresentante del monarca non 'è' il monarca ».

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 95.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 74.

⁽³²⁾ THOMAS, *Fictio iuris*, cit., p. 58.

⁽³³⁾ Ivi, p. 58n.

risulta chiaro quanto Thomas miri a stabilire una netta distinzione fra il diritto correttamente inteso, vale a dire una tecnica giuridica fondata sull'«artificio», sul «come se» e il «misterioso miscuglio di essere e non essere»⁽³⁴⁾ di chi pretende di farne una scienza di realtà. La tesi della disgiunzione fra il principio di realtà, proprio dell'indagine della natura, e il principio di imputazione, proprio del diritto, lo porta in implicita, ma immediata contiguità con le tesi sostenute da Kelsen⁽³⁵⁾. Tanto per l'uno che per l'altro l'esito è la desostanzializzazione del diritto: esso è conseguito da Thomas attraverso la valorizzazione della dimensione pragmatica e poetica del diritto, da Kelsen attraverso la rigorosa formalizzazione della scienza giuridica.

3. *Produttività del diritto e critica della teologia politica.*

a. Per quanto durante il medio evo sia stato perseguito l'obiettivo di delimitare la portata della finzione, non si può dire che esso sia stato raggiunto del tutto. D'altronde, se si accetta il punto di vista di Thomas, ciò non sarebbe stato possibile senza tradire l'essenza stessa del diritto. Così Cino da Pistoia, Baldo e Bartolo affermano che la finzione mira precisamente a modificare i fatti, giacché se si trattasse solo di modificare le norme, non vi sarebbe bisogno di fare ricorso a questo strumento⁽³⁶⁾. Il fondamento di tale tesi va ricercata nei «romanisti della fine del XII secolo e dell'inizio del XIII secolo», in particolare in Azzone, per il quale la finzione è precisamente «il potere dell'interprete» di affermare l'esistenza di qualcosa che non esiste o, al contrario, di negare l'esistenza di qualcosa che esiste nei fatti⁽³⁷⁾. È proprio da questa capacità, di origine civilistica, di fingere *circa facta* e non già dalla teologia che i canonisti — scrive Thomas — derivano la «formula dell'onnipotenza come capacità di fare e di disfare»⁽³⁸⁾ che poi verrà

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 59.

⁽³⁵⁾ Per un verso Kelsen afferma che se la scienza del diritto deve distinguersi da quella della natura, «il diritto deve allora essere staccato il più chiaramente possibile dalla natura» (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. Torino, Einaudi, 1952, p. 48); per l'altro verso ritiene che ciò possa avvenire distinguendo il principio di causalità, proprio delle scienze della natura, dall'imputazione, ovvero il principio nel quale «la dottrina pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto. Come l'effetto è attribuito alla sua causa, così la conseguenza giuridica è attribuita alla sua condizione giuridica, ma quella non può essere considerata come causalmente prodotta da questa. La conseguenza del diritto (o della violazione del diritto) è imputata alla condizione giuridica» (ivi, p. 63).

⁽³⁶⁾ Cfr. THOMAS, *Fictio iuris*, cit., p. 70.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 73.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 74.

fatta valere anche per l'autorità politica. Sostenendo questa tesi, Thomas si distanzia nuovamente da Kantorowicz. Questi, nel già citato *The sovereignty of the artist*, aveva attribuito la paternità della formula al canonista Tancredi, la cui fonte sarebbe un luogo del *Decretum Gratiani* in cui ricorre il seguente passo, tratto a sua volta dal *De mysteriis* di Ambrogio: « *Sermo igitur Christi, qui potuit ex nihilo facere quod non erat, non potest ea, quae sunt, in id mutare, quod non erant?* »⁽³⁹⁾. Su questa base, Kantorowicz aveva sostenuto la tesi dell'origine teologica della formula dell'onnipotenza *de nihil aliquid facit sicut Deus* che prima verrà applicata al papa e poi sarà trasferita « al potere secolare, all'imperatore e quindi — implicitamente — ai singoli re »⁽⁴⁰⁾. Ora, argomenta Thomas, Tancredi « illustra questa formula » allegando un esempio di finzione giuridica relativa alla promessa dotale, dunque tratta dalla materia civilistica: « Si possono esigere tutte le doti mediante un'azione di promessa di dote, che vi sia stata stipulazione o meno [...] poiché [...] decidiamo che la stipulazione abbia avuto luogo anche quando non è stata fatta »⁽⁴¹⁾. Ma se la *fictio* civilistica e non la teologia è la fonte dei canonisti⁽⁴²⁾ ne consegue necessariamente l'impossibilità di intendere l'*auctoritas* politica in termini di secolarizzazione.

b. Thomas perviene alle medesime conclusioni quando afferma che, « a partire da Innocenzo IV, i giuristi presero a dare alle comunità la qualifica di « persone fittizie », *personae fictae* , oggetto di pura rappresentazione mentale, *representatae* o immaginarie, *imaginariae* »⁽⁴³⁾. Sul punto, egli prende le distanze sia da Hasso Hofmann, sia da Kantorowicz. Tanto nelle posizioni del primo (peraltro affrontate in modo molto cursorio)⁽⁴⁴⁾ quanto nelle posizioni del secondo, infatti, Thomas rileva la permanenza di un certo grado di 'realismo' nella considerazione di queste figure.

Nel suo *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Hofmann riconosce la stretta parentela fra la *fictio* e la *repraesentatio* , come risulta ad esempio

⁽³⁹⁾ Cfr. E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista* (1961), trad. it. in Id., *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, Venezia, Marsilio, 1995, p. 28; THOMAS, *Fictio iuris*, cit., p. 74n.

⁽⁴⁰⁾ KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, cit., p. 29.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ *Ivi*, p. 74n: « I primi canonisti ad aver utilizzato la formula « creare qualcosa che non esisteva a partire dal nulla » presa in prestito al Decreto, l'hanno fatto attraverso le definizioni della finzione giuridica reperibili presso i civilisti ».

⁽⁴³⁾ *Ivi*, p. 78.

⁽⁴⁴⁾ Thomas, infatti, si limita ad osservare in nota, che « malgrado » quest'autore, « l'idea di finzione è ben espressa anche attraverso quella di rappresentazione » (*ivi*, p. 78n.).

dall'espressione « *persona ficta sive repraesentata* ». Tuttavia, per quanto la formula non rimandi ad una qualche realtà, ancorché incorporea ⁽⁴⁵⁾, essa non appare riducibile a puro nome, secondo la tesi « ispirata da Gierke » ⁽⁴⁶⁾. Infatti i giuristi medievali fondavano i loro ragionamenti su « idee quali l'immagine, la somiglianza, l'imitazione e, insieme, l'analogia »; per questo essi non pensavano affatto « a una costruzione che espressamente e volutamente contraddicesse la realtà » ⁽⁴⁷⁾. Si può negare che una pluralità di individui riuniti costituisca un'« unità immanente » diversa rispetto alla « realtà oggettiva dei suoi componenti singoli ». Ma ciò non significa — scrive Hofmann — che « alla pluralità delle esistenze contingenti, pensata in concreto come insieme consistente e dunque come totalità concreta, vada negato ogni attributo di realtà » ⁽⁴⁸⁾. La specifica realtà del *corpus fictum* e della *persona repraesentata*, vale a dire del prodotto della rappresentazione, va rinvenuto nella capacità di durare, di mantenersi « identico nel mutamento dei suoi membri » ⁽⁴⁹⁾.

Per ciò che riguarda Kantorowicz, le cui posizioni sono esaminate in modo più articolato, Thomas critica di nuovo la tendenza di quest'autore a « sostanzializzare la *fictio* » facendo coincidere (così come Hofmann) la durata delle *universitates* con la loro sostanza. Ciò avviene in *The king's two bodies* a proposito di Bartolo che, scrive Kantorowicz, fa della durata « il maggior argomento contro i nominalisti » ⁽⁵⁰⁾. A partire da lui « divenne del tutto abituale » distinguere l'*universitas* come *persona* autonoma diversa dalle singole individualità che la costituiscono, proprio in considerazione del fatto che, al mutare dei membri in conseguenza del trascorrere del tempo, essa rimane se stessa ⁽⁵¹⁾. Tuttavia, rileva Thomas, la durata non è un fatto, bensì una costruzione giuridica: « La continuità del tempo non è naturale, ma giuridica; il tempo che si succede non è un dato ontologico, bensì un'operazione del diritto », ovvero, nel caso specifico, l'applicazione da parte dei giuristi della « tecnica della surrogazione personale » ⁽⁵²⁾. Da qui una conclusione di ordine più generale: « La tradizione occidentale ha sostanzia-

⁽⁴⁵⁾ H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (1974), trad. it. Milano, Giuffrè, 2007, p. 153: « Secondo Bartolo, la corporazione non è propriamente nient'altro che la somma dei suoi membri ».

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 163.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 160.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 165.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, pp. 169-70.

⁽⁵⁰⁾ E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale* (1957), trad. it. Torino, Einaudi, 1989, p. 265n.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 409.

⁽⁵²⁾ THOMAS, *Fictio iuris*, cit., p. 80n.

lizzato le sue costruzioni giuridiche molto meno di quanto si ritenga: la metafisica politica è più spesso materia degli storici contemporanei che non dei giuristi antichi, compresi i giuristi medievali » (53).

In queste parole si può scorgere innanzitutto una critica nei confronti di un approccio al pensiero giuridico medievale non sufficientemente attento a ricostruirne i profili concettuali. Ma, oltre a ciò, si può ravvisare in esse una critica radicale nei confronti della teologia politica, ovvero della tesi per cui esisterebbe un rapporto di filiazione dei concetti giuridici e politici (moderni) dalla teologia. Thomas conduce la sua analisi soprattutto a ridosso delle posizioni di Kantorowicz, come si è visto, ma è difficile sottrarsi alla suggestione di estenderne la portata anche a Carl Schmitt. È questi infatti, com'è largamente noto, ad affermare in *Politische Theologie* che « tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati » e a sostenere la corrispondenza, in ogni epoca, fra « la conformazione giuridica della realtà politico-storica » e « la struttura dei concetti metafisici » (54). Nel pressoché coevo *Römischer Katholizismus*, come si ricorderà, sostiene l'analogia concettuale fra la *Repräsentation* della Chiesa cattolica, capace di render presente la persona di Cristo e la *politische Repräsentation* dello Stato moderno, capace di render presente un'idea altrimenti invisibile. Ma già in un'opera precedente, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, egli aveva fatto dipendere la dignità dello Stato dalla sua capacità di rendere presente, di rap-presentare, l'*idea* del diritto (55). E quella della dipendenza delle categorie fondamentali del diritto, in particolare del diritto pubblico, dalla teologia è una convinzione che ritorna in tutta la produzione schmittiana, da *Ex captivitate salus* sino alla tarda *Politische Theologie II*.

Sulla base di quanto sostenuto da Thomas in *Fictio legis*, tale rapporto risulta fortemente revocato in dubbio. La radice della moderna dottrina dello Stato non andrebbe ricercata allora nella teologia, e dunque nella capacità di 'presentificare' delle idee, ma piuttosto nella figura romanistica della *fictio*, la quale non pretende di render presente alcunché, ma interviene creativamente nella realtà fingendo che esista

(53) Ivi, pp. 79-80.

(54) C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 61 e 69.

(55) C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato del singolo* (1914), trad. it. Bologna, il Mulino, 2013. Per un inquadramento del saggio all'interno della produzione schmittiana, cfr. la *Presentazione* di C. Galli, pp. 5-18. Ci permettiamo altresì di rimandare al nostro *Trascendenza e realizzazione del diritto. La teologia politica in un'opera giovanile di Carl Schmitt*, in « Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto », II (2014), 2, pp. 263-273.

qualcosa che invece non c'è ⁽⁵⁶⁾. Rifarsi a questa « tradizione giuridica pienamente artificialista » significa restituire il diritto ad una dimensione del tutto umana; demistificare la presunta realtà dei « corpi fittizi » ⁽⁵⁷⁾ significa cogliere oltre e attraverso essi, il concreto operare dei singoli.

⁽⁵⁶⁾ La circostanza per cui, com'è stato recentemente osservato da G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi*, Vicenza, Neri Pozza, 2014, p. 348, la democrazia sarebbe contraddittoriamente caratterizzata dall'*ademia*, vale a dire dall'assenza del popolo, sembra trovare nell'analisi di Thomas la sua giustificazione.

⁽⁵⁷⁾ THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 80n.

Abstracts

MICHAEL STOLLEIS, *The European Welfare State — a Model Under Threat.*

In contrast to other historical and actual systems that help with mastering the risks of life, the social security systems of western industrialised states are exceptional. The world has never been so well redistributed and we have never had such enormous machinery before. Based on general productivity, the social security systems are solving a lot of problems in a lifespan, but they also produce problems. These problems include the gap between poor and rich (individuals and countries), the dependence of the individual from anonymous external institutions and the parallel fading of support in families and local groups. In the European Union, it is urgent to harmonize the diverse national systems and to balance the inequality within Europe, which is a main source of growing populism and of distrust against European institutions.

PIETRO COSTA, *The Welfare State as a Historiographical Issue.*

The welfare state has been thoroughly investigated by numerous and different disciplines (from political and social sciences to several branches of historiography). A big deal of information about its history is now at our disposal. However, some aspects remain critical and require to resort to further heuristic strategies. In this perspective, this essay considers Foucault's philosophy and discusses some key-concepts — 'biopolitics' and 'governmentality' — widely covered in Foucault's courses at the *Collège de France*. The argument is that Foucault's theory helps to situate the welfare state in the long run of western history and to grasp the complicated mixture and essential tension between the recurrent demands for freedom and the social control of vital processes.

GIOVANNI CAZZETTA, *Law and Welfare State. From Labour Law to the Dilemmas of the Welfare 'Without the Law'.*

The essay analyses the dialectic tensions between the rising of the Social State, the law and the 'autonomous' action of groups and

subjects. Stemming from current discussions about welfare's patterns 'beyond the state' as well as from the conflict between market and social rights, the origins of the Social State is examined with a particular focus on the impact of labour law upon the common private law system of the Nineteenth century. Labour law, on the one side, suggested a new law intended to be extended worldwide, and, on the other side, it continued to be an isolated exception, unable to affect the idea of law, namely the supremacy of property and contract as cornerstones of the modern State's order. In constitutional democracies today, this tension seems to occur again with reference to the difficulty in claiming social rights beyond the law, beyond the varying 'exceptions' determined by the sovereign State policy.

THOMAS CASADEI, *Beyond the Welfare State? The Longstanding Debate on 'Basic Income'*.

In different historical contexts, the debate on the 'basic income' has often intertwined with the welfare state theories — with reference to its genesis and development, but also to the possible regressions and dead ends, until its crisis — as well as with the same conceptions of 'citizenship' and 'social rights'. Different arguments were produced to support the 'basic income' approach, for example — over the centuries — by some key-figures such as Thomas Paine, Charles Fourier, Bertrand Russell, Dennis Milner, Oskar Lange, James Meade, Milton Friedman and, more recently, Philippe Van Parijs, Anthony Atkinson, Bruce Ackerman or feminist thinkers like Carole Pateman. Starting from such analysis and from the entanglement of expressions that are associated with this proposal in the most recent debate, it is possible to critically judge some implications and effects of the 'basic income' approach, lastly promoted by a transnational movement.

BERNARDO SORDI, *From 'Social Monarchy' to Public Services: At the Nineteenth Century Origins of the Welfare State.*

In the wake of the European appearance of the Social Question and following the Paris Commune of 1871, the Italian jurists become aware of the critical social issues of their new-born nation. The Italian juridical thought familiarizes in particular with the German concept of 'state socialism' and with the program of the Historical School of Economics. Despite the diversity of methods and perspectives, this is demonstrated by the attention paid by Carlo Francesco Ferraris and Vittorio Emanuele Orlando to the themes of the science of administra-

tion and of state intervention. The ensuing significant theoretical debate that finds in Lorenz Von Stein the privileged spokesperson will form the basis of the first measures of social legislation of the last decade of the 19th century. Thus, even if the Italian jurists are fully aware of the strategic role of the social activities of the State, what lingers is a certain resistance to integrate this new sector in a legal order that still revolves around the logic of command and control typical of public power and sovereignty. Contrary to what happened in France with the new model of *service public* developed by Maurice Hauriou and Léon Duguit, in Italy a similar path failed to take root. As a result, the social activities of the public institutions remain confined to the everyday practice of urban areas, as confirmed by the landmark law on the municipalisation of public services of 1903. The public services sector will remain neglected by Italian jurists, who will pay due importance to the administrative profiles of the welfare state only after the Constitution of 1948.

EBERHARD EICHENHOFER, *Jurists and the Welfare State in the Weimar Republic*.

The Weimar Republic (1918-1933) was the outcome of a revolution; but the public conceived it as the result of Germany's military defeat of World War I and longed for revenge. So, albeit advanced in its aspirations and political awareness, the Weimar Republic stands till today as a symbol for failure and decay. Its progressiveness, however, is quite rarely noticed in the public perspective. The article sheds light on the writings and writers of the very few lawyers who analysed the legacy of the political and social transformation of post-World War I Germany from a pro-Republican stance. It recalls and inquires the writings of scholars, who worked out which are the impacts stemming from the newly established collective labour law and the emerging welfare institutions to the legal system as such and in general and what the consequences are for legal thinking. The article unfolds also critical views to these new interpretations from a Marxist and a Fascist point of view. These one-sided depictions were both selective and misleading, but were pervasive and gained ground in the public. Seen from today, the Weimar Republic paved the way to understand the underlying structure of the legal order, which emerged after World War II with its emphasis on social welfare and social human rights.

IRENE STOLZI, *Social Policy and the Fascist Regime: A Reading Hypothesis*.

The article analyzes three of the most relevant aspects of the development of social policy under the Italian fascist regime. The first part tries to highlight the changes occurred in the transition between the 19th and 20th century, against the backdrop of the scholarly construction of the so-called social laws. These were most often considered as exceptional rules aimed at addressing a limited number of problems (industrial injuries, women's and children exploitation etc.) linked to the advancing industrialization process in the last decades of the 19th century. In such a view, social laws had an important role in the consolidation of the underlying liberal-individualistic order, before the transformation — along the 20th century — of social policy into one of the essential tools in the building of a radically new form of social, political and legal order. The second part of the article is devoted to outlining the institutional and intellectual dimensions of the emerging vision of social policy as one of the pillars of the new totalitarian State, with its aversion to individual and collective rights and freedoms. The third part, finally, examines the different functions of the corporative order, that becomes the Italian version of the 'third way', launching a new pattern of interaction between politics and economy.

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *The Origins of the Spanish Welfare State (1883-1931)*.

This paper deals with the origin of Spanish welfare state. For this purpose the labour of the « Comisión de Reformas Sociales » (1883-1903) and of the « Instituto de Reformas Sociales » (1903-1924) will be studied. Both organisms, mainly the latter, promote an important social legislation as well as the creation, between 1907 and 1920, of the « Inspección de Trabajo », the « Instituto Nacional de Previsión » and the « Ministerio de Trabajo ». Positions of the most important political parties about this new model of State — whose principles were recognized in the republican Constitution of 1931 — will be also taken into account.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO, *The Welfare State of the Spanish Second Republic (1931)*.

The essay provides an approach to the nature and characteristics of the Social State of the II Spanish Republic through the analysis of

some influential doctrinal and political positions as well as significant features: real guarantee of rights and freedoms (in particular economic, social and cultural rights), State direction of the economy, and effective State responsibility.

SEBASTIÁN MARTÍN, *From the Fuero del Trabajo to the Democratic Welfare State. Jurists before the Socialization of Law.*

This research deals with two founding moments in the history of the Spanish State: 1938, during the civil war, and 1978, when the Spanish people were leaving a dictatorship. In both moments were built interventionist States which should protect labour and were based on the socialization of law and private institutions. In the first place, the legal discourse whose main goal was to legitimate the 'nacionalsindicalista' State will be examined. This study will also analyze the ideas about the legal nature of the 'Fuero del Trabajo', one of its main constitutional laws, and about the new way to standardise the labour conditions through national regulations. In the second place, the paper will delve into legal discourse about welfare state, especially those which rationalised the figure of the 'social and democratic State', that was included in the Spanish Constitution of 1978.

BLAKE EMERSON, *The Administration of Constitutional Conflict: Structural Transformations in American Public Law, 1877-1946.*

This contribution describes the evolution of public-legal discourse between the rise of the federal regulatory state in the late-nineteenth century and its consolidation in the mid-twentieth century. It explores how a set of conceptual binaries — between individual rights and police powers, between legislation and adjudication, and between law and fact — were internalized and relativized within the administrative process. As a result, fundamental constitutional conflicts that initially beset the rise of the welfare state were absorbed into administrative law. The constitutionalization of administrative procedure therefore did not definitively secure the legitimacy of the welfare state, but rather left its legitimacy perpetually open to question.

ALESSANDRO SOMMA, *Welfare State or Welfare of the State? Social Justice, Demography and Economy in US Law.*

This paper builds upon the use of «welfare of the state» which can be found in US court decisions and legal literature in the first half

of the 20th Century. It tries to demonstrate that it is not an empty formula, since it shows the real reason behind the formation of the welfare state. The latter was created and developed as a construction aimed at neutralising social conflict and enhancing cooperation between capital and labour with public law measures (social security), as well as with private law measures (labour law). All this was the core of the neoliberal way of interpreting society, based on the assumption that the State had to support capitalism by functionalizing individual behaviour to sustain the functioning of free competition: This was the point of reference for its « welfare ».

SANDRO GUERRIERI, *The Jurists and the Establishment of the Welfare State in France: from the Liberation to the Constitution of 1946.*

The article examines the establishment in France of the social security system, the constitutionalization of social rights in the constitutional process of 1945-1946 and the role played in this creation of the welfare state by some senior civil servants of the Conseil d'État, by the professors of the Faculties of Law who were members of the two Constituent Assemblies and by the jurists who commented their work. The article underlines the very important role of Pierre Laroque in promoting the Sécurité sociale and analyses the way jurists such as Georges Scelle, Boris Mirkin-Guetzévitch, Jean Rivero and Georges Vedel assess the attempt to conciliate the principles of '89 with new social rights.

LORENZO GAETA, *The Welfare State in the Constituent Assembly.*

The essay examines the Italian Constituent Assembly's work to introduce an idea of welfare state in the 1948 Constitution. It was a hard work, primarily because it wanted to distance itself from Fascism that had made the social dimension one of its distinctive features, and because the right to assistance and social security had not received its necessary scholarly attention for years. The framers were under Beveridge's model of universal assistance, and after an intense debate a general agreement between democratic Christians and communists neatly emerged. Article 38 of the Constitution enacted a model of welfare state that emphasised a dichotomy between social security for workers and social assistance for all citizens. The former was to prevail over the latter, which was centred on inability to work and left with a residual role as a guarantee of a minimum, almost symbolic, means.

MASSIMILIANO GREGORIO, *From Welfare State to Social Democracy. The Reflection of Italian Constitutional Scholars in the First Age of the Republic.*

The essay investigates the way in which the Italian public law doctrine interpreted the idea of 'welfare state' between the 1950s and the 1970s. In the background of the deep cultural shift from the theories of the State (conceived as rule of law) to the doctrines of the Constitution, the idea of 'welfare state' seems to inhabit a transitional space. Structurally placed inside the theories of the State, it nevertheless expresses the need for a new kind of Statehood, that, today, the European public law doctrine tends increasingly to identify with the so-called 'Constitutional State'.

STEFANO GIUBBONI, *Welfare State and European Integration: A Re-appraisal.*

This article explores the constitutional dimension of the new EU crisis-management-law from the point of view of the interrelation between national welfare states and the European integration process. According to the author's critical stance the new architecture of the European economic governance accentuates the well-known asymmetries between supranational market forces and national welfare state arrangements: a double process of de-politicisation and de-legalisation is taking place towards an apparently contradictory but convergent direction, with dramatic implications for the viability of the « European social model ».

SANDRO CHIGNOLA, « Der arbeitende Staat ». *Legal History, State Science and Administration Theory in Lorenz von Stein.*

Lorenz von Stein was a prominent scholar: his work, deeply rooted in the tradition of German idealism, played a crucial role in the debate concerning the definitions of society and welfare state. For Stein, labour is what fosters individual's liberation from necessity, which on a political level means that the State has to work on social needs and contradictions in order to achieve progress and freedom. The article focuses therefore on Stein's foundation of the concept of society by assessing his idea of a « working State ». To this purpose, Stein's scientific and juridical project is contextualised within the crisis of corporate society, the aftermath of the French Revolution, and the individualization of the political subject.

FEDERICO CAPORALE, *Divergences and Convergences During the Emergence and Development of Notions of Public Service in France and in the United Kingdom.*

Public service activities exist in any legal system and are a fundamental element of *welfare* regimes. However, many of the components of public service law (its notion; the activities which fall within this notion; the ways through which they are supplied; the subjects which may provide them and which benefit from them) change from time to time, as well as from country to country. This essay intends to examine the appearance and development of the notion of *service public*/public utilities in France and in the United Kingdom, stressing their initial diversity and their progressive convergence. Specifically, it will analyze how the French socio-political theory of *service public*, and, in the UK, the empirical existence of special legal regimes for specific activities (although the lack of a general theory of public service) influenced effective provision of public service, legal systems as a whole, and *welfare* regimes. The last paragraph suggests that over the last decades these two legal traditions have moved closer: in France, the expansion of competition law and consumer law in public service activities, and the birth of the notions of *service du public* and regulation softened *service public's* collective original spirit in favour of citizens' individual needs; in the UK, emerged a Public service law which has affected regulatory goals, values, and proceedings.

RICCARDO CAVALLO, *The Auseinandersetzung between Hans Kelsen and Max Adler on Welfare State.*

This contribution aims at analysing the debate between the *jurist* Hans Kelsen and the *philosopher* Max Adler on the duties and function of the State and, more specifically, on social policy in Austria in the 1920s. In his monograph *Sozialismus und Staat* (1920) Kelsen gave a critique of the Marxist political theory and its tendency to consider the State only in an oppressive way. Few years after this publication, Adler replied to Kelsen, attempting to decipher the social and political transformations that Austria had to face in that traumatic beginning of the century, particularly focusing on the thorny question of social legislation and the role played by the State. This forgotten polemic, related to one of the most significant phase of the twentieth-century legal and political history, is particularly fruitful because it provides a privileged point of view to understand how the legal-philosophical science has been able to capture *light* and *shadows* of the controversial concept the welfare state.

RAFFAELE VOLANTE, *Flemming v. Nestor and beyond. US Supreme Court's Case Law and the Right to Retirement Benefits as Worker's Ownership.*

The paper deals with *Flemming v. Nestor*, a 1960 Supreme Court decision that confirmed the suspension of old age retirement benefits to a non-US citizen, due to his deportation to native Bulgaria for his past membership in the American Communist Party. The paper will point out the contradictions between this case and the precedents, and show how uncertain is the idea of old age benefit as a vested property right in the Supreme Court jurisprudence.

ILARIA PAVAN, « *The Remedy Is Worse than the Evil* ». *Visions and Debates on Social Security in Italy after World War II.*

At the end of World War II the Italian welfare system, which had taken shape under Fascism, was in need of a radical overhaul. Nevertheless, the wait for structural reform dragged on for over two decades without arriving, even in the Sixties, at an efficient framework for the welfare state capable of dismantling the corporatist-familist one inherited from Fascism and bringing Italy into line with the approaches used elsewhere in Western Europe. This article reconstructs the debates connected to the development of the welfare state after World War II, beginning with the interest that was sparked by the Beveridge Report and moving all the way to its official implementation by the first centre-left administrations. It aims at measuring the extent to which the Italian post-war welfare state was still tied to the legacy of Fascism, at both the conceptual and organizational level, and to highlights the specific contribution to the welfare debate by various political currents, identifying differences of approach, but in some case, especially as regards Catholic and Communist circles, convergent opinions.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2015-2016

Sono stati graditi ospiti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno per periodi di studi e di ricerca la prof.ssa Maria Filomena Pinto da Costa Coelho (Departamento de História — Universidade Federal de Brasília); inoltre, nel quadro dell'accordo di cooperazione che vede coinvolti i due Atenei e il Centro, lo studente del master in diritto Thayrine Paola Canteli (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis); hanno poi proseguito i loro studi nel dottorato fiorentino di scienze giuridiche, avvalendosi della Biblioteca Paolo Grossi e delle strutture del Centro, anche il dott. Airton Ribeiro e il dott. Felipe Pante Leme de Campos, entrambi della Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis).

È stato pubblicato il volume 45 (2016) dei « Quaderni fiorentini », numero di carattere miscelaneo. Numero che però, come osserva finemente Giovanni Cazzetta nella sua consueta pagina introduttiva, segna un momento tutto particolare nella storia della rivista, un momento che, come diremo, si ripropone anche nella principale iniziativa di incontro organizzata dal Centro. Infatti i Quaderni si aprono con un intervento di Paolo Grossi (*Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*), nel quale si sottolinea come il nostro tempo rappresenti un'epoca problematica, una sfida per il giurista, ma anche, nella sua complessità, un tempo ricco di frutti preziosi; frutti legati al (forse) definitivo superamento delle mitologie giuridiche ottocentesche, che ci consentono, grazie appunto al « riemergere imperioso dei principii come fonte del diritto, spesso di origine giurisprudenziale e dottrinale, duttile e ignara delle rigidità legislative », uno sguardo finalmente libero per riconsiderare in modo nuovo il rapporto tra storia e diritto e il diritto nella sua dimensione integrale. In una parola il Quaderno, pur nella diversità delle sue articolazioni, si presenta come una riflessione in fondo unitaria, perché i suoi saggi — e qui ridiamo la parola al Direttore della rivista — si organizzano tutti attorno al nucleo centrale della « riscoperta complessità della dimensione giuridica su cui Paolo Grossi ci invita a riflettere da anni. Aprire questo numero con le pagine del maestro fiorentino non vuole essere soltanto un grato e doveroso omaggio al Presidente della Corte costituzionale che ci onora della sua

partecipazione; intende, infatti, essere anche la continuazione del progetto enunciato quarantacinque anni fa proprio dal fondatore dei Quaderni. La valorizzazione della storia del diritto come strumento di comprensione dell'unitarietà del diritto e la riflessione critica sono — riteniamo — il più caldo e sincero augurio di buon lavoro che i Quaderni fiorentini possano rivolgere a Paolo Grossi, storico e giurista impegnato in tempi difficili e fertili nella nuova alta carica istituzionale ».

E per una felice concomitanza quasi tutti gli interventi, si direbbe trasversalmente rispetto alle principali sezioni nelle quali per solito si articola la rivista (*Modelli e dimensioni; La dimensione giuridica; Figure dell'esperienza; A proposito di...*), hanno ad oggetto alcuni degli snodi fondamentali del progetto stesso che il fondatore della rivista aveva delineato negli anni e proposto allo svolgimento delle generazioni di studiosi attente al suo messaggio. A cominciare dal tema, da sempre sotteso (nelle diuturne frequentazioni romane e mortatiane), e da ultimo emerso con la forza della cosa stessa, ovvero quello della costituzione, della sua storia e dei modelli costituzionali, presente in molti saggi: da Federigo Bambi, « *Risorgimento* »: *parola italiana, parola europea* e Giorgio Ridolfi, *Lo Stato di diritto cristiano. Riflessioni sulla filosofia giuridica di Friedrich Julius Stahl*, che indagano, seppur con tipologie diverse di accostamento, momenti chiave delle fondazioni ottocentesche, che toccano nel loro configurarsi il lessico religioso; a Maurizio Fioravanti, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo* che rilegge la vicenda del testo 'seminale' del costituzionalismo in una prospettiva non continuista, ma capace di valorizzarne le indicazioni nella direzione della « nuova costituzione » del presente; a Luca Mannori, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, che, in ideale collegamento con la ricerca di Bambi sulla 'parola' Risorgimento, mette in luce le strade attraverso le quali la 'sua' parola nel secolo dei lumi giunge ad affermarsi in area italiana, a quell'altra offrendo un solido terreno; da Giuditta Brunelli, *La genesi del sindacato di costituzionalità sul vizio formale della legge Premesse dottrinali e giurisprudenza degli anni '50*, che ci porta fin quasi nei pressi della recente e recentissima giurisprudenza della Corte che va a toccare col suo incisivo sindacato la stessa 'sovranità parlamentare'; a Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Rafael Dilly Patrus, *Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre « transição e ruptura »* che ci introducono nel complesso e instabile laboratorio costituzionale brasiliano; per finire con Bernardo Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, che delinea la storia frastagliata della grande dicotomia privato-pubblico, con il glorioso ma effimero affermarsi, in « massima nettezza di confini », del pubblico nel secondo Ottocento, un'affermazione destinata ad essere però di lì a poco messa in discussione dalla complessità del Novecento, quello che

Paolo Grossi definisce non per caso, di contro ad un fortunato titolo, « il secolo lungo ».

E di quel complesso Novecento e di uno dei suoi protagonisti, a cavallo tra riflessione filosofica e giuridica, tanto significativo, quanto spesso trascurato, è ancora discorso nella densa sezione dedicata a Mario Calderoni (1879-1914): il pragmatismo fra diritto ed economia (Baldassare Pastore, Giovanni Tuzet, *Calderoni, il pragmatismo fra diritto ed economia*; Baldassare Pastore, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su « libero arbitrio » e « imputabilità »*; Roberto Bartoli, *Scuola positiva e scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*; Giovanni Tuzet, *Previsione e responsabilità: la « plasticità » degli atti volontari in Calderoni*; Rosa M. Calcaterra, *La responsabilità di credere. Osservazioni sul pragmatismo etico di Mario Calderoni*; Guido Baggio, *Teoria sociale della condotta umana. Il contributo di Calderoni a una filosofia pragmatista dell'economia*; Luca Fantacci, *La questione economica e morale della rendita nel pensiero di Calderoni*; Mario Quaranta, *I rapporti di Mario Calderoni con i pragmatisti italiani*).

Una sezione, ottimamente curata da Baldassare Pastore e Giovanni Tuzet, che non può non riportare il lettore attento alle molte pagine, lucide e testimonianza di un legame profondo, da Paolo Grossi dedicate ad Enrico Finzi, civilista dei maggiori e sensibilissimo al messaggio demitizzante dei pragmatisti fiorentini, *in primis* appunto Vailati e Calderoni, pagine che trovano il loro acme nella complessiva ricostruzione offerta nel volume del 1986 (*Stile fiorentino. Gli Studi giuridici nella Firenze italiana 1869-1950*).

Dire Enrico Finzi, dire Paolo Grossi, vuol dire parlare di proprietà (se si vuole del 'terribile diritto') e, soprattutto, degli 'altri modi di possedere', delle proprietà collettive. Ed ecco che nella felice coralità del volume non si possono non evidenziare due saggi che, pur trattando esperienze geograficamente distantissime, si pongono in stretto dialogo tra loro e si collocano immediatamente nel solco di quella riflessione 'altra' inaugurata sul finire degli anni '70. Alludiamo ovviamente a Vincenzo Cerulli Irelli, *Apprendere « per laudo »*. Saggio sulla proprietà collettiva e a Raffaele Volante, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità* (a proposito di Ulla Secher, *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*, e Corte suprema del Canada, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*). Sia nelle terre di *civil law* sia in quelle di *common law* i fenomeni di apprensione originaria, l'*aboriginal title* in capo ad una comunità, sono soggetti ad essere ricacciati ai margini dalle moderne impostazioni legislative anticollectivistiche e dalle difficoltà definitorie di una giurisprudenza di *common law* che non ha ancora pienamente recuperato le possibilità modellistiche offerte dal lessico giuridico medievale; ma, rispetto a questa forse a prima vista inattesa 'equivalenza funzionale' dei due regimi giuridici all'apparenza così diversi, tali fenomeni sono anche in grado di resistere, per così dire

di 'tornare', anche al di là dell'utilizzazione talvolta impropria che ne possano fare i teorici dei c. d. 'beni comuni'.

Ma i contributi di storia del diritto privato non si esauriscono qui; e varrà la pena ricordare le suggestioni su due dei temi più importanti dell'evoluzione del medesimo tra età liberale ed età del 'capitalismo organizzato', ovvero la contrattazione (differenziale) di Borsa e i contratti di adesione (Antonio Cappuccio, « *Una alea lecita ed onesta* ». *I contratti differenziali tra effettività del mercato e legalità normativa nell'Italia liberale* e Giovanni Chiodi, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*; lo stesso Chiodi sottolinea, da ultimo, la particolarissima rilevanza, in tema di interpretazione del contratto del contributo di Aurelio Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Vol. I, *Storia e teoria*; Vol. II, *Tecnica*, Torino, 2015).

Significative messe a punto troviamo infine negli interventi di Bartolomé Clavero, *¿Naciones Imperiales o Imperios sin Fronteras?* (a proposito di *La nación imperial* di Josep Fradera); Giuseppe Duso, *Buon governo e agire politico dei governati: un nuovo modo di pensare la democrazia?* (a proposito di P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*); César Hornero Méndez, *La historia de la memoria histórica en España ha comenzado* (a proposito di Bartolomé Clavero, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar e España, 1978. La amnesia constituyente*); Marco Nicola Miletta, *Giustizia penale e identità nazionale* (a proposito di *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di Luigi Lacchè).

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2016 quattro volumi, collegati a diverso titolo alle linee di ricerca perseguite dal Centro, ovvero il volume 110 di Piero Bellini, *Sugli usati paradigmi della canonistica osservante. Considerazioni dissenzienti d'un Canonista trasgressivo*; poi il volume 111 di Ferdinando Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*; il volume 112 a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi, *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*; ed infine il volume 113 di Maria Sole Testuzza, *"Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi". Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*.

Come si ricorderà, nel quadro dello sviluppo delle sue attività internazionali, il Centro nell'aprile-maggio 2015 aveva aderito come « founding member » ad un progetto internazionale da proporre al finanziamento della Commissione Europea, che vedeva come promotore l'Istituto de História Contemporânea FCHS/NOVA (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas — Universidade Nova de Lisboa), e che era finalizzato allo « Establishment of the international Network of Analysis of Corporatism and the Organisation of interests: Past and Present (NETCORPOI) ». Tale rete è stata recentemente ridenominata semplicemente NETCOR (International Network for the Analysis of

Corporatism and Organized Interests); comprende membri di numerosi paesi europei ed extraeuropei che hanno attraversato esperienze qualificabili come corporative o nei quali comunque risiedono studiosi che hanno lavorato e lavorano su questi temi. Oltre a un costante scambio di corrispondenza volto ad aggiornare i membri sulle più rilevanti iniziative editoriali e congressuali relative ai temi di comune interesse, la rete si propone di organizzare incontri biennali dedicati all'approfondimento di specifici aspetti. Dopo il primo congresso a Lisbona (Universidade Nova — Faculdade de ciências sociais e humanas) del gennaio 2015, in seguito al quale ha preso corpo l'idea della formazione della rete, sono in corso di organizzazione, in particolare per cura della prof.ssa Irene Stolzi, che è il Referente del Centro Studi per tali progetti (ai quali collaborano anche Pietro Costa, professore emerito della Facoltà fiorentina, Maurizio Fioravanti, Bernardo Sordi, Giovanni Cazzetta, Paolo Cappellini, Massimiliano Gregorio) due giornate di studio presso il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, incontro dedicato a « Sindacato e diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa latina e mediterranea del XX secolo ». I relatori invitati sono stati intenzionalmente selezionati al di fuori dei membri di NETCOR proprio nella prospettiva di arricchire il panorama degli interlocutori e dei punti di vista rilevanti per lo studio dei profili oggetto dell'incontro. Nel 2016, ha preso forma un ulteriore progetto di ricerca, che è stato finanziato dalla Universidade Nova de Lisboa — Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e che solo in parte è composto dai membri della rete NETCOR. Il progetto, denominato MAOIE (Mapping and analysing organized interests in Europe: from 1900 until our days), nasce come momento di connessione di studiosi di diverse nazionalità ed estrazioni disciplinari (storici, storici del diritto e giuristi) ed è finalizzato alla presentazione di progetti di ricerca finanziati su bandi competitivi e alla pubblicazione di volume collettanei relativi ai temi oggetto della comune ricerca.

Sui fondi del Centro sono stati rinnovati i due assegni a totale carico, attivati nell'anno precedente (sul settore IUS /19 Storia del Diritto Medievale e Moderno, nuova scadenza 30/11/2016), aventi ad oggetto rispettivamente i temi « Dal contratto di adesione alle condizioni generali di contratto: la contrattazione di massa tra assetti codicistici i creatività del giurista » e « Autogoverno, populismo e tecnocrazia nell'esperienza costituzionale europea in età contemporanea ».

Su fondi acquisiti dal Centro mediante partecipazione a bando competitivo della Fondazione Ente Cassa di Risparmio (bando 2013) sono state altresì bandite e attribuite mediante selezione per titoli e colloquio due Borse di ricerca (a far data dal 15 settembre 2016, per 12.500 euro annui cadauna), aventi ad oggetto, rispettivamente, i seguenti progetti di ricerca: « Autonomia, crisi della democrazia e costituzionalismo in America Latina: esperienze e sviluppi » e « Auto-

nomia tra autogoverno, autarchia e federalismo: una prospettiva europea (XIX-XX secolo) ».

Arrivati a questo punto dei ragguagli tradizionalmente si apre il riferimento alle iniziative relative a seminari e convegni organizzati nel quadro delle linee di ricerca che caratterizzano l'attività del Centro di Studi. Con riferimento ai seminari e alle lezioni possiamo anzitutto ricordare che il Centro di studi ha contribuito ad organizzare presso la sua sede fiorentina di Villa Ruspoli (piazza Indipendenza 9, Firenze — Sala rossa), assieme al DSG, alla Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, alla Conferenza delle Associazioni Scientifiche di Area Giuridica, alla Conferenza Nazionale dei Direttori di Giurisprudenza e di Scienze Giuridiche e all'ANVUR, un Seminario nazionale dedicato a « La verifica in itinere della formazione » (29 giugno 2015), i cui risultati sono ora pubblicati in Vincenzo Cerulli Irelli e Orlando Roselli (a cura di), *La verifica in itinere della formazione. Il progetto di un test delle competenze disciplinari (TECOD) in ambito giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017 (con interventi di Stefano Fantoni, Giovanni Tarli Barbieri, Orlando Roselli, Fiorella Kostoris Padoa Schioppa, Bernardo Sordi, Vincenzo Ferrari, Felice Casacci, Lidianna Degrassi, Giovanni Pascuzzi, Vincenzo Cerulli Irelli, Alessandra Albanese, Paolo Cappellini, Riccardo Del Punta, Giovanni Lucchetti, Paolo Ridola).

Inoltre, in collaborazione con il Centro « Jura Gentium », l'11 maggio 2015, sempre a Villa Ruspoli, si è tenuto l'incontro « Il potere che frena » (in occasione della pubblicazione del numero monografico dallo stesso titolo (XII,2015) di *Jura Gentium. Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*) con la partecipazione di Luca Baccelli, Paolo Cappellini, Tommaso Gazzolo, Leonardo Marchettoni, Laura Bazzicalupo, Carlo Galli, Sergio Givone, Massimo Cacciari.

Da ricordare anche l'ospitalità offerta dal Centro al seminario « Rilettura dei classici del diritto del lavoro. Enrico Gragnoli (Università di Parma) e Valerio Speciale (Università di Chieti-Pescara 'Gabriele D'Annunzio') rileggono Giorgio Grezzi, La mora del creditore nel rapporto di lavoro (Giuffrè, 1963) », organizzato dall'associazione dei Giuslavoristi di Siena Urbino e Cassino (14 marzo 2016 — Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno piazza Indipendenza 9 (Villa Ruspoli — Firenze Sala rossa) con la partecipazione di Giovanni Cazzetta, nella prospettiva di instaurazione di un rapporto di collaborazione scientifica con riferimento specifico alla disciplina giuslavoristica.

Il giorno 12 dicembre 2016 il prof. Raffaele Volante (Università di Padova) ha tenuto una lezione sul tema « La proprietà in concreto. La liquidazione dei patrimoni comunitativi tra Antico Regime, Rivoluzione e codici » (Polo delle Scienze sociali, Edificio D5/0.08 Via delle Pandette 21, Firenze).

E proprio il tema della proprietà ('altra') che ritorna ci permette di chiudere questi ragguagli, sottolineando lo sforzo progettuale e organizzativo più significativo messo in opera dal Centro nel lasso temporale preso in considerazione, che, come accennavamo, segna, come il precedente relativo ai Quaderni ed in perfetta sintonia con esso, un momento tutto particolare nella storia delle iniziative di incontro organizzate dal Centro. Un Convegno che è stato configurato, nel quadro di un lavoro comune, soprattutto per impulso di Raffaele

Volante, tra l'altro nella sua duplice veste di studioso e di pratico del diritto abituato a confrontarsi con la effettività anche odierna delle forme di proprietà collettiva, con riferimento ad una data carica di significato: ovvero i quarant'anni dalla pubblicazione dei due volumi dei Quaderni fiorentini (5-6) del 1976-77 dedicati al tema «Itinerari moderni della proprietà». Un Quaderno dedicato cioè ad un tema di ricerca non solo sempre rimasto tra i prediletti di Paolo Grossi, fondatore e direttore della rivista, ma che, in quel torno d'anni, a testimonianza della sensibile attenzione ai 'segni dei tempi', nella riflessione dei giuristi diveniva oggetto di una rinnovata attenzione e di un profondo ripensamento. Lo testimonia il numero e la qualità dei partecipanti, poi estensori degli interventi in seguito raccolti per la stampa, e non è un mero esercizio di memoria ricordarli: oltre a Paolo Grossi, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, Francesco Galgano, Massimo Brutti, Francesco De Sanctis, Franz Wieacker, Ludwig Raiser, Mariano Peset, Bartolomé Clavero, Antonio Zanfarino, Riccardo Faucci, Psul Orliac, Michel Vidal, Johannes-Michael Scholz, Albert Janssen, Helmut Rittstieg, Klaus Western.

Il Convegno attuale, pensato appunto nell'ottica di confrontarsi con quella esperienza, per coglierne gli elementi di significatività storica, in una con gli aspetti di perdurante interesse, ma soprattutto per proseguirne idealmente il lavoro in questa fase che lo stesso ispiratore di quei volumi definisce 'pos-moderna', si è svolto, grazie al patrocinio concesso dal Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Prof. Luigi Dei, nell'Aula Magna dell'Ateneo Fiorentino (Aula Magna del Rettorato, piazza S. Marco 4) nei giorni 5 e 6 maggio 2016. Altro elemento che conferma appieno la linea del colloquio *tra* giuristi che costituisce la cifra del lavoro storiografico e di ricerca inaugurato da Paolo Grossi, il Convegno ha visto la partecipazione, con riconoscimento dei crediti formativi, grazie alla sensibilità dei rispettivi Presidenti, Avv. Sergio Paparo e Notaio Massimo Palazzo, del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e del Consiglio Notarile dei Distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato.

Il Convegno, dal titolo «La proprietà e le proprietà tra moderno e pos-moderno», si è così articolato: 5 maggio 2016, mattina: Paolo Cappellini, *Presentazione del convegno*; Francesco Macario, prima relazione introduttiva: *La codificazione del diritto di proprietà*; Raffaele Volante, seconda relazione introduttiva, *La tutela reale come oggetto di*

indagine storico-giuridica; pomeriggio: Giorgio Resta, *Dal dominio sulle cose all'esclusiva sui beni immateriali: dimensioni contemporanee della proprietà*; Ferdinando Mazzarella, *Da diritto a paradigma. Uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*; Vincenzo Cerulli Irelli, *Statuti di diritto pubblico della «proprietà» e dei beni*; Irene Stolzi, *Ordinamento corporativo e proprietà privata*; Antonio Iannarelli, *Il «terribile diritto» nella recente riflessione della dottrina francese*; interventi, 6 maggio 2016, mattina: Fabrizio Marinelli, *Dimensioni della proprietà: gli assetti fondiari collettivi*; Giacomo Pace Gravina, *Enfiteusi e codificazione*; Michele Tamponi, *Proprietà e Green economy: diritto dominicale, ambiente e risorse naturali*; Giovanni D'Amico, *La proprietà destinata*; interventi, pomeriggio: *A quarant'anni da una riflessione*, tavola rotonda con la partecipazione di Paolo Grossi, Stefano Rodotà, Massimo Brutti, Bartolomé Clavero, Francesco De Sanctis, Pietro Rescigno

Come è facile vedere, anche solo confrontando rapidamente le due diverse liste degli intervenuti, si è voluto dar voce, nella prospettiva 'continuità-trasformazione', ad alcuni dei partecipanti più significativi della prima intrapresa (purtroppo Stefano Rodotà e Francesco De Sanctis non hanno potuto essere presenti per indisposizioni dell'ultima ora), affiancati da colleghi di generazioni diverse, per cercare di fare il punto, nel modo più appropriato, su tutti gli aspetti più rilevanti di un tema, che anche nei tempi complessi che stiamo vivendo, conserva tutto il suo fascino per il giurista, e non per lui soltanto. Gli interventi del convegno saranno presto raccolti e pubblicati nella Biblioteca del Centro.

Ma anche in questo caso il Centro, con la voce di tutti i suoi componenti e amici, non può che esprimere una profonda gratitudine al suo Fondatore, al Presidente della Corte Costituzionale, che, pur a fronte dei suoi molteplici e assorbenti impegni istituzionali, ha voluto onorare l'incontro con la sua presenza e attiva partecipazione; la sua prima, appunto, nella sua veste di Presidente della Corte. I lavori di queste due giornate hanno mostrato che il progetto enunciato quarant'anni fa a proposito della proprietà da Paolo Grossi aveva, per usare di un'espressione a lui cara, 'pescato nel profondo' di un'esigenza che appartiene ancora a tutti i giuristi, storici o giuristi positivi ch'essi siano: quella di riunirsi attorno ad un tavolo per misurare, di tempo in tempo, l'adeguatezza dei propri strumenti in uno scambio continuo di esperienze; perché il diritto è sempre, in se stesso, esperienza, e esperienza giuridica storicamente vivente. Il lavoro comune di quei giorni conteneva in sé il riconoscimento del suo fecondo itinerario e assieme un sincero augurio, la vicinanza e il sostegno del mondo dei giuristi all'alto compito che gli è stato attribuito con lungimiranza dal Presidente della Repubblica Italiana.

PAOLO CAPPELLINI
Direttore del Centro di Studi

Tomo I

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva. Giuristi e Stato sociale: teorie e progetti, discorsi e pratiche</i>	1
---	---

MODELLI E DIMENSIONI

MICHAEL STOLLEIS, <i>The European Welfare State a Model Under Threat</i>	17
PIETRO COSTA, <i>Lo Stato sociale come problema storiografico</i>	41
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Legge e Stato sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del welfare 'senza legge'</i>	103
THOMAS CASADEI, <i>Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul 'reddito di cittadinanza'</i>	141

LA DIMENSIONE GIURIDICA

BERNARDO SORDI, <i>Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale</i>	175
EBERHARD EICHENHOFER, <i>Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik</i> . . .	199
IRENE STOLZI, <i>Politica sociale e regime fascista: un'ipotesi di lettura</i>	241
JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>Los orígenes del Estado social en España (1883-1931)</i>	293
CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>El Estado social de la Segunda República española (1931)</i>	303
SEBASTIÁN MARTÍN, <i>Del Fuero del Trabajo al Estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho</i>	335
BLAKE EMERSON, <i>The Administration of Constitutional Conflict: Structural Transformations in American Public Law, 1877-1946</i>	385
ALESSANDRO SOMMA, <i>Stato del benessere o benessere dello Stato? Giustizia sociale, politiche demografiche e ordine economico nell'esperienza statunitense</i> . .	417
SANDRO GUERRIERI, <i>I giuristi e la genesi dello Stato sociale in Francia: dalla Liberazione alla Costituzione del 1946</i>	467
LORENZO GAETA, <i>Lo Stato sociale all'Assemblea costituente</i>	495
MASSIMILIANO GREGORIO, <i>Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana</i> . . .	517
STEFANO GIUBBONI, <i>Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica.</i>	553

Tomo II

FIGURE DELL'ESPERIENZA

- SANDRO CHIGNOLA, « *Der arbeitende Staat* ». *Storia giuridica, scienza dello Stato e teoria dell'amministrazione in Lorenz von Stein* 589
- FEDERICO CAPORALE, *Divergenze e convergenze nell'elaborazione della nozione di servizio pubblico in Francia e nel Regno Unito* 625
- RICCARDO CAVALLO, *L'Auseinandersetzung tra Hans Kelsen e Max Adler sullo Stato sociale* 665
- RAFFAELE VOLANTE, *Flemming v. Nestor and beyond. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e il diritto alla pensione come proprietà del lavoratore* 689
- ILARIA PAVAN, « *La toppa è peggiore del male* ». *Visioni e dibattiti sulla sicurezza sociale nell'Italia del secondo dopoguerra* 721

TESTIMONIANZE

- UMBERTO ROMAGNOLI, « *Ragionevoli utopie* ». *Cultura giuridica del lavoro e cittadinanza sociale. Intervista di Giovanni Cazzetta* 761

LETTURE

- New Horizons in Spanish Colonial Law. Contribution to transnational Early Modern Legal History*, Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (Eds.), Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, 2015 (Romina Zamora) 829
- Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, a cura di Cristophe Jamin, Frédéric Audren e Sylvain Bloquet, Paris, Dalloz, 2015 (Marco Sabbioneti) 833
- NICOLAS ROUSSELLIER, *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIXe-XXIe siècles*, Paris, Gallimard, 2015 (Leonida Tedoldi) 841
- FRANÇOIS OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 570 (Massimo Vogliotti) 854

FASCISMO E DIRITTO (a cura di IRENE STOLZI)

- A Vaga Corporativa. Corporativismo e ditaduras na Europa e América Latina*, a cura di A.C. Pinto, F. Palomanes Martinho, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016 (Valerio Torregiani) 865
- MATTEO PASETTI, *L'Europa corporativa — Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bologna, Bononia University Press, 2016, pp. 336 (Stefano Malpassi) 872

A PROPOSITO DI...

PIO CARONI, <i>Quando il codice arriva a destinazione (A proposito di Wilhelm Brauner, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]. Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900, Berlin, Duncker & Humblot, 2014)</i>	883
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Matrimonio sin signo de género y con carga de historia (A propósito de Obergefell v. Hodges y de Marriage Equality)</i>	897
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Europa, principios, reglas, jueces, remedios (A propósito de Giuseppe Vettori, Il contratto europeo fra regole e principi)</i> . . .	963
FRANCESCO MIGLIORINO, <i>Storie d'arte e di carte: la tavola messicana della « Virgen del Carmen » di un mercante e la biblioteca di un codificatore dell'età liberale (A proposito di Carlos Petit, Historia del derecho mercantil, Madrid, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016)</i>	995
ANTONINO SCALONE, <i>La potenza del diritto e il principio rappresentativo (A proposito di Yan Thomas, Il valore delle cose [2002], trad. it. Macerata, Quodlibet, 2015; Fictio legis [2011], trad. it. Macerata, Quodlibet, 2016)</i> .	1015
ABSTRACTS	1027
RAGGUAGLI FIORENTINI	
<i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2015-2016</i>	1041

Contents

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory remarks</i>	1
MICHAEL STOLLEIS, <i>The European Welfare State — a Model Under Threat</i>	17
PIETRO COSTA, <i>The Welfare State as a Historiographical Issue</i>	41
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Law and Welfare State. From Labour Law to the Dilemmas of the Welfare 'Without the Law'</i>	103
THOMAS CASADEI, <i>Beyond the Welfare State? The Longstanding Debate on 'Basic Income'</i>	141
BERNARDO SORDI, <i>From 'Social Monarchy' to Public Services: At the Nineteenth Century Origins of the Welfare State</i>	175
EBERHARD EICHENHOFER, <i>Jurists and the Welfare State in the Weimar Republic</i>	199
IRENE STOLZI, <i>Social Policy and the Fascist Regime: A Reading Hypothesis</i>	241
JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>The Origins of the Spanish Welfare State (1883-1931)</i>	293
CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>The Welfare State of the Spanish Second Republic (1931)</i>	303
SEBASTIÁN MARTÍN, <i>From the Fuero del Trabajo to the Democratic Welfare State. Jurists before the Socialization of Law</i>	335
BLAKE EMERSON, <i>The Administration of Constitutional Conflict: Structural Transformations in American Public Law, 1877-1946</i>	385
ALESSANDRO SOMMA, <i>Welfare State or Welfare of the State? Social Justice, Demography and Economy in US Law</i>	417
SANDRO GUERRIERI, <i>The Jurists and the Establishment of the Welfare State in France: from the Liberation to the Constitution of 1946</i>	467
LORENZO GAETA, <i>The Welfare State in the Constituent Assembly</i>	495
MASSIMILIANO GREGORIO, <i>From Welfare State to Social Democracy. The Reflection of Italian Constitutional Scholars in the First Age of the Republic</i>	517
STEFANO GIUBBONI, <i>Welfare State and European Integration: A Re-appraisal</i>	553
SANDRO CHIGNOLA, « <i>Der arbeitende Staat</i> ». <i>Legal History, State Science and Administration Theory in Lorenz von Stein</i>	589
FEDERICO CAPORALE, <i>Divergences and Convergences During the Emergence and Development of Notions of Public Service in France and in the United Kingdom</i>	625
RICCARDO CAVALLO, <i>The Auseinandersetzung between Hans Kelsen and Max Adler on Welfare State</i>	665

RAFFAELE VOLANTE, <i>Flemming v. Nestor and beyond. US Supreme Court's Case Law and the Right to Retirement Benefits as Worker's Ownership</i>	689
ILARIA PAVAN, « <i>The Remedy Is Worse than the Evil</i> ». <i>Visions and Debates on Social Security in Italy after World War II</i>	721
 TESTIMONIES	
UMBERTO ROMAGNOLI, « <i>Reasonable utopies</i> ». <i>Legal culture of labour and social citizenship</i> . Interview by Giovanni Cazzetta	761
 REVIEWS	
<i>New Horizons in Spanish Colonial Law. Contribution to transnational Early Modern Legal History</i> , Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (Eds.), Berlin, 2015 (Romina Zamora)	829
<i>Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912</i> , a cura di Cristophe Jamin, Frédéric Audren e Sylvain Bloquet, Paris, 2015 (Marco Sabbioneti)	833
NICOLAS ROUSSELLIER, <i>La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIXe-XXIe siècles</i> , Paris, 2015 (Leonida Tedoldi)	841
François OST, <i>À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités</i> , Bruxelles, 2016 (Massimo Vogliotti)	854
<i>A Vaga Corporativa. Corporativismo e ditaduras na Europa e América Latina</i> , a cura di A.C. Pinto, F. Palomanes Martinho, Lisboa, 2016 (Valerio Torreggiani)	865
MATTEO PASETTI, <i>L'Europa corporativa — Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali</i> , Bologna, 2016 (Stefano Malpassi)	872
 READINGS	
PIO CARONI, <i>When code reaches the destination</i> (on Wilhelm Brauner, <i>Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]. Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900</i>)	883
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Marriage without gender mark and history-laden</i> (on <i>Obergefell v. Hodges and Marriage Equality</i>)	897
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Europe, principles, rules, judges, remedies</i> (on Giuseppe Vettori, <i>Il contratto europeo fra regole e principi</i>)	963
FRANCESCO MIGLIORINO, <i>Stories of art and cards: the Mexican table of the « Virgen del Carmen » of a merchant and the library of a liberal age codifier</i> (on Carlos Petit, <i>Historia del derecho mercantil</i>)	995

ANTONINO SCALONE, *The power of law and the principle of representation* (on Yan Thomas, *Il valore delle cose; Fictio legis*) 1015

ABSTRACTS 1027

CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
Activities in the Year 2015-2016 1042

I collaboratori del « Quaderno » 46

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

FEDERICO CAPORALE

Dottore di ricerca in « Universalizzazione dei sistemi giuridici: teoria, scienza, storia del diritto » — Istituto Italiano di Scienze Umane

PIO CARONI

Prof. Emerito di Storia del diritto — Universität Bern

THOMAS CASADEI

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Modena e Reggio Emilia

RICCARDO CAVALLO

Professore a contratto di Filosofia del diritto — Università di Urbino “Carlo Bo”

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

SANDRO CHIGNOLA

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Padova

BARTOLOMÉ CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

EBERHARD EICHENHOFER

Professor für Sozialrecht und Bürgerliches Recht — Friedrich-Schiller-Universität Jena

BLAKE EMERSON

Research Fellow, Administrative Conference of the United States — JD, Yale Law School; PhD (Political Science), Yale University

LORENZO GAETA

Professore Ordinario di Diritto del lavoro — Università di Siena

STEFANO GIUBBONI

Prof. Associato di Diritto del lavoro — Università degli Studi di Perugia

MASSIMILIANO GREGORIO

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

SANDRO GUERRIERI

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche — Università di Roma « La Sapienza »

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático emérito de Derecho Civil — Universidad de Sevilla

STEFANO MALPASSI

Dottorando di ricerca in Storia del diritto — Università di Macerata

SEBASTIÁN MARTÍN

Profesor Contratado Doctor de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad de Sevilla

FRANCESCO MIGLIORINO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

ILARIA PAVAN

Prof. Associato di Storia contemporanea — Scuola Normale Superiore di Pisa

UMBERTO ROMAGNOLI

Già Prof. Ordinario di Diritto del lavoro — Università di Bologna

MARCO SABBIONETI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

ANTONINO SCALONE

Prof. Associato di Diritto pubblico — Università di Padova

ALESSANDRO SOMMA

Prof. Ordinario di Diritto privato comparato — Università di Ferrara

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

MICHAEL STOLLEIS

Emer. Professor für Öffentliches Recht und neuere Rechtsgeschichte — Universität Frankfurt am Main — *Direktor* des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

IRENE STOLZI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

LEONIDA TEDOLDI

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche — Università di Verona

VALERIO TORREGGIANI

Assegnista di ricerca — Università degli Studi Roma Tre

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

Catedrático de Derecho Constitucional — *Director del Seminario de Historia Constitucional* « Martínez Marina » — Universidad de Oviedo

MASSIMO VOGLIOTTI

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università del Piemonte Orientale

RAFFAELE VOLANTE

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Padova

ROMINA ZAMORA

Instituto Superior de Estudios Sociales CONICET-UNT

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017), due tomi in 8°, p. 1060

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGI-
NE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat (1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896 (1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi (1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud (1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani (1989), 8°, p. CXXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro (1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile (1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi (1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari (1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina (1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936) (1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna (1991), 8°, p. VI-259

- 40 Giovanni Cazzetta, **RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)**
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, **IL DOMINIO E LE COSE**
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 **L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO**
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 **PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio**
A cura di Carlo Mansueto
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografia intellettuale
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **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 Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, **SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI**
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, **IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"**
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, **CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA**
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, **ANTES LEYES QUE REYES**
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, **DIRITTO D'OLTREMARE**
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, **LA RAGIONE DEL DIRITTO**
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, **GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007**
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzeola, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-1192

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 115,00
I DUE TOMI

024199663

ISBN 978-88-14-22196-5



9 788814 221965

Des. A. Pontecorvoli